

Note: Cette traduction a été établie par le Greffe à des fins internes et n'a aucun caractère officiel

COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE

**CERTAINS ACTIFS IRANIENS
(RÉPUBLIQUE ISLAMIQUE D'IRAN c. ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE)**

DUPLIQUE DES ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE

ANNEXES

VOLUMES I à VIII

(Annexes 254 à 428)

17 mai 2021

[Traduction du Greffe]

TABLE DES MATIÈRES

<i>Annexe</i>		<i>Page</i>
	Volume I	
254	Commission du droit international, projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs, Nations Unies, doc. A/CN.4/SER.A/2001/Add.1 (Part 2) (2001) <i>[extrait]</i>	1
255	Criminal Indictment, <i>United States of America v. Al-Mughassil</i> , Case No. 01-228-A (E.D. Va. June 1, 2001) <i>[annexe non traduite]</i>	
256	Press Release, U.S. Dep't of Justice, Attorney General Statement (June 21, 2001) <i>[annexe non traduite]</i>	
257	Dale Gavlak, "Lebanese Bristle Over Iran Commander's Comments Regarding Hezbollah Missile Capabilities." <i>Voice of America</i> (Jan. 4, 2021) <i>[annexe non traduite]</i>	
258	Corr. [Court of First Instance] Antwerp, Ct. AC8, Feb. 4, 2021, 20A003763 (U.S. Dep't of State trans., 2021) <i>[annexe non traduite]</i>	
259	Steven Erlanger, "Iranian Diplomat Is Convicted in Plot to Bomb Opposition Rally in France," <i>N.Y. Times</i> (Feb. 4, 2021) <i>[annexe non traduite]</i>	
260	Daniel Boffey, "Belgian Court Sentences Iranian Diplomat to 20 Years Over Bomb Plot," <i>The Guardian</i> (Feb. 4, 2021) <i>[annexe non traduite]</i>	
261	Samuel Petrequin, "Iranian Diplomat Co[n]victed of Planning Attack on Opposition," (Feb. 4, 2021) <i>[annexe non traduite]</i>	
262	Press Release, U.S. Department of Justice, Two Individuals Plead Guilty for Working on Behalf of Iran (Nov. 6, 2019) <i>[annexe non traduite]</i>	
263	"Sweden Charges Man with Spying on Ahwazi Community for Iran," Reuters (Nov. 6, 2019) <i>[annexe non traduite]</i>	
264	"Norwegian Found Guilty of Spying for Iran in Denmark," Reuters (June 26, 2020) <i>[annexe non traduite]</i>	
265	Elian Peltier, "Iran Issues Death Sentence for Opposition Journalist," <i>N.Y. Times</i> (June 30, 2020) <i>[annexe non traduite]</i>	
266	Press Release, Federal Foreign Office of Germany, "Federal Foreign Office on the Execution of the Blogger Ruhollah Zam," (Dec. 12, 2020) <i>[annexe non traduite]</i>	
267	Statement by the Ministry for Europe and Foreign Affairs Spokesperson, French Embassy in London, Iran – Execution of Ruhollah Zam (Dec. 12, 2020) <i>[annexe non traduite]</i>	
268	Press Statement, European External Action Service, "Iran: Statement by the Spokesperson on the execution of Mr. Ruhollah Zam," (Dec. 12, 2020) <i>[annexe non traduite]</i>	
269	Statement, U.N. Office of the High Commissioner for Human Rights, "Iran: UN Experts condemn execution of Ruhollah Zam," (Dec. 14, 2020) <i>[annexe non traduite]</i>	
270	Financial Action Task Force, High-Risk Jurisdictions Subject to a Call for Action – 21 February 2020 (Feb. 21, 2020) <i>[annexe non traduite]</i>	

<i>Annexe</i>	<i>Page</i>	
271	Financial Action Task Force, High-Risk Jurisdictions Subject to a Call for Action – 23 October 2020 (Oct. 23, 2020) [<i>annexe non traduite</i>]	
272	U.N. Security Council, Eighth Report of the Secretary-General on the Implementation of Security Council Resolution 2231 (2015), U.N. Doc. S/2019/934 (Dec. 20, 2019) [<i>annexe non traduite</i>]	
273	U.N. Security Council, Ninth Report of the Secretary-General on the Implementation of Security Council Resolution 2231 (2015), U.N. Doc. S/2020/531 (June 11, 2020) [<i>annexe non traduite</i>]	
274	<i>Aryeh v. Iran</i> , Case No. 266, Award No. 583-266-3 (Sep. 25, 1997), 33 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 368 [<i>annexe non traduite</i>]	
275	<i>Sanum Investments v. Lao People’s Democratic Republic</i> , PCA Case No. 2013-13, Award (Aug. 6, 2019) [excerpt] [<i>annexe non traduite</i>]	
276	<i>Glencore International AG v. Republic of Colombia</i> , ICSID Case No. ARB/16/6, Award (Aug. 27, 2019) [excerpt] [<i>annexe non traduite</i>]	
277	<i>GPF v. Republic of Poland</i> , SCC Arbitration V 2014/168, Final Award (Apr. 29, 2020) [excerpt] [<i>annexe non traduite</i>]	
278	<i>Patel Engineering v. Mozambique</i> , PCA Case No. 2020-21, Respondent’s Motion for Bifurcation (Nov. 20, 2020) [<i>annexe non traduite</i>]	
Volume II		
279	<i>Landesbank Baden-Württemberg v. Kingdom of Spain</i> , ICSID Case No. ARB/15/45, Decision on the Second Proposal to Disqualify all Members of the Tribunal (Dec. 15, 2020) [excerpt] [<i>annexe non traduite</i>]	
280	Civil Code of the Czech Republic (Feb 3, 2012) [excerpt] [<i>annexe non traduite</i>]	
281	<i>Bertout v. Saffran</i> (2019) QCCS 4367 (Oct. 22) (Québec Superior Court) [<i>annexe non traduite</i>]	
282	M. Cherif Bassiouni, “A Functional Approach to General Principles of International Law” 11 <i>Mich. J. Int’l L.</i> 768, 788-789 (1990) [<i>annexe non traduite</i>]	
283	Protocol, France-Venezuela, Feb. 27, 1903, Vol. X <i>R.I.A.A.</i> 3 (1903-1905) [<i>annexe non traduite</i>]	
284	<i>Aroa Mines (Limited) Case – Supplementary Claim</i> , Vol. IX <i>R.I.A.A.</i> 402 (1903) [excerpt] [<i>annexe non traduite</i>]	
285	Convention on Adjustment of Claims, U.S.-Ecuador, Nov. 25, 1862, 13 Stat. 631 [<i>annexe non traduite</i>]	
286	Bin Cheng, <i>General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals</i> (1987) [excerpt] [<i>annexe non traduite</i>]	
287	John Dugard, rapporteur spécial, Commission du droit international, sixième rapport sur la protection diplomatique, Nations Unies, doc. A/CN.4/546 (11 août 2004)	16
288	Patrick Dumberry, “The Clean Hands Doctrine as a General Principle of International Law,” 21 <i>J. World Inv. & Trade</i> 489 (2020) [<i>annexe non traduite</i>]	

<i>Annexe</i>		<i>Page</i>
289	James Crawford, <i>Brownlie’s Principles of Public International Law</i> (9th ed. 2019) [excerpt] [<i>annexe non traduite</i>]	
290	<i>Ceskoslovenska Obchodni Banka, a.s. v. The Slovak Republic</i> , ICSID Case No. ARB/97/4, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction (May 24, 1999) [excerpt] [<i>annexe non traduite</i>]	
291	<i>Sergei Paushok, CJSC Golden East Company and CJSC Vostokneftegaz Company v. The Government of Mongolia</i> , UNCITRAL, Award on Jurisdiction and Liability (Apr. 28, 2011) [excerpt] [<i>annexe non traduite</i>]	
292	<i>AIG Capital Partners v. Kazakhstan</i> , [2005] EWHC (Comm) 2239 [<i>annexe non traduite</i>]	
293	<i>NV Exploitatie-Maatschappij Bengkalis v. Bank Indonesia</i> , 65 I.L.R. 348 (Netherlands, Court of Appeal of Amsterdam 1963) [<i>annexe non traduite</i>]	
294	<i>Blagojevic v. Bank of Japan</i> , 65 I.L.R. 63 (France, Court of Cassation 1976) [<i>annexe non traduite</i>]	
295	Projet d’articles sur la protection diplomatique et commentaires y relatifs, <i>Annuaire de la Commission du droit international</i> , 2006, vol. II, Nations Unies, doc. A/CN.4/SER.A/2006/Add.1 (Part 2) [<i>extrait</i>]	22
296	<i>Ambiente Ufficio S.p.A. v. Argentine Republic</i> , ICSID Case No. ARB/08/09, Decision on Jurisdiction and Admissibility (Feb. 8, 2013) [excerpt] [<i>annexe non traduite</i>]	
297	Arbitration under Article 181 of the Treaty of Neuilly, Principal Question Judgment, etc., 28 <i>Am. J. Int’l L.</i> 773 (1934) [<i>annexe non traduite</i>]	
298	<i>Republic of Sudan v. Harrison</i> , 139 S. Ct. 1048 (2019) [<i>annexe non traduite</i>]	
299	<i>Hausler v. J.P. Morgan Chase Bank N.A.</i> , 770 F.3d 207 (2d Cir. 2014) [<i>annexe non traduite</i>]	
300	<i>Villoldo v. Castro Ruz</i> , 821 F.3d 196 (1st Cir. 2016) [<i>annexe non traduite</i>]	
301	<i>Jerez v. Republic of Cuba</i> , 775 F.3d 419 (D.C. Cir. 2014) [<i>annexe non traduite</i>]	
302	Concise Oxford English Dictionary 1212 (11th ed. 2008) [excerpt] [<i>annexe non traduite</i>]	
303	Mutual Defense Assistance Act of 1951, Pub. L. 213, 22 U.S.C. 1611 et seq. (1964) [<i>annexe non traduite</i>]	
304	Harold J. Berman and John R. Garson, “United States Export Controls – Past, Present, and Future,” 67 <i>Colum. L. Rev.</i> 791 (1967) [<i>annexe non traduite</i>]	
Volume III		
305	18 Fed. Reg. 2079 (Apr. 14, 1953) [<i>annexe non traduite</i>]	
306	<i>Weinstein v. Islamic Republic of Iran</i> , 624 F. Supp. 2d 272, 273 (district est de l’Etat de New York, 2009)	30
307	<i>Weinstein v. Islamic Republic of Iran</i> , 299 F. Supp. 2d 63 (district est de l’Etat de New York, 2004)	38
308	<i>Weinstein v. Islamic Republic of Iran</i> , 609 F.3d 43 (deuxième circuit, 2010)	53
309	Docket, <i>Weinstein v. Islamic Republic of Iran</i> , 12-cv-03445 (E.D.N.Y. Jul. 12, 2012) [excerpt] [<i>annexe non traduite</i>]	

<i>Annexe</i>	<i>Page</i>
310 <i>Bennett v. Islamic Republic of Iran</i> , 604 F.Supp.2d 152 (district de Columbia, 2009)	65
311 Ordonnance, <i>Bennett v. Islamic Republic of Iran</i> , affaire n° 11-cv-5807 (district nord de Californie, 24 avril 2020), ECF 210	83
312 Affidavit of Service of Judgment upon Defendant, <i>Bennett v. Islamic Republic of Iran</i> , Case No. 03-cv-1486 (D.D.C. Jan. 24, 2011), ECF No. 51-1 [<i>annexe non traduite</i>]	
313 Demande, <i>Bennett v. Islamic Republic of Iran</i> , affaire n° 11-cv-5807 (district nord de la Californie, 2 décembre 2011)	85
314 Federal Register Notice, 72 Fed. Reg. 62,520 (Nov. 5, 2007) [<i>annexe non traduite</i>]	
315 Summons, <i>Bennett v. Islamic Republic of Iran</i> , Case No. 11-cv-5807 (N.D. Cal. Mar. 21, 2012), ECF No. 45 [<i>annexe non traduite</i>]	
316 Clerk's Notice of Entry of Default, <i>Bennett v. Islamic Republic of Iran</i> , Case No. 11-cv-5807 (N.D. Cal. Apr. 26, 2012), ECF No. 79 [<i>annexe non traduite</i>]	
317 <i>Bennett v. Islamic Republic of Iran</i> , Case No. 11-cv-5807 (N.D. Cal. June 2012), ECF Nos. 100, 101, 103, 106, 107 [<i>annexe non traduite</i>]	
318 Stipulation & Order Vacating Default, <i>Bennett v. Islamic Republic of Iran</i> , Case No. 11-cv-5807 (N.D. Cal. July 5, 2012), ECF No. 109 [<i>annexe non traduite</i>]	
319 Orders, <i>Bennett v. Islamic Republic of Iran</i> , 13-15442 (9th Cir.), ECF Nos. 16, 46, 87 [<i>annexe non traduite</i>]	
320 Motion to Quash Writs of Attachment by United States of America, <i>Bennett v. Islamic Republic of Iran</i> , Case No. 03-cv-1486 (D.D.C. July 18, 2008), ECF No. 34 [<i>annexe non traduite</i>]	
321 Corrected Brief for Appellee United States, <i>Bennett v. Islamic Republic of Iran</i> , Case No. 09-5147 (D.C. Cir. Dec. 1, 2009), Doc. 1218295 [<i>annexe non traduite</i>]	
322 Brief for the United States as Amicus Curiae, <i>Bennett v. Islamic Republic of Iran</i> , 825 F.3d 949 (9th Cir. 2016) (No. 13-15442), ECF No. 82 [<i>annexe non traduite</i>]	
323 <i>Levin v. Bank of New York</i> , Case No. 09-cv-5900, 2011 WL 812032 (S.D.N.Y. Mar. 4, 2011) [<i>annexe non traduite</i>]	
324 Order Granting Motion Authorizing Judgment Creditors to Pursue Attachment in Aid of Execution and Execution of December 22, 2006 Judgment, <i>Heiser v. Islamic Republic of Iran</i> , 00-cv-2329 (D.D.C. Feb. 7, 2008), ECF No. 137 [<i>annexe non traduite</i>]	
325 Order Granting Motion Authorizing Judgment Creditors to Pursue Attachment in Aid of Execution of September 30, 2009 Judgment, <i>Heiser v. Islamic Republic of Iran</i> , 00-cv-2329 (D.D.C. May 10, 2010), ECF No. 158 [<i>annexe non traduite</i>]	
326 Order Re Notice & Service of Process, <i>Levin v. Bank of New York</i> , Case No. 09-cv-5900 (S.D.N.Y. Jan. 25, 2010), ECF No. 40 [<i>annexe non traduite</i>]	

- 327 Declaration of J. Kelley Nevling in Support of Bank of New York Mellon's Response to Plaintiffs' Motion for Partial Summary Judgment, *Levin v. Bank of New York*, Case No. 09-cv-5900 (Sep. 15, 2010), ECF No. 264 [annexe non traduite]
- 328 JP Morgan's Third-Party Complaint Against Wire Transfer Parties, *Levin v. Bank of New York*, Case No. 09-cv-5900 (Dec. 31, 2009), ECF No. 61 [annexe non traduite]
- 329 Bank of New York Mellon's Third-Party Complaint against Wire Transfer Parties, *Levin v. Bank of New York*, Case No. 09-cv-5900 (Dec. 31, 2009), ECF No. 62 [annexe non traduite]
- 330 Memorandum of Law of Citibank, N.A. and JPMorgan Chase Bank, N.A. in Response to Plaintiffs' Partial Motion for Summary Judgment, *Levin v. Bank of New York*, Case No. 09-cv-5900 (Sep. 15, 2010), ECF No. 265 [annexe non traduite]

Volume IV

- 331 *Levin v. Bank of New York Mellon*, Case No. 09-cv-5900, 2013 WL 5312502 (S.D.N.Y. Sep. 23, 2013) [annexe non traduite]
- 332 Amended Scheduling Order Authorizing Additional Pleadings and Governing and Scheduling Further Proceedings, *Levin v. Bank of New York Mellon*, Case No. 09-cv-5900, (Sep. 16, 2011), ECF No. 764-1 [annexe non traduite]
- 333 Order Concerning Notice To and Service On Third-Parties, *Heiser v. Bank of Tokyo Mitsubishi UFJ, New York Branch*, Case No. 11-cv-1601 (S.D.N.Y. Aug. 24, 2011), ECF No. 25 [annexe non traduite]
- 334 *Heiser v. Bank of Tokyo Mitsubishi UFJ, New York Branch*, 919 F. Supp. 2d 411 (S.D.N.Y. 2013) [annexe non traduite]
- 335 Third-Party Petition in Interpleader, *Heiser v. Bank of Baroda, New York Branch*, Case No. 11-cv-1602 (S.D.N.Y. Apr. 11, 2011), ECF No. 11 [annexe non traduite]
- 336 *Heiser v. Bank of Baroda, New York Branch*, Case No. 11-cv-1602, 2013 WL 4780061 (S.D.N.Y. July 17, 2013) [annexe non traduite]
- 337 Order Concerning Notice to and Service on Third-Parties, *Heiser v. Bank of Baroda, New York Branch*, Case No. 11-cv-1602 (S.D.N.Y. Aug. 9, 2011), ECF No. 39 [annexe non traduite]
- 338 *Heiser v. Islamic Republic of Iran*, 807 F. Supp. 2d 9 (D.D.C. 2011) [annexe non traduite]
- 339 Answer of Bank of Baroda, *Heiser v. Bank of Baroda, New York Branch*, Case No. 11-cv-1602 (S.D.N.Y. Apr. 8, 2011), ECF No. 10 [annexe non traduite]
- 340 Answer of Sprint, *Heiser v. Islamic Republic of Iran*, Case No. 00-cv-2329 (D.D.C. June 21, 2010), ECF No. 165 [annexe non traduite]
- 341 Answer of Citibank, *Levin v. Bank of New York*, Case No. 09-cv-5900 (S.D.N.Y. Oct. 23, 2009), ECF No. 44 [annexe non traduite]
- 342 Answer of Société Générale, *Levin v. Bank of New York*, Case No. 09-cv-5900 (S.D.N.Y. Oct. 23, 2009), ECF No. 45 [annexe non traduite]

<i>Annexe</i>	<i>Page</i>
343	Answer of JP Morgan, <i>Levin v. Bank of New York</i> , Case No. 09-cv-5900 (S.D.N.Y. Oct. 23, 2009), ECF No. 54 [<i>annexe non traduite</i>]
344	Answer of BNY Mellon, <i>Levin v. Bank of New York</i> , Case No. 09-cv-5900 (S.D.N.Y. Oct. 23, 2009), ECF No. 56 [<i>annexe non traduite</i>]
345	<i>Calderon-Cardona v. Bank of New York Mellon</i> , 770 F.3d 993 (2d Cir. 2014) [<i>annexe non traduite</i>]
346	<i>Levin v. Bank of New York</i> , 602 F. App'x 37 (May 11, 2015) [<i>annexe non traduite</i>]
347	Order, <i>Levin v. Bank of New York Mellon</i> , Case No. 09-cv-5900 (S.D.N.Y. Aug. 20, 2015), ECF No. 1065 [<i>annexe non traduite</i>]
348	Letter from U.S. Department of Justice to Hon. Robert P. Patterson, <i>Levin v. Bank of New York Mellon</i> , Case No. 09-cv-5900 (S.D.N.Y. Oct. 28, 2014), ECF No. 1035 [<i>annexe non traduite</i>]
349	<i>Levin v. Bank of New York Mellon</i> , Case No. 09-cv-5900, 2017 WL 4863094 (S.D.N.Y. Oct. 27, 2017) [<i>annexe non traduite</i>]
350	<i>Levin v. JPMorgan Chase Bank, N.A.</i> , 751 F. App'x 143 (2d Cir. 2018) [<i>annexe non traduite</i>]
351	Statement of Interest of the United States, <i>Heiser v. Islamic Republic of Iran</i> , 00-cv-2329 (D.D.C. Aug. 3, 2012), ECF No. 230 [<i>annexe non traduite</i>]
352	Response to the Statement of Interest of the United States, <i>Heiser v. Islamic Republic of Iran</i> , 00-cv-2329 (D.D.C. Aug. 17, 2012), ECF No. 231 [<i>annexe non traduite</i>]
353	<i>Heiser v. Islamic Republic of Iran</i> , 885 F. Supp. 2d 429 (D.D.C. 2012) [<i>annexe non traduite</i>]
354	<i>Heiser v. Islamic Republic of Iran</i> , 735 F.3d 934 (D.C. Cir. 2013) [<i>annexe non traduite</i>]
355	<i>Maalouf v. Islamic Republic of Iran</i> , 923 F.3d 1095 (D.C. Cir. 2019) [<i>annexe non traduite</i>]
356	<i>Greenlaw v. United States</i> , 554 U.S. 237 (2008) [<i>annexe non traduite</i>]
357	<i>Havlish v. bin Laden (In re Terrorist Attacks on September 11, 2001)</i> , 2011 WL 13244047 (S.D.N.Y. 2011) [<i>annexe non traduite</i>]
358	Affidavit of Service, Exhibit C, <i>Havlish v. bin Laden</i> , Case No. 1:02-cv-00305-JR (D.D.C. Nov. 1, 2002), ECF No. 35-3 [<i>annexe non traduite</i>]
Volume V	
359	Clerk's Certificates of Mailing of Summons & Complaint, <i>Havlish v. bin Laden</i> , Case No. 03-cv-09848-GBD-SN (S.D.N.Y. Mar. 18, 2005), ECF Nos. 21, 319-334, 340-354 [<i>annexe non traduite</i>]
360	Briefs for the United States as Amicus Curiae Supporting Petitioner, <i>Sudan v. Harrison</i> , 139 S. Ct. 1048 (2019) (No. 16-1094) [<i>annexe non traduite</i>]
361	Motion of the Solicitor General for Leave to Participate in Oral Argument as Amicus Curiae and for Divided Argument, <i>Sudan v. Harrison</i> , 139 S. Ct. 1048 (No. 16-1094) [<i>annexe non traduite</i>]

<i>Annexe</i>		<i>Page</i>
362	Second Amended Complaint, <i>Havlish v. bin Laden</i> , Case No. 03-cv-09848-GBD-SN (S.D.N.Y. Sept. 7, 2006), ECF No. 214 [excerpt] [annexe non traduite]	
363	Report and Recommendation to the Hon. George B. Daniels, <i>Havlish v. bin Laden</i> , Case No. 03-cv-09848-GBD (S.D.N.Y. July 30, 2012), ECF No. 314 [annexe non traduite]	
364	<i>D.H. Blair & Co., Inc. v. Gottdiener</i> , 462 F.3d 95 (2d Cir. 2006) [annexe non traduite]	
365	<i>Amaya v. Logo Enterprises, LLC</i> , 251 F. Supp. 3d 196 (D.D.C. 2017) [annexe non traduite]	
366	<i>Force v. Islamic Republic of Iran</i> , 464 F. Supp. 3d 323, 357 (D.D.C. 2020) [annexe non traduite]	
367	<i>Owens v. Republic of Sudan</i> , 864 F.3d 751 (D.C. Cir. 2017) [annexe non traduite]	
368	List of Exhibits, <i>Havlish v. bin Laden</i> , Case No. 03-cv-09848-GBD-SN (S.D.N.Y. 2011), ECF No. 276 [annexe non traduite]	
369	Memorandum Decision and Order, <i>Havlish v. bin Laden</i> , Case No. 03-cv-09848-GBD (S.D.N.Y. Oct. 3, 2012), ECF No. 316 [annexe non traduite]	
Volume VI		
370	<i>Havlish v. bin Laden</i> , Case No. 03-cv-09848-GBD (S.D.N.Y. Feb. 2012), ECF Nos. 302, 303, 306 [annexe non traduite]	
371	<i>Republic of Kazakhstan v. Stati</i> , 325 F.R.D. 507 (D.D.C. 2018) [annexe non traduite]	
372	<i>First Fidelity Bank, N.A. v. Government of Antigua & Barbuda-Permanent Mission</i> , 877 F.2d 189 (2d Cir.1989) [annexe non traduite]	
373	<i>Friends Christian High School v. Geneva Financial Consultants</i> , 321 F.R.D. 20 (D.D.C. 2017) [annexe non traduite]	
374	OCDE, projet de convention de 1967 sur la protection des biens étrangers, repris dans <i>International Law Materials (ILM)</i> , vol. 7, p. 117, 119 (1968) [extrait]	92
375	OCDE, comité de l'investissement international et des entreprises multinationales, accords intergouvernementaux relatifs aux investissements dans les pays en développement, doc. n° 84/14 du 27 mai 1984 [extrait]	103
376	Traité d'amitié, de commerce et de navigation entre les Etats-Unis d'Amérique et la République italienne, 2 février 1948, <i>Treaties and Other International Acts Series (TIAS)</i> du département d'Etat des Etats-Unis, 1965 ; Nations Unies, <i>Recueil des traités</i> , vol. 79, p. 171 (entrée en vigueur le 26 juillet 1949)	127
377	<i>Tradex Hellas S.A. (Greece) v. Republic of Albania</i> , affaire CIRDI n° ARB/94/2, sentence (29 avril 1999) [extrait]	155
378	Bin Cheng, <i>General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals</i> (1987) [excerpt] [annexe non traduite]	

<i>Annexe</i>	<i>Page</i>
379 <i>Marvin Roy Feldman Karpa v. United Mexican States</i> , NAFTA/ICSID Case No. ARB(AF)/99/1, Award (Dec. 16, 2002) [excerpt] [<i>annexe non traduite</i>]	
380 <i>Cargill Inc. v. United Mexican States</i> , NAFTA/ICSID Case No. ARB(AF)/05/2, Award (Sep. 18, 2009) [excerpt] [<i>annexe non traduite</i>]	
381 Nations Unies, Commission du droit international, projet de conclusions sur la détermination du droit international coutumier et commentaires y relatifs, doc. A/73/10 (2018) [<i>extrait</i>]	157
382 The Statute Of The International Court Of Justice (Andreas Zimmerman et al. eds., 2d ed. 2012) [excerpt] [<i>annexe non traduite</i>]	
383 <i>National Grid PLC v. Argentine Republic</i> , UNCITRAL/Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the Argentine Republic for the Promotion and Protection of Investments, Award (Nov. 3, 2008) [excerpt] [<i>annexe non traduite</i>]	
384 <i>Eli Lilly & Co. v. Government of Canada</i> , Case No. UNCT/14/2, Counter-Memorial of Canada (Jan. 27, 2015) [excerpt] [<i>annexe non traduite</i>]	
385 <i>Aven v. Costa Rica</i> , ICSID Case No. UNCT/15/3, Respondent’s Post-Hearing Brief (Mar. 13, 2017) [excerpt] [<i>annexe non traduite</i>]	
Volume VII	
386 <i>Spence Int’l Investments, et al. v. The Republic of Costa Rica</i> , ICSID Case No. UNCT/13/2, Submission of El Salvador, (Apr. 17, 2015) [<i>annexe non traduite</i>]	
387 <i>TECO Guatemala Holdings, LLC v. Guatemala</i> , ICSID Case No. ARB/10/23, Non-Disputing Party Submission of Honduras, (Oct. 5, 2012) (U.S. Dep’t of State trans., 2021) [excerpt] [<i>annexe non traduite</i>]	
388 <i>Eli Lilly and Company v. Government of Canada</i> , Case No. UNCT/14/2, Submission of Mexico (Mar. 18, 2016) [<i>annexe non traduite</i>]	
389 Accord de partenariat transpacifique global et progressiste (PTPGP), 8 mars 2018 [<i>extrait</i>]	196
390 UNCTAD, Investment Policy Hub, Status of Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership [<i>annexe non traduite</i>]	
391 U.K. Department for International Trade, Formal Request to Commence U.K. Accession Negotiations to Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership (Feb. 1, 2021) [<i>annexe non traduite</i>]	
392 <i>Methanex Corporation v. United States of America</i> , NAFTA/UNCITRAL, Final Award on Jurisdiction and Merits, (Aug. 3, 2005) [excerpt] [<i>annexe non traduite</i>]	
393 1 Fletcher Cyclopedia of the Law of Corporations § 41 (2020) [<i>annexe non traduite</i>]	
394 <i>TSA Spectrum de Argentina S.A. v. Argentine Republic</i> , ICSID Case No. ARB/05/05, Award (Dec. 19, 2008) [excerpt] [<i>annexe non traduite</i>]	

<i>Annexe</i>	<i>Page</i>
395 Gary Born, <i>International Commercial Arbitration</i> (2nd ed. 2014) [excerpt] [annexe non traduite]	
396 <i>GE Energy Power Conversion France SAS Corp. v. Outokumpu Stainless USA, LLC</i> , 140 S. Ct. 1637 (2020) [annexe non traduite]	
397 <i>Vantaan Kaupunki v. Sansk Industrial Solutions Oy, NCC Industry Oy, Asfaltmix Oy</i> , Case C-724/17, Judgment of the European Court of Justice (Mar. 14, 2019) [annexe non traduite]	
398 <i>Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Biskaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. Argentine Republic</i> , Spain-Argentina BIT/ICSID Case No. ARB/07/26, Award (Dec. 8, 2016) [excerpt] [annexe non traduite]	
399 <i>Saluka Investments BV (The Netherlands) v. The Czech Republic</i> , UNCITRAL, Partial Award (Mar. 17, 2006) [excerpt] [annexe non traduite]	
400 <i>PSEG Global Inc. and Konya Ilgin Elektrik Uretim ve Ticaret Sirketi v. Republic of Turkey</i> , U.S.-Turkey BIT/ICSID Case No. ARB/02/5, Award (Jan. 19, 2007) [excerpt] [annexe non traduite]	
401 <i>Ioan Micula, et al. v. Romania</i> , Sweden-Romania BIT/ICSID Case No. ARB/05/20, Award (Dec. 11, 2013) [excerpt] [annexe non traduite]	
402 <i>Total, S.A. v. Argentine Republic</i> , France-Argentina BIT/ICSID Case No. ARB/04/01, Decision on Liability (Dec. 27, 2010) [excerpt] [annexe non traduite]	
Volume VIII	
403 Pitman B. Potter, <i>International Legislation on the Treatment of Foreigners</i> , 24 <i>Am. J. Int'l L.</i> 748 (1930) [annexe non traduite]	
404 Edwin M. Borchard, "Responsibility of States," at the Hague Codification Conference, 24 <i>Am. J. Int'l L.</i> 517 (1930) [annexe non traduite]	
405 James Crawford, <i>State Responsibility: The General Part</i> (2013) [excerpt] [annexe non traduite]	
406 Telegram from U.S. Department of State to U.S. Embassy, Addis Ababa (Aug. 28, 1951) [annexe non traduite]	
407 Telegram from U.S. Department of State to U.S. Embassy, Tehran (Nov. 13, 1954) [annexe non traduite]	
408 Accord sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements, France et Argentine, 3 juillet 1991, <i>RTNU</i> , vol. 1728, p. 282, paragraphe 1 de l'article premier ; accord relatif à l'encouragement et à la protection réciproque des investissements, Espagne et Argentine, 3 octobre 1991, <i>RTNU</i> , vol. 1699, p. 209, paragraphe 2 de l'article premier ; accord relatif à l'encouragement et à la protection des investissements, Royaume-Uni et Argentine, 11 décembre 1990, <i>RTNU</i> , vol. 1765, p. 50, <i>litt. a</i>) de l'article premier ; et accord relatif à l'encouragement et à la protection réciproque des investissements, Pays-Bas et République fédérale tchèque et slovaque, 29 avril 1991, <i>RTNU</i> , vol. 2242, p. 230, <i>litt. a</i>) de l'article premier	204
409 U.S. Model Bilateral Investment Treaty (2004) [excerpt] [annexe non traduite]	
410 U.S. Model Bilateral Investment Treaty (2012) [excerpt] [annexe non traduite]	

<i>Annexe</i>	<i>Page</i>
411 Accord Etats-Unis-Mexique-Canada, annexe 14-B, expropriation, Etats-Unis-Canada-Mexique, 30 novembre 2018	214
412 Accord économique et commercial global entre l'Union européenne et le Canada, annexe 8-A, expropriation, 30 octobre 2016, 2017 O.J. (L 11)	217
413 Accord Union européenne-Singapour sur la protection des investissements, chapitre 4, annexe 1, expropriation, 19 octobre 2018, COM (2018) 194 final, 2019 O.J. (L 294)	220
414 Modernisation of the Trade Part of the EU-Mexico Global Agreement, Annex on Expropriation, Apr. 21, 2018 [<i>annexe non traduite</i>]	
415 Accord de libre-échange Canada-Colombie, article 811, 21 novembre 2008, Can.-Col., Can. T.S. 2011 No. 11	223
416 <i>Krederi Ltd. v. Ukraine</i> , ICSID Case No. ARB/14/17, Award (July 2, 2018) [excerpt] [<i>annexe non traduite</i>]	
417 <i>Garanti Koza LLP v. Turkmenistan</i> , ICSID Case No. ARB/11/20, Award (Dec. 19, 2016) [excerpt] [<i>annexe non traduite</i>]	
418 Campbell McLachlan et al., International Investment Arbitration — Substantive Principles (2d ed. 2017) [excerpt] [<i>annexe non traduite</i>]	
419 Extracts from Bloomberg regarding Bank Markazi Security Entitlements [<i>annexe non traduite</i>]	
420 OCDE, direction des affaires financières et des entreprises, Le traitement de la nation la plus favorisée dans le droit international des investissements, documents de travail de l'OCDE sur l'investissement international, n° 2004/2 (2004)	229
421 OCDE, groupe de négociation de l'accord multilatéral sur l'investissement (AMI), L'accord multilatéral sur l'investissement : commentaire du texte consolidé, doc. DAF/MAI(98)8/REV1 (22 avril 1998)	236
422 Nations Unies, Commission du droit international, projet d'articles sur les clauses de la nation la plus favorisée, doc. A/33/10 (1978) [<i>extrait</i>]	241
423 CNUCED, collection de la CNUCED consacrée aux problèmes relatifs aux accords internationaux d'investissement II : Traitement de la nation la plus favorisée, doc. UNCTAD/DIAE/IA/2010/1 (2010) [<i>extrait</i>]	250
424 Kenneth J. Vandeveld, <i>Bilateral Investment Treaties</i> (2010) [excerpt] [<i>annexe non traduite</i>]	
425 <i>Parkerings-Compagniet AS v. Lithuania</i> , ICSID Case No. ARB/05/8, Award (Sep. 11, 2007) [excerpt] [<i>annexe non traduite</i>]	
426 <i>Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi AS v. Pakistan</i> , ICSID Case No. ARB/03/29, Award (Aug. 27, 2009) [excerpt] [<i>annexe non traduite</i>]	
427 Press Statement on Threats to American Personnel and Facilities in Iraq, Secretary of State Michael R. Pompeo (Sep. 28, 2018); Remarks to the Media, Secretary of State Michael R. Pompeo (Oct. 3, 2018); Press Statement on U.S. Appearance before the International Court of Justice, Secretary of State Michael R. Pompeo (Oct. 8, 2018); Edward Wong, "Blaming Iran, U.S. Evacuates Consulate in Southern Iraq," <i>N.Y. Times</i> , Sep. 28, 2018 [<i>annexe non traduite</i>]	

<i>Annexe</i>		<i>Page</i>
428	Excerpts from U.S. Federal Rules of Civil Procedure and Federal Rules of Evidence [<i>annexe non traduite</i>]	

encore⁴⁹. Il est vrai que, au début, des divergences d'opinion sont apparues sur la définition des relations juridiques nées d'un fait internationalement illicite. Une école de pensée, menée par Anzilotti, décrivait les conséquences juridiques résultant d'un fait internationalement illicite uniquement comme un rapport bilatéral obligatoire instauré entre l'État auteur du fait et l'État lésé, rapport opposant l'obligation de réparer du premier au droit « subjectif » du second d'exiger réparation. Une autre façon de voir, celle de Kelsen notamment, partant de l'idée que l'ordre juridique est un ordre de contrainte, considérait l'autorisation accordée à l'État lésé d'appliquer à l'État responsable un acte de contrainte à titre de sanction comme la principale conséquence juridique découlant directement du fait illicite⁵⁰. Selon ce point de vue, le droit international général donnait à l'État lésé le pouvoir de réagir à un fait illicite : l'obligation de réparer était considérée comme subsidiaire, comme un moyen pour l'État responsable de se soustraire à l'application de l'acte de contrainte. Un troisième point de vue, qui a fini par l'emporter, était que les conséquences d'un fait internationalement illicite ne peuvent se limiter ni à la réparation ni à une « sanction »⁵¹. En droit international, comme dans tout système de droit, le fait illicite peut donner naissance à différents types de rapports juridiques, selon les circonstances.

4) Les avis ont aussi été partagés sur la question de savoir si les relations juridiques qui naissent de la survenance d'un fait internationalement illicite sont essentiellement bilatérales, c'est-à-dire n'existent qu'entre l'État responsable et l'État lésé. Il est de plus en plus généralement reconnu que certains faits illicites engagent la responsabilité de l'État en question envers plusieurs États, ou un grand nombre d'États, ou même envers la communauté internationale dans son ensemble. La CIJ a fait un pas important sur cette voie en relevant, dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, que :

Une distinction essentielle doit [...] être établie entre les obligations des États envers la communauté internationale dans son ensemble et celles qui naissent vis-à-vis d'un autre État dans le cadre de la protection diplomatique. Par leur nature même, les premières concernent tous les États. Vu l'importance des droits en cause, tous les États peuvent être considérés comme ayant un intérêt juridique à ce que ces droits soient protégés; les obligations dont il s'agit sont des obligations *erga omnes*.⁵²

Chaque État, du fait qu'il appartient à la communauté internationale, a un intérêt juridique à ce que certains droits fondamentaux soient protégés et certaines obligations essentielles respectées. La Cour a indiqué que ces obliga-

tions découlent par exemple « de la mise hors la loi des actes d'agression et du génocide mais aussi des principes et des règles concernant les droits fondamentaux de la personne humaine, y compris la protection contre la pratique de l'esclavage et la discrimination raciale »⁵³. Dans des affaires ultérieures, la Cour a réaffirmé cette idée⁵⁴. Les conséquences d'une conception élargie de la responsabilité internationale doivent nécessairement se refléter dans ces articles qui, bien que s'appliquant aux situations bilatérales de responsabilité normales, ne sont pas limités à ces situations.

5) Ainsi, l'expression « responsabilité internationale », au sens de l'article premier, recouvre les relations qui, selon le droit international, naissent du fait internationalement illicite d'un État, qu'elles se limitent au rapport existant entre l'État auteur du fait illicite et un seul État lésé ou qu'elles s'étendent aussi à d'autres États ou même à d'autres sujets de droit international, et qu'elles soient centrées sur des obligations de restitution ou de réparation ou qu'elles donnent aussi à l'État lésé la possibilité de réagir en prenant des contre-mesures.

6) Le fait que, selon l'article premier, tout fait internationalement illicite d'un État engage la responsabilité internationale de celui-ci ne signifie pas que d'autres États ne puissent pas aussi être tenus pour responsables du comportement en question, ou du dommage qui en résulterait. En vertu du chapitre II, un même comportement peut être attribuable à plusieurs États à la fois. En vertu du chapitre IV, un seul et même État peut être responsable du fait internationalement illicite d'un autre, par exemple si ce fait a été commis sous sa direction et son contrôle. Néanmoins, le principe de base du droit international est que chaque État est responsable de son propre comportement en ce qui concerne ses propres obligations internationales.

7) Les présents articles ne portent que sur la responsabilité des États. Bien entendu, comme l'a affirmé la CIJ dans l'affaire de la *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, l'Organisation des Nations Unies « est un sujet de droit international [...], a capacité d'être titulaire de droits et devoirs internationaux et [...] de se prévaloir de ses droits par voie de réclamation internationale »⁵⁵. La Cour a aussi appelé l'attention sur la responsabilité de l'Organisation pour la conduite de ses organes ou de ses agents⁵⁶. Il est possible que la responsabilité pour fait illicite soit un attribut essentiel de la personnalité juridique internationale, mais il n'est pas moins vrai que des considérations particulières s'appliquent à la respon-

⁵³ Ibid., par. 34.

⁵⁴ Voir *Timor oriental (Portugal c. Australie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1995, par. 29, p. 102; *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif*, C.I.J. Recueil 1996, par. 83, p. 258; et *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, exceptions préliminaires, arrêt*, C.I.J. Recueil 1996, par. 31 et 32, p. 615 et 616.

⁵⁵ *Réparation* (voir *supra* note 38), p. 179.

⁵⁶ *Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme, avis consultatif*, C.I.J. Recueil 1999, par. 66, p. 88 et 89.

⁴⁹ Voir, par exemple, I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, 5^e éd., Oxford University Press, 1998, p. 435; B. Conforti, *Diritto Internazionale*, 4^e éd., Milan, Editoriale Scientifica, 1995, p. 332; Nguyen Quoc Dinh, *Droit international public*, 6^e éd., revue et augmentée par P. Daillier et A. Pellet, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1999, p. 742; P.-M. Dupuy, *Droit international public*, 4^e éd., Paris, Dalloz, 1998, p. 414; et R. Wolfrum, "Internationally wrongful acts", *Encyclopedia of Public International Law*, sous la direction de R. Bernhardt, Amsterdam, North-Holland, 1995, vol. II, p. 1398.

⁵⁰ Voir H. Kelsen, *Principles of International Law*, 2^e éd., rév. par R. W. Tucker, New York, Holt, Rinehart and Winston, 1966, p. 22.

⁵¹ Voir, par exemple, R. Ago, « Le délit international », *Recueil des cours... 1939-II*, Paris, Sirey, 1947, t. 68, p. 430 à 440; et L. Oppenheim, *International Law: A Treatise*, 8^e éd., revue par H. Lauterpacht, Londres, Longmans, Green and Co., 1955, vol. I (*Peace*), p. 352 à 354.

⁵² *Barcelona Traction* (voir *supra* note 25), par. 33, p. 32.

sabilité des autres personnes juridiques internationales, et que celles-ci ne sont pas visées par ces articles⁵⁷.

8) En ce qui concerne la terminologie, l'expression « fait internationalement illicite » est préférable en français au mot « délit » ou à d'autres termes analogues qui peuvent avoir un sens particulier en droit interne. Pour la même raison, il est préférable d'éviter en anglais des termes comme *tort*, *delict* ou *delinquency*, et en espagnol le terme *delito*. Si l'expression française « fait internationalement illicite » est préférable à « acte internationalement illicite », c'est parce que l'illicéité résulte souvent d'une omission, ce que n'indique guère le mot « acte ». En outre, celui-ci semble impliquer que les conséquences juridiques sont voulues par l'auteur. C'est aussi pour ces raisons que l'on a adopté l'expression *hecho internacionalmente ilícito* dans le texte espagnol. Dans le texte anglais, il est nécessaire de s'en tenir à l'expression *internationally wrongful act*, le mot français « fait » n'ayant pas d'équivalent exact; le mot *act* est néanmoins censé s'appliquer aux omissions, ce qui est indiqué clairement à l'article 2.

Article 2. – Éléments du fait internationalement illicite de l'État

Il y a fait internationalement illicite de l'État lorsqu'un comportement consistant en une action ou une omission :

a) Est attribuable à l'État en vertu du droit international; et

b) Constitue une violation d'une obligation internationale de l'État.

Commentaire

1) L'article premier pose le principe de base que tout fait internationalement illicite d'un État engage sa responsabilité internationale. L'article 2 précise les conditions requises pour établir l'existence d'un fait internationalement illicite de l'État, c'est-à-dire les éléments constitutifs d'un tel fait. Deux éléments sont dégagés : premièrement, le comportement en question doit être attribuable à l'État d'après le droit international; deuxièmement, pour qu'une responsabilité naisse du fait de l'État, ce comportement doit constituer une violation d'une obligation juridique internationale qui était alors à la charge de cet État.

2) Ces deux éléments ont été précisés, par exemple, par la CPJI dans l'affaire des *Phosphates du Maroc*, où la Cour a lié expressément la naissance d'une responsabilité internationale à l'existence « d'un acte imputable à l'État et décrit comme contraire aux droits conventionnels d'un autre État »⁵⁸. La CIJ s'est également référée à ces deux éléments à maintes reprises. Dans l'affaire relative au *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhé-*

⁵⁷ Pour la situation des organisations internationales, voir l'article 57 et le commentaire y relatif.

⁵⁸ Voir *supra* note 34.

ran, elle a souligné que pour établir la responsabilité de la République islamique d'Iran :

[t]out d'abord elle doit déterminer dans quelle mesure les comportements en question peuvent être considérés comme juridiquement imputables à l'État iranien. Ensuite, elle doit rechercher s'ils sont compatibles ou non avec les obligations incombant à l'Iran en vertu des traités en vigueur ou de toute autre règle de droit international éventuellement applicable.⁵⁹

De même dans l'affaire de la *Dickson Car Wheel Company*, la Commission générale des réclamations États-Unis d'Amérique/Mexique a indiqué comme condition pour que l'État puisse encourir une responsabilité internationale le fait « qu'un acte illicite international lui soit imputé, c'est-à-dire qu'il existe une violation d'une obligation imposée par une norme juridique internationale »⁶⁰.

3) L'élément de l'attribution a parfois été qualifié de « subjectif » et celui de la violation d'« objectif », mais cette terminologie n'a pas été retenue dans les articles⁶¹. Le fait qu'il y ait ou non manquement à une règle peut dépendre de l'intention des organes ou agents habilités de l'État ou de la connaissance qu'ils ont; en ce sens, déterminer l'existence ou l'inexistence d'une violation peut être « subjectif ». Ainsi, l'article II de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide dispose : « Dans la présente Convention, le génocide s'entend de l'un quelconque des actes ci-après, commis dans l'intention de détruire, en tout ou en partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux, comme tel ». Dans d'autres cas, le critère de violation d'une obligation peut être « objectif », en ce sens que le fait que les organes ou agents habilités de l'État en aient été conscients ou non peut être sans objet. Que la responsabilité soit « objective » ou « subjective » en ce sens dépend donc des circonstances et surtout du contenu de l'obligation primaire en question. Les présents articles n'énoncent aucune règle générale à cet égard. Cela est vrai aussi pour d'autres critères, qu'ils fassent apparaître, à un degré ou à un autre, une faute, une culpabilité, une négligence ou un manquement de diligence. Ils varient selon le contexte, pour des raisons qui tiennent principalement à l'objet et au but de la disposition conventionnelle considérée ou d'une autre règle créant l'obligation primaire. De même, les articles n'établissent à cet égard aucune présomption parmi les différents critères possibles. Cela relève de l'interprétation et de l'application des règles primaires en jeu dans le cas d'espèce.

4) Le comportement attribuable à l'État peut consister en une action ou une omission. Les cas dans lesquels la responsabilité internationale d'un État a été invoquée sur la base d'une omission sont au moins aussi nombreux que ceux qui sont fondés sur des faits positifs, et il n'existe en principe aucune différence entre les deux. De plus, il peut s'avérer difficile d'isoler une « omission » des circonstances qui l'entourent et qui interviennent dans la détermination de la responsabilité. Par exemple, dans l'affaire du *Détroit de Corfou*, la CIJ a estimé que le fait que l'Albanie savait, ou aurait dû savoir, que

⁵⁹ *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*, arrêt, C.I.J. Recueil 1980, par. 56, p. 29. Cf. par. 90, p. 41. Voir aussi *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (*supra* note 36), par. 226, p. 117 et 118; et *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* (*supra* note 27), par. 78, p. 54.

⁶⁰ Voir *supra* note 42.

⁶¹ Cf. *Annuaire... 1973*, vol. II, doc. A/9010/Rev.1, paragraphe 1 du commentaire de l'article 3, p. 182.

des mines se trouvaient dans ses eaux territoriales et n'avait rien fait pour avertir les États tiers de leur présence constituait une base suffisante pour établir sa responsabilité⁶². Dans l'affaire relative à *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*, la Cour a conclu que la responsabilité de la République islamique d'Iran était engagée par l'« inaction » des autorités iraniennes qui avaient « manqué de prendre des « mesures appropriées » », dans des circonstances où celles-ci s'imposaient à l'évidence⁶³. Dans certains cas, ce peut être le cumul d'une action et d'une omission qui fonde la responsabilité⁶⁴.

5) Pour qu'un comportement déterminé puisse être qualifié de fait internationalement illicite, il doit avant tout être un comportement attribuable à l'État. L'État est une entité organisée réelle, une personne juridique ayant pleine qualité pour agir d'après le droit international. Mais le reconnaître ne veut pas dire nier la vérité élémentaire que l'État comme tel n'est pas capable d'agir. Un « fait de l'État » met nécessairement en jeu une action ou une omission d'un être humain ou d'un groupe : « Les États ne peuvent agir qu'au moyen et par l'entremise de la personne de leurs agents et représentants »⁶⁵. Il s'agit de déterminer quelles sont les personnes qui devraient être considérées comme agissant au nom de l'État, c'est-à-dire ce que constitue un « fait de l'État » aux fins de la responsabilité des États.

6) Lorsque l'on parle de l'attribution d'un comportement à l'État, on entend par État un sujet de droit international. Dans de nombreux systèmes juridiques, les organes de l'État consistent en différentes personnes juridiques (ministères ou autres entités) qui sont considérées comme ayant des droits et obligations distincts au titre desquels elles sont seules susceptibles de faire l'objet d'une action en justice et responsables. Aux fins du droit international de la responsabilité des États, cette conception est différente. L'État est considéré comme une unité, conformément au fait qu'il est reconnu comme une personne juridique unique en droit international. En ceci, comme à d'autres égards, l'attribution d'un comportement à l'État est nécessairement une opération normative. Ce qui est déterminant ici est qu'il y ait suffisamment de liens entre un événement donné et un comportement (qu'il s'agisse d'une action ou d'une omission) attribuable à l'État en vertu de l'une ou l'autre des règles énoncées au chapitre II.

⁶² *Détroit de Corfou* (voir *supra* note 35), p. 22 et 23.

⁶³ *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran* (voir *supra* note 59), par. 63 et 67, p. 31 et 32. Voir aussi l'affaire *Velásquez Rodríguez c. Honduras*, Cour interaméricaine des droits de l'homme, arrêt du 29 juillet 1988, Série C, n° 4, par. 170 : « en droit international, un État est responsable des actes accomplis par ses agents dans l'exercice de leurs fonctions officielles ainsi que de leurs omissions... » et l'*Affaire relative à l'acquisition de la nationalité polonaise (Allemagne contre Pologne)*, 1924, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. I (numéro de vente : 1948.V.2), p. 425.

⁶⁴ Par exemple, selon l'article 4 de la Convention de La Haye (VIII) du 18 octobre 1907 (Convention relative à la pose de mines sous-marines automatiques de contact), toute puissance neutre qui place des mines automatiques de contact devant ses côtes mais omet d'en avertir dans les formes les autres États parties est susceptible d'être tenue pour responsable des conséquences de cette omission (voir J. B. Scott, *The Proceedings of the Hague Peace Conferences: The Conference of 1907*, New York, Oxford University Press, 1920, vol. I, p. 643).

⁶⁵ *Colons allemands en Pologne, 1923, C.P.J.I. série B n° 6*, p. 22.

7) La deuxième condition pour qu'il y ait fait internationalement illicite de l'État est que le comportement attribuable à l'État constitue une violation par cet État d'une obligation internationale existant à sa charge. L'expression « violation par l'État d'une obligation internationale existant à sa charge » est établie de longue date et s'applique aux obligations tant conventionnelles que non conventionnelles. Dans son arrêt concernant la compétence dans l'affaire relative à l'*Usine de Chorzów*, la CPJI s'est servie de l'expression « violation d'un engagement »⁶⁶. Elle a repris la même expression dans son arrêt concernant le fond⁶⁷. La CIJ s'est référée explicitement à ces termes dans son avis consultatif concernant la *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*⁶⁸. Dans l'affaire du *Rainbow Warrior*, le tribunal arbitral a employé l'expression « toute violation par un État d'une obligation »⁶⁹. Dans la pratique, des expressions telles que « non-exécution d'obligations internationales », « actes incompatibles avec des obligations internationales », « violation d'une obligation internationale », « violation d'un engagement » sont également utilisées⁷⁰. Toutes ces formules ont essentiellement la même signification. L'expression retenue dans les présents articles est « violation d'une obligation internationale » en tant qu'elle correspond au libellé de l'alinéa c du paragraphe 2 de l'Article 36 du Statut de la CIJ.

8) En droit international, l'idée de violation d'une obligation a souvent été considérée comme l'équivalent de celle de comportement contraire aux droits d'autrui. La CPJI a parlé d'un « acte [...] contraire aux droits conventionnels d'un autre État » dans son arrêt concernant l'affaire des *Phosphates du Maroc*⁷¹. Cette affaire concernait un traité multilatéral restreint qui régissait les droits et devoirs mutuels des parties, mais certains ont considéré que la corrélation entre obligations et droits était une caractéristique générale du droit international : il n'existe en effet pas d'obligations incombant à un sujet du droit international auxquelles ne correspondrait pas un droit international d'un autre sujet ou d'autres sujets, voire de l'ensemble des autres sujets (la communauté internationale dans son ensemble). Mais différentes conséquences secondaires découlent d'un droit appartenant en commun à tous les autres sujets de droit international, par opposition à un droit spécifique d'un État donné ou d'États donnés. Différents États peuvent être les bénéficiaires d'une obligation de différentes manières, ou peuvent avoir différents intérêts s'agissant de son exécution. Les obligations multilatérales peuvent donc être distinctes des obligations bilatérales, compte tenu de la diversité des règles et institutions juridiques et de la grande variété des intérêts que l'on cherche à protéger au moyen de celles-ci. Mais le point de savoir si une obligation a été violée conduit encore à se poser les deux questions fondamentales dégagées à l'article 2,

⁶⁶ *Usine de Chorzów, compétence* (voir *supra* note 34).

⁶⁷ *Usine de Chorzów, fond* (ibid.).

⁶⁸ Voir *supra* note 38.

⁶⁹ *Rainbow Warrior* (voir *supra* note 46), par. 75, p. 251.

⁷⁰ À la Conférence pour la codification du droit international tenue en 1930 par la Société des Nations à La Haye, l'expression « tout manquement aux obligations internationales d'un État » a été adoptée (voir *Annuaire... 1956*, vol. II, doc. A/CN.4/96, annexe 3, article 1^{er}, p. 226).

⁷¹ Voir *supra* note 34.

et ce, quelle que soit la nature ou l'origine de l'obligation violée. Quant à savoir qui peut invoquer la responsabilité découlant de la violation d'une obligation, c'est une question distincte qui est traitée dans la troisième partie⁷².

9) Partant, il n'y a pas d'exception au principe énoncé à l'article 2 selon lequel deux conditions doivent être réunies pour qu'il y ait fait internationalement illicite – la présence d'un comportement attribuable à l'État d'après le droit international et la violation, par ce comportement, d'une obligation internationale à sa charge. La question est de savoir si ces deux conditions nécessaires sont aussi suffisantes. On a parfois dit que la responsabilité internationale ne peut être engagée par le comportement d'un État qui manque à ses obligations que s'il existe un autre élément, en particulier celui du « dommage » causé à un autre État. Mais la nécessité de tenir compte de tels éléments dépend du contenu de l'obligation primaire, et il n'y a pas de règle générale à cet égard. Ainsi, l'obligation contractée par traité d'adopter une loi uniforme est violée si cette loi n'est pas adoptée, et il n'est pas nécessaire qu'un autre État partie argue d'un dommage spécifique qu'il aurait subi par ce manquement. Pour être en mesure de déterminer si une obligation particulière est violée du seul fait que l'État responsable n'a pas agi ou si, pour qu'elle le soit, quelque autre événement doit se produire, il faut partir du contenu et de l'interprétation de l'obligation primaire, et l'on ne peut le faire dans l'abstrait⁷³.

10) Une question connexe est de savoir si la faute constitue un élément nécessaire du fait internationalement illicite de l'État. Il n'en va certainement pas ainsi si, par « faute », on vise par exemple l'existence d'une intention malveillante. En l'absence de toute exigence spécifique d'un élément psychologique aux termes de l'obligation primaire, seul importe le fait de l'État, indépendamment de toute intention.

11) L'article 2 introduit et place dans le contexte juridique indispensable les questions traitées aux chapitres suivants de la première partie. À l'alinéa *a* – qui affirme la nécessité de l'existence, pour qu'il y ait fait internationalement illicite, d'un comportement attribuable à l'État d'après le droit international – correspond le chapitre II, tandis que le chapitre IV traite des cas spécifiques où un État est responsable du fait internationalement illicite d'un autre État. À l'alinéa *b* – qui affirme la nécessité que ce comportement constitue une violation d'une obligation internationale – correspondent les principes généraux énoncés au chapitre III, tandis que le chapitre V traite des cas où est exclue l'illicéité d'un comportement qui, sans cela, serait constitutif d'une violation d'une obligation.

12) À l'alinéa *a*, le terme « attribution » est employé pour désigner l'opération du rattachement à l'État d'une action ou omission donnée. Dans la pratique et la jurisprudence internationales, le terme « imputation » est

également utilisé⁷⁴. Mais le terme « attribution » permet d'éviter de laisser entendre que le processus juridique consistant à rattacher le comportement de l'État est une fiction, ou que le comportement en question est « en réalité » celui de quelqu'un d'autre.

13) À l'alinéa *b*, on parle de violation d'une obligation internationale et non de violation d'une règle ou d'une norme de droit international. Ce qui importe en l'occurrence n'est pas simplement l'existence d'une règle, mais son application dans le cas d'espèce à l'État responsable. Le terme « obligation » est couramment employé dans la jurisprudence et dans la pratique internationales ainsi que dans la doctrine pour couvrir toutes les possibilités. Le mot « obligation » renvoie uniquement à une obligation de droit international, ce que l'article 3 précise.

Article 3. – Qualification du fait de l'État comme internationalement illicite

La qualification du fait de l'État comme internationalement illicite relève du droit international. Une telle qualification n'est pas affectée par la qualification du même fait comme licite par le droit interne.

Commentaire

1) L'article 3 énonce de façon explicite un principe qui ressort déjà implicitement de l'article 2, à savoir que la qualification d'un fait donné comme internationalement illicite est indépendante de la qualification de ce même fait comme licite en vertu du droit interne de l'État concerné. Ce principe comporte deux éléments. Tout d'abord, le fait d'un État ne peut être qualifié d'internationalement illicite s'il ne constitue pas une violation d'une obligation internationale, et ce, même s'il enfreint une prescription du droit interne de ce même État. Ensuite, et surtout, un État ne peut pas éviter, en faisant valoir que son comportement est conforme aux dispositions de son droit interne, que ce comportement soit qualifié d'illicite selon le droit international. Le fait d'un État doit être qualifié d'internationalement illicite dès lors qu'il constitue une violation d'une obligation internationale, même au cas où ledit fait ne contreviendrait pas au droit interne de cet État – et même au cas où, d'après ce droit, l'État se trouverait en réalité tenu à ce comportement.

2) En ce qui concerne le premier de ces éléments, la décision judiciaire sans doute la plus claire est celle de la CPJI, dans l'affaire concernant le *Traitement des nationaux polonais à Dantzig*⁷⁵. La Cour dénia au Gouvernement polonais le droit de soumettre aux organes de la Société des Nations des questions concernant l'application à des ressortissants polonais de certaines dispositions de la Constitution de la Ville libre de Dantzig, car,

⁷² Voir aussi le paragraphe 2 de l'article 33 et le commentaire y relatif.

⁷³ Pour une analyse des différentes obligations, voir, par exemple, *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran* (supra note 59), par. 62 à 68, p. 30 à 33; *Rainbow Warrior* (supra note 46), par. 107 à 110, p. 266 et 267; et OMC, États-Unis – Art. 301 à 310 de la loi de 1974 sur le commerce extérieur, rapport du Groupe spécial (doc. WT/DS152/R), 22 décembre 1999, par. 7.41 et suiv.

⁷⁴ Voir, par exemple, *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran* (supra note 59), par. 56 et 58, p. 29 et *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (supra note 36), par. 86, p. 51.

⁷⁵ *Traitement des nationaux polonais et des autres personnes d'origine ou de langue polonaise dans le territoire de Dantzig, avis consultatif, 1932, C.P.J.I. série A/B n° 44, p. 4.*

d'après les principes généralement admis, un État ne peut, vis-à-vis d'un autre État, se prévaloir des dispositions constitutionnelles de ce dernier, mais seulement du droit international et des engagements internationaux valablement contractés [...] Inversement, un État ne saurait invoquer vis-à-vis d'un autre État sa propre Constitution pour se soustraire aux obligations que lui imposent le droit international ou les traités en vigueur [...] L'application de la Constitution de la Ville libre peut [...] avoir pour résultat la violation d'une obligation internationale de Dantzig envers la Pologne, découlant soit de stipulations conventionnelles, soit du droit international commun [...] Toutefois, dans une éventualité de ce genre, ce n'est pas la Constitution, en tant que telle, mais bien l'obligation internationale qui donne naissance à la responsabilité de la Ville libre.⁷⁶

3) C'est un principe également bien établi que la conformité aux dispositions du droit interne n'empêche nullement que le comportement d'un État soit qualifié d'internationalement illicite. La jurisprudence internationale ne laisse pas subsister le moindre doute à ce sujet. En particulier, la CPJI a expressément reconnu ce principe dès son premier arrêt, dans l'affaire du *Vapeur Wimbledon*. La Cour a rejeté l'argumentation du Gouvernement allemand, selon lequel le passage du navire par le canal de Kiel aurait représenté une infraction aux ordonnances allemandes en matière de neutralité, en observant que :

une ordonnance de neutralité, acte unilatéral d'un État, ne saurait prévaloir sur les dispositions du Traité de paix [...] en vertu de l'article 380 du Traité de Versailles, elle [l'Allemagne] avait le devoir formel d'y consentir [au passage du *Wimbledon* par le canal]. Elle ne pouvait opposer aux engagements qu'elle avait pris en vertu de cet article ses ordonnances de neutralité.⁷⁷

Ce principe a été réaffirmé à plusieurs reprises :

C'est un principe généralement reconnu du droit des gens que, dans les rapports entre Puissances contractantes d'un traité, les dispositions d'une loi interne ne sauraient prévaloir sur celles du traité.⁷⁸

[I]l est constant que la France ne saurait se prévaloir de sa législation pour restreindre la portée de ses obligations internationales.⁷⁹

[U]n État ne saurait invoquer vis-à-vis d'un autre État sa propre Constitution pour se soustraire aux obligations que lui imposent le droit international ou les traités en vigueur.⁸⁰

Une autre facette du même principe se retrouve également affirmée dans les avis consultatifs concernant l'*Échange des populations grecques et turques*⁸¹ et la *Compétence des tribunaux de Dantzig*⁸².

4) La CIJ a souvent invoqué et appliqué ce principe⁸³. Par exemple, dans l'avis consultatif concernant la *Répa-*

⁷⁶ Ibid., p. 24 et 25. Voir également l'affaire du *Lotus*, arrêt n° 9, 1927, C.P.J.I. série A n° 10, p. 24.

⁷⁷ *Vapeur Wimbledon* (voir *supra* note 34), p. 29 et 30.

⁷⁸ « Communautés » gréco-bulgares, avis consultatif, 1930, C.P.J.I. série B n° 17, p. 32.

⁷⁹ *Zones franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex*, ordonnance du 6 décembre 1930, C.P.J.I. série A n° 24, p. 12, et arrêt, 1932, C.P.J.I. série A/B n° 46, p. 167.

⁸⁰ *Traitement des nationaux polonais à Dantzig* (voir *supra* note 75), p. 24.

⁸¹ *Échange des populations grecques et turques*, avis consultatif, 1925, C.P.J.I. série B n° 10, p. 20.

⁸² *Compétence des tribunaux de Dantzig*, avis consultatif, 1928, C.P.J.I. série B n° 15, p. 26 et 27. Voir également les observations de Lord Finlay relatives à l'avis consultatif suivant : *Acquisition de la nationalité polonaise*, avis consultatif, 1923, C.P.J.I. série B n° 7, p. 26.

⁸³ Voir les affaires *Pêcheries*, arrêt, C.I.J. Recueil 1951, p. 132; *Nottebohm, exception préliminaire*, arrêt, C.I.J. Recueil 1953, p. 123; *Application de la convention de 1902 pour régler la tutelle des mineurs*, arrêt,

ration des dommages subis au service des Nations Unies, elle a indiqué : « La réclamation étant fondée sur un manquement à une obligation internationale, manquement dont l'Organisation impute la responsabilité à l'un de ses Membres, ce Membre ne peut prétendre que cette obligation est régie par son droit national »⁸⁴. Dans l'affaire de l'*Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)*, une chambre de la Cour a mis l'accent sur ce principe, en indiquant que :

La conformité d'un acte au droit interne et sa conformité aux dispositions d'un traité sont des questions différentes. Ce qui constitue une violation d'un traité peut être licite en droit interne et ce qui est illicite en droit interne peut n'entraîner aucune violation d'une disposition conventionnelle. Même si le préfet avait jugé que la réquisition était tout à fait justifiée au regard du droit italien, cela n'exclurait pas la possibilité qu'elle ait constitué une violation du traité de 1948.⁸⁵

Inversement, comme la Chambre l'a expliqué :

[...] il faut tenir compte du fait qu'un acte d'une autorité publique peut avoir été illégitime en droit interne sans que cela signifie nécessairement que cet acte était illicite en droit international, en tant que violation d'un traité ou autrement. Une décision d'une juridiction interne selon laquelle un acte était illégitime peut bien être produite à l'appui d'une argumentation d'après laquelle cet acte était aussi arbitraire, mais on ne peut pas dire que l'illégitimité équivaudrait, par elle-même et sans plus, à l'arbitraire [...] Il ne découle pas non plus du fait qu'une juridiction nationale a conclu qu'un acte était injustifié, déraisonnable ou arbitraire, que cet acte doive être qualifié d'arbitraire en droit international, bien que la qualification donnée par une autorité nationale à l'acte attaqué puisse constituer une indication utile.⁸⁶

Ce principe a été aussi appliqué par de nombreux tribunaux arbitraux⁸⁷.

5) Le principe a été expressément entériné lors des travaux engagés sous les auspices de la Société des Nations concernant la codification de la responsabilité des États⁸⁸, ainsi que dans ceux entrepris sous les auspices de

C.I.J. Recueil 1958, p. 67; et *Applicabilité de l'obligation d'arbitrage en vertu de la section 21 de l'accord du 26 juin 1947 relatif au siège de l'Organisation des Nations Unies*, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1988, par. 57, p. 34 et 35.

⁸⁴ *Réparation* (voir *supra* note 38), p. 180.

⁸⁵ *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1989, par. 73, p. 51.

⁸⁶ Ibid., par. 124, p. 74.

⁸⁷ Voir, par exemple, l'arbitrage relatif à l'*Alabama*, 1872, in Moore, *History and Digest*, vol. IV, p. 4156 et 4157; l'affaire des *Réclamations des armateurs norvégiens (Norvège c. États-Unis d'Amérique)*, 1922, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. I (numéro de vente : 1948.V.2), p. 331; l'affaire *Tinoco (Aguilar-Amory and Royal Bank of Canada Claims) (Grande-Bretagne c. Costa Rica)*, 1923, *ibid.*, p. 386; l'affaire *Shufeldt*, 1930, *ibid.*, vol. II (numéro de vente : 1949.V.1), p. 1098 (« c'est un principe établi du droit international qu'un souverain ne saurait être admis à opposer une de ses lois nationales comme fin de non-recevoir à la réclamation d'un autre souverain pour préjudice causé à un ressortissant de ce dernier »); l'affaire *Wollemborg*, 1956, *ibid.*, vol. XIV (numéro de vente : 65.V.4), p. 289; et l'affaire *Flegenheimer*, 1958, *ibid.*, p. 360.

⁸⁸ Au point I de la demande d'informations adressée aux États sur la responsabilité des États par le Comité préparatoire de la Conférence de La Haye de 1930, il était précisé :

« En particulier, un État ne peut échapper à sa responsabilité selon le droit international, si elle existe, en invoquant les dispositions de sa loi interne. »

Dans leurs réponses, les États se déclarèrent expressément ou implicitement d'accord avec ce principe (voir Société des Nations, Conférence pour la codification du droit international, *Bases de discussion établies par le Comité préparatoire à l'intention de la Conférence*, t. III : *Responsabilité des États en ce qui concerne les dommages causés sur leur territoire à la personne ou aux biens des étrangers*

La Cour a donc considéré que le paragraphe 1 de l'article 6 impose une obligation de résultat²¹¹. Mais pour décider s'il y avait eu ou non violation de la Convention dans les circonstances de l'espèce, elle n'a pas simplement comparé le résultat requis (la possibilité que le procès ait lieu en présence de l'accusé) avec le résultat effectivement atteint (l'absence de cette possibilité en l'espèce). Elle a cherché à savoir ce que l'Italie aurait pu faire de plus pour que le droit du requérant soit « effectif »²¹². La distinction entre obligation de comportement et obligation de résultat n'a pas joué un rôle décisif dans la conclusion à laquelle est parvenue la Cour, à savoir qu'il y avait eu violation du paragraphe 1 de l'article 6²¹³.

12) La question se pose souvent de savoir si l'adoption d'une loi par un État peut violer une obligation, dans les cas où il existe un conflit apparent entre le contenu de cette loi et ce qui est requis par l'obligation internationale, ou si la loi en question doit avoir été appliquée en l'espèce avant que la violation soit réputée s'être produite. Encore une fois, aucune règle générale, qui soit applicable dans tous les cas, ne peut être établie²¹⁴. La simple adoption d'une loi incompatible peut entraîner la violation de certaines obligations²¹⁵. Dans ce cas, la seule adoption de la loi en question engage la responsabilité internationale de l'État qui la promulgue, le législateur lui-même étant un organe de l'État aux fins de l'attribution de la responsabilité²¹⁶. Dans d'autres circonstances, il se peut que l'adop-

tion d'une loi ne constitue pas en soi une violation²¹⁷, en particulier si l'État concerné a la possibilité de donner effet à cette loi d'une manière qui ne violerait pas l'obligation internationale en question. En pareil cas, l'existence ou non d'une violation dépend de la mise en application de cette loi et de la façon dont elle le sera²¹⁸.

Article 13. – *Obligation internationale en vigueur à l'égard de l'État*

Le fait de l'État ne constitue pas une violation d'une obligation internationale à moins que l'État ne soit lié par ladite obligation au moment où le fait se produit.

Commentaire

1) L'article 13 pose comme principe de base qu'il faut, pour que la responsabilité d'un État soit engagée, que la violation ait eu lieu au moment où l'État était lié par l'obligation. Ce n'est là que l'application dans le domaine de la responsabilité des États du principe général du droit intertemporel, tel qu'il a été énoncé par l'arbitre Huber dans un autre contexte, dans l'affaire de l'*Île de Palmas* :

[...] un fait juridique doit être apprécié à la lumière du droit de l'époque et non pas à celle du droit en vigueur au moment où surgit ou doit être réglé un différend relatif à ce fait.²¹⁹

L'article 13 offre aux États une garantie importante du point de vue de la mise en cause de leur responsabilité. La formule employée (« ne constitue pas ... à moins que ... ») exprime l'idée d'une garantie contre l'application rétrospective du droit international dans le domaine de la responsabilité des États.

2) Le principe énoncé à l'article 13 a été appliqué maintes fois par les tribunaux internationaux. On en trouve un exemple instructif dans la décision de J. Bates, surarbitre de la Commission mixte États-Unis d'Amérique/Grande-Bretagne, à propos du comportement des autorités britanniques qui avaient séquestré des navires américains se livrant à la traite des esclaves et avaient libéré les esclaves, qui appartenaient à des ressortissants américains. Les incidents soumis au jugement de la Commission avaient eu lieu à des époques différentes et le surarbitre devait donc

des droits de l'homme, *Série A*, n° 14 (1994). La Cour interaméricaine a également jugé qu'il était possible de décider si un projet de loi était compatible avec les dispositions des conventions relatives aux droits de l'homme dans son avis consultatif OC-3/83 relatif aux restrictions à la peine de mort : *Restrictions to the Death Penalty (arts. 4.2 et 4.4 of the American Convention on Human Rights)*, *Série A*, n° 3 (1983).

²¹⁷ Comme l'a affirmé la CIJ dans l'affaire *LaGrand*, arrêt (voir *supra* note 119), par. 90 et 91.

²¹⁸ Voir, par exemple, le rapport du Groupe spécial de l'OMC : États-Unis – Art. 301 à 310 de la loi de 1974 sur le commerce extérieur (*supra* note 73), par. 7.34 à 7.57.

²¹⁹ *Île de Palmas* [Miangas] (*Pays-Bas c. États-Unis d'Amérique*), 1928, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II (numéro de vente : 1949.V.1), p. 845; trad. française de C. Rousseau, *RGDIP*, t. XLII (1935), p. 156. Pour la question générale du droit intertemporel, voir la résolution de l'Institut de droit international, *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 56 (1975), p. 530 à 536; pour le débat sur la question, *ibid.*, p. 339 à 374; pour les rapports de M. Sørensen, *ibid.*, vol. 55 (1973), p. 1 à 116. Voir aussi W. Karl, "The time factor in the law of State responsibility", *United Nations Codification...* (*supra* note 175), p. 95.

²¹¹ Cf. l'affaire *Plattform « Ärzte für das Leben » c. Autriche*, 1988, dans laquelle la Cour avait donné l'interprétation suivante de l'article 11 :

« S'il incombe aux États contractants d'adopter des mesures raisonnables et appropriées afin d'assurer le déroulement pacifique des manifestations licites, ils ne sauraient pour autant le garantir de manière absolue et ils jouissent d'un large pouvoir d'appréciation dans le choix de la méthode à utiliser [...] En la matière, ils assument en vertu de l'article 11 de la Convention une obligation de moyens et non de résultat. » (CEDH, *Série A*, n° 139, par. 34, p. 12).

Dans l'affaire *Colozza* (voir note précédente), la Cour s'est exprimée dans des termes similaires, mais a conclu que l'obligation était une obligation de résultat. Cf. C. Tomuschat, "What is a 'Breach' of the European Convention on Human Rights?", *The Dynamics of the Protection of Human Rights in Europe: Essays in Honour of Henry G. Schermers*, sous la direction de Lawson et de Blois, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1994, p. 328.

²¹² *Colozza* (voir *supra* note 210), par. 28.

²¹³ Voir aussi *The Islamic Republic of Iran v. The United States of America*, affaires A 15 (IV) et A 24, 1996, *Iran-U.S. C.T.R.*, vol. 32, p. 115.

²¹⁴ Cf. *Applicabilité de l'obligation d'arbitrage en vertu de la section 21 de l'accord du 26 juin 1947 relatif au siège de l'Organisation des Nations Unies* (*supra* note 83), par. 42, p. 30.

²¹⁵ Un traité instituant une loi uniforme sera généralement interprété comme étant immédiatement applicable, c'est-à-dire comme comportant une obligation d'introduire les dispositions de la loi uniforme dans le droit interne de chaque État partie au traité : voir, par exemple, B. Conforti, « Obblighi di mezzi e obblighi di risultato nelle convenzioni di diritto uniforme », *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, vol. 24 (1988), p. 233.

²¹⁶ Voir l'article 4 et le commentaire y relatif. À titre d'illustration, voir, par exemple, les conclusions de la Cour européenne des droits de l'homme dans *Norris c. Irlande*, 1988, CEDH, *Série A*, n° 142, par. 31, avec renvoi à *Klass et autres c. Allemagne*, 1978, *ibid.*, n° 28, par. 33; *Marckx c. Belgique*, 1979, *ibid.*, n° 31, par. 27; *Johnston et autres c. Irlande*, 1986, *ibid.*, n° 112, par. 42; *Dudgeon c. Royaume-Uni*, 1981, *ibid.*, n° 45, par. 41; et *Modinos c. Chypre*, 1993, *ibid.*, n° 259, par. 24. Voir aussi l'avis consultatif OC-14/94 de la Cour interaméricaine des droits de l'homme (*International responsibility for the promulgation and enforcement of laws in violation of the Convention (American Convention on Human Rights arts. 1 and 2)*), Cour interaméricaine

établir pour chacun d'eux si, à l'époque où il s'était produit, la traite était ou non « contraire à la loi des nations ». Les incidents les plus anciens, datant d'une époque où la traite était considérée comme licite, constituaient une violation de l'obligation internationale de respecter et de protéger la propriété des ressortissants étrangers²²⁰. Les incidents les plus récents s'étaient produits à une époque où la traite avait été « prohibée par toutes les nations civilisées », et n'engageaient pas la responsabilité de la Grande-Bretagne²²¹.

3) L'arbitre Asser a appliqué les mêmes principes à propos de la saisie et de la confiscation par les autorités russes, au-delà des limites de la mer territoriale de la Russie, de navires américains se livrant à la chasse aux phoques, affaire dans laquelle il devait établir s'il s'agissait d'actes illicites en droit international. Dans l'affaire du *James Hamilton Lewis*, il a fait observer que la question devait être « résolue d'après les principes généraux du droit des gens et l'esprit des accords internationaux en vigueur et obligatoires pour les deux Hautes Parties au moment de la saisie du navire »²²². Puisque, d'après les principes en vigueur à l'époque des faits, la Russie n'avait pas le droit de saisir le navire américain, la saisie et la confiscation de ce navire devaient être considérées comme des actes illicites pour lesquels la Russie devait réparation²²³. Le même principe a été constamment appliqué par la Commission européenne et par la Cour européenne des droits de l'homme pour repousser des griefs ayant pris naissance à une époque où la Convention européenne des droits de l'homme n'était pas en vigueur à l'égard de l'État en cause²²⁴.

4) Le principe a été aussi confirmé par la pratique des États. On trouve souvent dans les compromis d'arbitrage²²⁵ cette clause que l'arbitre appliquera les règles de droit international en vigueur à l'époque où les faits allégués ont eu lieu, ce qui vise clairement à confirmer de façon explicite un principe généralement admis. Les auteurs de droit international qui ont traité de la question reconnaissent

²²⁰ Voir l'affaire de l'*Enterprize*, 1855, Lapradelle-Politis (*supra* note 139), t. I, p. 703; Moore, *History and Digest*, vol. IV, p. 4373. Voir également les affaires de l'*Hermosa* et du *Créole*, 1855, Lapradelle-Politis, *op. cit.*, p. 704; Moore, *History and Digest*, vol. IV, p. 4374 et 4375.

²²¹ Voir l'affaire *Lawrence*, 1855, Lapradelle-Politis, *op. cit.*, p. 741; et Moore, *History and Digest*, vol. III, p. 2824. Voir également l'affaire du *Volusia*, 1855, Lapradelle-Politis, *op. cit.*, p. 741.

²²² *Affaire des navires Cape Horn Pigeon, James Hamilton Lewis, C. H. White et Kate and Anna*, 1902, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IX (numéro de vente : 59.V.5), p. 69.

²²³ Voir notamment l'affaire du *C. H. White*, *ibid.*, p. 74. Dans ces affaires, l'arbitre devait, selon le compromis arbitral, appliquer le droit en vigueur à l'époque des faits. Toutefois, tout indique que les parties voulaient simplement confirmer l'application du principe général en question dans le compromis d'arbitrage et non pas établir une exception. Voir aussi l'affaire du *S.S. Lisman*, 1937, *ibid.*, vol. III (numéro de vente : 1949.V.2), p. 1771.

²²⁴ Voir, par exemple, *X c. Allemagne*, 1961, requête n° 1151/61, Conseil de l'Europe, Commission européenne des droits de l'homme, *Recueil des décisions*, n° 7 (mars 1962), p. 119, et de nombreuses décisions ultérieures.

²²⁵ Voir, par exemple, les déclarations échangées entre les États-Unis d'Amérique et la Russie concernant l'arbitrage de certains différends mettant en cause la responsabilité internationale de la Russie à raison de la saisie de navires américains, 1900, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IX (numéro de vente : 59.V.5), p. 57.

que la licéité ou l'illicéité d'un fait s'établit au regard des obligations en vigueur au moment du fait²²⁶.

5) La responsabilité des États peut s'étendre à des faits de la plus grande gravité et le régime de la responsabilité doit, dans ce cas, être d'autant plus rigoureux. Mais, même lorsque survient une nouvelle norme impérative du droit international, comme cela est envisagé à l'article 64 de la Convention de Vienne de 1969, il n'en résulte aucune responsabilité rétroactive. Le paragraphe 2 de l'article 71 prévoit que cette norme impérative « ne porte atteinte à aucun droit, aucune obligation, ni aucune situation juridique des parties créés par l'exécution du traité avant qu'il ait pris fin; toutefois, ces droits, obligations ou situations ne peuvent être maintenus par la suite que dans la mesure où leur maintien n'est pas en soi en conflit avec la nouvelle norme impérative du droit international général ».

6) En conséquence, le principe de l'intertemporalité doit s'appliquer à toutes les obligations internationales et l'article 13 est d'application générale. Cela pourtant n'écarte pas la possibilité qu'un État consente à réparer le dommage résultant d'un fait qui n'était pas à l'époque une violation d'une obligation internationale en vigueur à son égard. En fait, les cas d'acceptation rétroactive de la responsabilité sont très rares. Le principe de la *lex specialis* (art. 55) suffit à régler les cas dans lesquels il a été convenu ou décidé que la responsabilité serait admise rétroactivement pour des faits qui, à l'époque où ils se sont produits, ne constituaient pas une violation d'une obligation internationale²²⁷.

7) En droit international, le principe établi à l'article 13 est non seulement nécessaire, mais aussi suffisant, pour établir la responsabilité. En d'autres termes, une fois que la responsabilité a pris naissance dans le fait internationalement illicite, elle demeure même si l'obligation mise en cause disparaît ultérieurement, soit que le traité violé ait été dénoncé, soit que le droit international ait évolué. C'est ainsi que la CIJ a déclaré dans l'affaire du *Cameroun septentrional* :

Si, pendant la période de validité de l'accord de tutelle, l'autorité de tutelle avait été responsable d'un acte contrevenant aux dispositions dudit accord et entraînant un préjudice envers un autre Membre des Nations

²²⁶ Voir, par exemple, P. Tavernier, *Recherches sur l'application dans le temps des actes et des règles en droit international public : problèmes de droit intertemporel ou de droit transitoire*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1970, p. 119, 135 et 292; D. Bindschelder-Robert, « De la rétroactivité en droit international public », *Recueil d'études de droit international en hommage à Paul Guggenheim*, Faculté de droit de l'Université de Genève/Institut universitaire de hautes études internationales, 1968, p. 184; M. Sørensen, « Le problème intertemporel dans l'application de la Convention européenne des droits de l'homme », *Mélanges offerts à Polys Modinos*, Paris, Pedone, 1968, p. 304; T. O. Elias, « The doctrine of intertemporal law », *AJIL*, vol. 74, n° 2 (avril 1980), p. 285; et R. Higgins, « Time and the law: international perspectives on an old problem », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 46 (juillet 1997), p. 501.

²²⁷ Pour ce qui est de l'effet rétroactif de la reconnaissance et de l'adoption d'un comportement par un État comme étant sien, voir l'article 11 et le commentaire y relatif, particulièrement le paragraphe 4. Cette reconnaissance et cette adoption ne sont pas à elles seules suffisantes pour donner un effet rétroactif aux obligations de l'État qui en est l'auteur.

Unies ou l'un de ses ressortissants, l'extinction de la tutelle n'aurait pas mis fin à l'action en réparation.²²⁸

Dans l'arbitrage du *Rainbow Warrior*, le tribunal a de même statué que, même si l'obligation conventionnelle s'était éteinte avec le passage du temps, la responsabilité de la France pour la violation commise antérieurement demeurait engagée²²⁹.

8) Les deux aspects du principe sont implicites dans l'arrêt rendu par la CIJ dans l'affaire concernant *Certaines terres à phosphates à Nauru*. L'Australie soutenait qu'une demande mettant en cause la responsabilité de l'État australien pour des faits survenus à l'époque où elle était l'une des puissances administrantes du Territoire sous tutelle de Nauru (1947-1968) ne pouvait être introduite des décennies plus tard, même s'il n'y avait pas eu officiellement désistement de la part de Nauru. La Cour, ayant appliqué de façon libérale la théorie des retards excessifs, a rejeté cet argument²³⁰, mais en ajoutant :

Il appartiendra à la Cour, le moment venu, de veiller à ce que le retard mis par Nauru à la saisir ne porte en rien préjudice à l'Australie en ce qui concerne tant l'établissement des faits que la détermination du contenu du droit applicable.²³¹

Manifestement, l'intention de la Cour était d'appliquer le droit en vigueur au moment des faits à l'origine de la demande. D'ailleurs, c'était aussi nécessairement la position de Nauru elle-même, puisque sa demande reposait sur une violation de l'Accord de tutelle qui avait pris fin à la date de son accession à l'indépendance en 1968. L'argument de Nauru était que la responsabilité de l'Australie, une fois engagée en vertu du droit en vigueur à un moment donné, continuait d'exister même si l'obligation primaire avait pris fin²³².

9) Le principe de base posé à l'article 13 est donc bien établi. Une restriction possible touche à l'interprétation progressive des obligations qu'a adoptée la majorité de la CIJ dans l'avis consultatif sur l'affaire de la *Namibie (Sud-Ouest africain)*²³³. Mais le principe du droit intertemporel ne signifie pas que le fixisme doit présider à l'interprétation des dispositions des traités. La validité d'une interprétation évolutionniste des dispositions des traités est possible dans certains cas²³⁴, mais cela n'a rien à voir avec le principe qui veut que l'État ne puisse être tenu responsable que de la violation d'une obligation en vigueur à son égard au moment des faits. Le principe du

droit intertemporel ne signifie pas non plus que des faits survenus avant l'entrée en vigueur d'une obligation donnée ne peuvent être pris en compte s'ils sont par ailleurs pertinents. Ainsi par exemple, pour ce qui est de l'obligation de veiller à ce que les accusés soient jugés sans retard excessif, les périodes de détention accomplies avant l'entrée en vigueur de cette obligation peuvent être un élément de fait à prendre en considération, mais aucune indemnité ne pourrait être accordée pour la période antérieure à l'entrée en vigueur de l'obligation²³⁵.

Article 14. – Extension dans le temps de la violation d'une obligation internationale

1. La violation d'une obligation internationale par le fait de l'État n'ayant pas un caractère continu a lieu au moment où le fait se produit, même si ses effets perdurent.

2. La violation d'une obligation internationale par le fait de l'État ayant un caractère continu s'étend sur toute la période durant laquelle le fait continue et reste non conforme à l'obligation internationale.

3. La violation d'une obligation internationale requérant de l'État qu'il prévienne un événement donné a lieu au moment où l'événement survient et s'étend sur toute la période durant laquelle l'événement continue et reste non conforme à cette obligation.

Commentaire

1) Le problème consistant à déterminer à quel moment un fait illicite commence et combien de temps il continue se pose souvent²³⁶ et a des conséquences en ce qui concerne la responsabilité des États, notamment la question importante de la cessation des faits illicites continus traitée à l'article 30. Bien que l'existence et la durée d'une violation d'une obligation internationale dépendent, pour l'essentiel, de l'existence et du contenu de l'obligation, ainsi que des faits de l'espèce, certains concepts fondamentaux sont établis. Ceux-ci sont présentés à l'article 14. Sans chercher à traiter le problème de façon exhaustive, l'article 14 aborde plusieurs questions connexes. En parti-

²²⁸ *Cameroun septentrional, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1963*, p. 35.

²²⁹ *Rainbow Warrior* (voir *supra* note 46), p. 265 et 266.

²³⁰ *Certaines terres à phosphates à Nauru (Nauru c. Australie), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1992*, par. 31 à 36, p. 253 à 255. Voir l'alinéa b de l'article 45 et le commentaire y relatif.

²³¹ *Certaines terres à phosphates à Nauru*, *ibid.*, par. 36, p. 255.

²³² L'affaire s'est réglée avant que la Cour ait pu l'examiner au fond : voir *Certaines terres à phosphates à Nauru (Nauru c. Australie), ordonnance du 13 septembre 1993, C.I.J. Recueil 1993*, p. 322; pour l'accord de règlement, voir Accord entre l'Australie et la République de Nauru relatif au règlement à la Cour internationale de Justice du cas concernant certains terrains de phosphate à Nauru (Nauru, 10 août 1993), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1770, n° 30807, p. 379.

²³³ *Namibie* (voir *supra* note 176), par. 53, p. 31 et 32.

²³⁴ Voir, par exemple, le dictum de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Tyrer c. Royaume-Uni*, 1978, CEDH, *Série A*, n° 26, p. 15 et 16.

²³⁵ Voir, par exemple, *Zana c. Turquie*, 1997, CEDH, *Recueil des arrêts et décisions 1997-VII*, p. 2533; et J. Pauwelyn, "The concept of a 'continuing violation' of an international obligation: selected problems", *BYBIL* 1995, vol. 66, p. 443 à 445.

²³⁶ Voir, par exemple, les affaires suivantes : *Concessions Mavromatis en Palestine, arrêt n° 2, 1924, C.P.J.I. série A n° 2*, p. 35; *Phosphates du Maroc (supra note 34)*, p. 23 à 29; *Compagnie d'électricité de Sofia et de Bulgarie, arrêt, 1939, C.P.J.I. série A/B n° 77*, p. 80 à 82; et *Droit de passage sur territoire indien (supra note 207)*, p. 33 à 36. Le problème a été soulevé fréquemment devant les organes de la Convention européenne des droits de l'homme. Voir, par exemple, la décision de la Commission européenne des droits de l'homme dans l'affaire *De Becker c. Belgique, Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme 1958-1959*, requête n° 214/56, p. 234 à 244; et les arrêts de la Cour dans les affaires *Irlande c. Royaume-Uni*, 1978, CEDH, *Série A*, n° 25, p. 64; *Papamichalopoulos et autres c. Grèce*, 1993, *ibid.*, n° 260-B, par. 40; et *Agrotexim et autres c. Grèce*, 1995, *ibid.*, n° 330-A, par. 58. Voir également E. Wylter, « Quelques réflexions sur la réalisation dans le temps du fait internationalement illicite », *RGDIP*, t. XCV (1991), p. 881.

culier, il explicite la distinction entre les violations qui ne s'étendent pas dans le temps et les faits illicites continus (voir les paragraphes 1 et 2, respectivement) et il traite également de la question de l'application de cette distinction au cas important de l'obligation de prévention. Dans chacun de ces cas, la question du maintien en vigueur de l'obligation violée est prise en compte.

2) En général, il faut un certain temps pour qu'un fait internationalement illicite se produise. Aux fins de l'article 14, une distinction essentielle est établie entre une violation qui est continue et une violation qui a déjà été accomplie. Conformément au *paragraphe 1*, un fait achevé a lieu « au moment où le fait se produit », même si ses effets ou ses conséquences perdurent. L'expression « au moment où » vise à décrire plus précisément le laps de temps pendant lequel un fait illicite achevé se produit, sans impliquer pour autant que ce fait soit nécessairement achevé en un instant.

3) Par ailleurs, conformément au *paragraphe 2*, un fait illicite continu s'étend sur toute la période durant laquelle le fait continue et reste non conforme à l'obligation internationale, sous réserve toutefois que l'État soit lié par cette obligation internationale pendant cette période²³⁷. À titre d'exemples de faits illicites continus, on citera le maintien en vigueur de dispositions législatives incompatibles avec les obligations conventionnelles de l'État qui les a promulguées, la détention illégale d'un agent étranger ou l'occupation illégale des locaux d'une ambassade, le maintien par la force d'une domination coloniale, l'occupation illégitime d'une partie du territoire d'un autre État ou le stationnement de forces armées dans un autre État sans son consentement.

4) La question de savoir si un fait illicite est achevé ou a un caractère continu dépendra, à la fois, de l'obligation primaire et des circonstances de l'espèce. Ainsi, la Cour interaméricaine des droits de l'homme a interprété la disparition forcée ou involontaire comme étant un fait illicite continu, c'est-à-dire qui continue tant que l'on ignore le sort de la personne concernée²³⁸. La question de savoir si une expropriation illicite est un fait illicite « achevé » ou continu dépend, dans une certaine mesure, du contenu de la règle primaire censée avoir été violée. Si une expropriation a lieu conformément à la loi, avec pour conséquence que le titre de propriété concerné est cédé, l'expropriation proprement dite constitue alors un fait achevé. Toutefois, la situation peut être différente en présence d'une occupation de facto, « rampante » ou déguisée²³⁹. À titre exceptionnel, une juridiction peut légitimement refuser de reconnaître une loi ou un décret, la conséquence étant alors que le déni d'un statut, d'un droit de propriété ou de la possession d'un bien qui en résulte peut donner lieu à un fait illicite continu²⁴⁰.

²³⁷ Voir l'article 13 et le commentaire y relatif, en particulier le paragraphe 2.

²³⁸ Blake, 1998, *Cour interaméricaine des droits de l'homme, Série C, n° 36*, par. 67.

²³⁹ Papamichalopoulos (voir *supra* note 236).

²⁴⁰ Voir Loizidou, fond (*supra* note 160), p. 2216.

5) En outre, la distinction entre faits achevés et faits continus est relative. Un fait illicite continu peut lui-même cesser : ainsi, un otage peut être libéré ou le corps d'une personne disparue peut être remis à ses proches parents. Un fait illicite continu est essentiellement un fait qui a commencé mais n'a pas été achevé au moment considéré. Lorsqu'un fait illicite continu a cessé, par exemple si des otages sont libérés ou des forces d'occupation se retirent d'un territoire illégitimement occupé, il est considéré comme n'ayant plus désormais un caractère continu même si certains de ses effets peuvent perdurer. En ce sens, il relève du paragraphe 1 de l'article 14.

6) Un fait n'a pas un caractère continu simplement parce que ses effets ou ses conséquences s'étendent dans le temps. Il faut que le fait illicite proprement dit continue. Dans de nombreux cas, les conséquences de faits internationalement illicites peuvent se prolonger. La douleur et la souffrance causées par des actes antérieurs de torture, ou les incidences économiques d'une expropriation continuent, même si la torture a cessé ou le titre de propriété a été cédé. Ces conséquences font l'objet des obligations secondaires de réparation, notamment la restitution, prévues dans la deuxième partie des articles. La prolongation de ces effets sera pertinente, par exemple, pour déterminer le montant de l'indemnité à verser. Cela ne signifie pas pour autant que la violation proprement dite a un caractère continu.

7) La notion de fait illicite continu existe dans de nombreux systèmes juridiques nationaux, et c'est Triepel qui l'a introduite en droit international²⁴¹. La CIJ et d'autres tribunaux internationaux s'y sont fréquemment référés. Par exemple, dans l'affaire relative au *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*, la Cour a fait référence aux « manquements successifs, et persistant à ce jour, de l'Iran aux obligations dont il est tenu envers les États-Unis en vertu des Conventions de Vienne de 1961 et de 1963 »²⁴².

8) Les conséquences d'un fait illicite continu dépendront du contexte, ainsi que de la durée de l'obligation violée. Par exemple, l'arbitrage dans l'affaire du *Rainbow Warrior* avait pour objet le manquement, par la France, à l'obligation de détenir deux agents sur l'île française du Pacifique de Hao durant trois ans, en vertu d'un accord conclu entre la France et la Nouvelle-Zélande. Le tribunal arbitral a mentionné, en les approuvant, les anciens projets d'articles 24 et 25, paragraphe 1 (dont le texte figure à présent dans l'article 14), et la distinction entre faits illicites instantanés et continus, déclarant :

Si l'on applique cette classification à l'espèce examinée, il est évident que la violation constituée par le fait de ne pas ramener les deux agents à Hao représente une violation non seulement substantielle mais aussi continue. Et cette classification n'est pas purement théorique, mais au contraire, a des conséquences pratiques puisque la gravité de la viola-

²⁴¹ H. Triepel, *Völkerrecht und Landesrecht*, Leipzig, Hirschfeld, 1899, p. 289; trad. française de R. Brunet in *Droit international et droit interne*, Paris, Pedone, 1920. Cette notion a ensuite été reprise dans diverses études générales consacrées à la responsabilité des États, ainsi que dans des ouvrages consacrés à l'interprétation de la formule « situations et faits antérieurs à une date donnée » employée dans certaines déclarations d'acceptation de la juridiction obligatoire de la CIJ.

²⁴² *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran* (voir *supra* note 59), par. 80, p. 37. Voir également par. 78, p. 36.

tion et son prolongement dans le temps ont nécessairement une importance considérable pour la fixation de la réparation appropriée dans le cas d'une violation présentant ces deux caractéristiques.²⁴³

Le tribunal a d'ailleurs tiré encore d'autres conséquences juridiques de la distinction ainsi établie au sujet de la durée des obligations de la France en vertu de l'accord²⁴⁴.

9) La notion de fait illicite continu a été appliquée également par la Cour européenne des droits de l'homme pour établir sa compétence *ratione temporis* dans une série d'affaires. Le problème se pose parce que la compétence de la Cour peut être limitée aux événements qui se produisent après que l'État défendeur est devenu partie à la Convention ou au Protocole pertinent et a accepté le droit de requête individuelle. Ainsi, dans l'affaire *Papamichalopoulos*, la saisie d'un bien sans expropriation formelle avait eu lieu environ huit ans avant que la Grèce reconnaisse la compétence de la Cour. La haute juridiction a considéré qu'il y avait une violation continue du droit à la jouissance paisible du bien conformément à l'article premier du Protocole n° 1 à la Convention européenne des droits de l'homme, qui s'est poursuivie après l'entrée en vigueur du Protocole; elle s'est donc déclarée compétente pour connaître de la requête²⁴⁵.

10) Dans l'arrêt *Loizidou*²⁴⁶, la Cour a appliqué un raisonnement semblable aux conséquences de l'invasion de Chypre par la Turquie en 1974, à la suite de laquelle la requérante avait été privée de l'accès à son bien, sis à Chypre-Nord. La Turquie invoquait le fait qu'en vertu de l'article 159 de la Constitution de la République turque de Chypre-Nord de 1985, le bien en question avait fait l'objet d'une expropriation, laquelle s'était produite avant l'acceptation de la compétence de la Cour par la Turquie, survenue en 1990. La Cour a considéré qu'en vertu du droit international et eu égard aux résolutions pertinentes du Conseil de sécurité, elle ne pouvait donner effet juridique à la Constitution de 1985, que l'expropriation n'avait donc pas eu lieu à cette date et que le bien continuait à appartenir à la requérante. L'action de la République turque de Chypre-Nord et des troupes turques refusant à la requérante l'accès à son bien s'était poursuivie après l'acceptation de la compétence de la Cour par la Turquie et constituait une violation de l'article premier du Protocole de la Convention européenne des droits de l'homme après cette date²⁴⁷.

11) Le Comité des droits de l'homme a lui aussi repris à son compte l'idée de faits illicites continus. Ainsi, dans l'affaire *Lovelace*, il s'est estimé compétent pour examiner les effets continus, pour l'auteur de la communication, de la perte de son statut d'Indienne, alors même que la perte s'était produite au moment de son mariage en 1970,

et que le Canada n'avait accepté la compétence du Comité qu'en 1976. Le Comité a déclaré ce qui suit :

Le Comité n'a pas compétence, en règle générale, pour connaître des allégations concernant des événements survenus avant l'entrée en vigueur du Pacte et du Protocole facultatif. [...] Dans le cas de Sandra Lovelace, il s'ensuit que le Comité n'a pas compétence pour exprimer quelque point de vue que ce soit sur la cause originale de la perte de son statut d'Indienne [...] au moment de son mariage en 1970. [...] Le Comité reconnaît toutefois que les clauses peuvent être vues différemment si les violations alléguées, quoique se rapportant à des événements antérieurs au 19 août 1976, se perpétuent, ou ont eu depuis cette date des conséquences équivalant en elles-mêmes à des violations.²⁴⁸

Il a estimé que l'effet continu de la législation canadienne, interdisant à Mme Lovelace d'exercer ses droits en tant que membre d'une minorité, était suffisant pour constituer une violation de l'article 27 du Pacte postérieurement à cette date. La notion de violation continue avait ici un rapport non seulement avec l'établissement de la compétence du Comité mais aussi avec le choix de l'article 27 comme la disposition du Pacte la plus directement pertinente relativement aux faits considérés.

12) Ainsi, un comportement qui a commencé à un moment donné dans le passé et qui constituait (ou, si la règle primaire pertinente avait été en vigueur pour l'État à l'époque, aurait constitué) une violation à cette date peut se poursuivre et donner naissance à un fait illicite continu dans le présent. En outre, ce caractère continu peut avoir une importance en droit à diverses fins, notamment aux fins de la responsabilité des États. Par exemple, l'obligation de cessation énoncée à l'article 30 ne s'applique qu'aux faits illicites continus.

13) Une question qui se pose dans le cas de tous les faits illicites, qu'ils soient achevés ou continus, est celle de savoir quand une violation du droit international se produit, par opposition à une violation qui est seulement appréhendée ou imminente. Comme indiqué dans le contexte de l'article 12, il n'est possible de répondre à cette question que par référence à la règle primaire pertinente. Certaines règles interdisent expressément la menace d'un comportement²⁴⁹, l'incitation ou la tentative²⁵⁰, auquel cas la menace, l'incitation ou la tentative est elle-même un fait illicite. En revanche, lorsque le fait internationalement illicite consiste en un acte donné – par exemple le détournement d'un fleuve –, les simples préparatifs de cet acte ne constituent pas eux-mêmes nécessairement un fait illicite²⁵¹. Dans l'affaire relative au *Projet Gabcikovo-*

²⁴⁸ *Lovelace c. Canada*, 1981, *Documents officiels de l'Assemblée générale, trente-sixième session, Supplément n° 40 (A/36/40)*, annexe XVIII, communication n° R.6/24, par. 10 et 11, p. 184.

²⁴⁹ Ainsi, notamment, le paragraphe 4 de l'Article 2 de la Charte des Nations Unies interdit le recours « à la menace ou à l'emploi de la force » contre « l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique de tout État ». Au sujet de ce qui constitue une menace de l'emploi de la force, voir *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* (*supra* note 54), par. 47 et 48, p. 246 et 247; cf. R. Sadurska, "Threats of force", *AJIL*, vol. 82, n° 2 (avril 1988), p. 239.

²⁵⁰ Le libellé de l'article III de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide est particulièrement large puisqu'il interdit l'entente, l'incitation directe et publique, la tentative et la complicité en matière de génocide. Voir aussi l'article 2 de la Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif et l'article 2 de la Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme.

²⁵¹ Dans certains systèmes juridiques, la notion de « violation anticipée » s'applique en cas de refus définitif par une partie d'exécuter une obligation conventionnelle lorsque ce refus intervient avant la date fixée pour l'exécution de l'obligation. En présence d'une violation anti-

²⁴³ *Rainbow Warrior* (voir *supra* note 46), par. 101, p. 264.

²⁴⁴ *Ibid.*, par. 105 et 106, p. 265 et 266. Voir toutefois l'opinion dissidente de sir Kenneth Keith, *ibid.*, p. 279 à 284.

²⁴⁵ *Papamichalopoulos* (voir *supra* note 236).

²⁴⁶ *Loizidou*, fond (voir *supra* note 160), p. 2216.

²⁴⁷ *Ibid.*, par. 41 à 47, 63 et 64, p. 2230 à 2232, 2237 et 2238. Voir toutefois l'opinion dissidente du juge Bernhardt, *ibid.*, par. 2, p. 2242 (avec lequel les juges Lopes Rocha, Jambrek, Pettiti, Baka et Gölcüklü ont exprimé leur accord en substance). Voir également exceptions préliminaires (*supra* note 160), par. 102 à 105, p. 33 et 34; et *Chypre c. Turquie*, requête n° 25781/94, arrêt du 10 mai 2001, CEDH, *Recueil des arrêts et décisions 2001-IV*.

sont sans préjudice de l'obligation continue de l'État responsable d'exécuter l'obligation violée et ne remplacent pas cette obligation. Ce point est explicité par l'article 30, qui traite de l'obligation de cessation et des assurances et garanties de non-répétition. L'article 31 énonce l'obligation générale de réparation du préjudice subi par suite d'une violation du droit international par un État. L'article 32 indique clairement que l'État responsable ne peut pas se prévaloir de son droit interne pour échapper à l'obligation de cessation et de réparation prévue dans la deuxième partie. Enfin, l'article 33 précise la portée de cette partie en ce qui concerne tant les États auxquels des obligations sont dues que certaines conséquences juridiques qui, parce qu'elles profitent directement à des personnes ou entités autres que des États, ne sont pas visées par la deuxième ou la troisième partie des articles.

Article 28. – Conséquences juridiques d'un fait internationalement illicite

La responsabilité internationale de l'État qui, conformément aux dispositions de la première partie, résulte d'un fait internationalement illicite comporte les conséquences juridiques qui sont énoncées dans la présente partie.

Commentaire

1) L'article 28 sert d'introduction à la deuxième partie et a un caractère général. Il lie les dispositions de la première partie, qui indiquent quand la responsabilité internationale d'un État est engagée, avec les dispositions de la deuxième partie, qui énoncent les conséquences juridiques que comporte la responsabilité résultant d'un fait internationalement illicite.

2) Les conséquences juridiques essentielles d'un fait internationalement illicite énoncées dans la deuxième partie sont l'obligation pour l'État responsable de mettre fin au comportement illicite (art. 30) et de réparer intégralement le préjudice causé par le fait internationalement illicite (art. 31). Lorsque le fait internationalement illicite constitue une violation grave par l'État d'une obligation découlant d'une norme impérative du droit international général, d'autres conséquences peuvent résulter de cette violation tant pour l'État responsable que pour d'autres États. En particulier, tous les États ont en pareil cas l'obligation de coopérer pour mettre fin à la violation, de ne pas reconnaître comme licite la situation créée par la violation et de ne pas prêter aide ou assistance à l'État responsable en vue du maintien de la situation ainsi créée (art. 40 et 41).

3) L'article 28 n'exclut pas la possibilité qu'un fait internationalement illicite puisse entraîner des conséquences juridiques dans les relations entre l'État responsable de ce fait et des personnes ou des entités autres que des États. C'est ce qui découle de l'article premier, qui vise toutes les obligations internationales de l'État et non pas seulement celles qui sont dues à d'autres États. Ainsi, la responsabilité des États s'étend par exemple aux violations des droits de l'homme et autres violations du droit

international lorsque le bénéficiaire principal de l'obligation violée n'est pas un État. Toutefois, alors que la première partie s'applique à tous les cas dans lesquels un fait internationalement illicite peut être commis par un État, la deuxième partie a une portée plus limitée. Elle ne s'applique pas aux obligations de réparation dans la mesure où celles-ci s'exercent envers une personne ou une entité autre qu'un État ou sont invoquées par cette personne ou cette entité. Autrement dit, les dispositions de la deuxième partie sont sans préjudice de tout droit que la responsabilité internationale d'un État peut faire naître directement au profit d'une personne ou d'une entité autre qu'un État et l'article 33 l'indique clairement.

Article 29. – Maintien du devoir d'exécuter l'obligation

Les conséquences juridiques d'un fait internationalement illicite prévues dans la présente partie n'affectent pas le maintien du devoir de l'État responsable d'exécuter l'obligation violée.

Commentaire

1) Lorsqu'un État commet une violation d'une obligation internationale, le rétablissement et l'avenir de la relation juridique à laquelle il a été ainsi porté atteinte revêtent une importance essentielle. Outre la question de la réparation, deux problèmes immédiats se posent, à savoir celui des conséquences du comportement de l'État responsable pour l'obligation qui a été violée et celui de la cessation de la violation si elle a un caractère continu. Le premier problème fait l'objet de l'article 29 et le deuxième de l'article 30.

2) L'article 29 énonce le principe général selon lequel les conséquences juridiques d'un fait internationalement illicite n'affectent pas le maintien du devoir de l'État responsable d'exécuter l'obligation qu'il a violée. Par suite du fait internationalement illicite, un nouvel ensemble de relations juridiques est établi entre l'État responsable et l'État ou les États auxquels l'obligation internationale est due. Cela ne signifie pas que la relation juridique préexistante établie par l'obligation primaire disparaît. Même si l'État responsable respecte l'obligation prévue dans la deuxième partie de mettre fin au comportement illicite et de réparer intégralement le préjudice causé, il n'est pas dispensé de ce fait de son devoir d'exécuter l'obligation qu'il a violée. Le maintien de l'obligation d'exécuter une obligation internationale, nonobstant une violation de celle-ci, sous-tend la notion de fait illicite continu (voir art. 14) et d'obligation de cessation (voir art. 30, al. a).

3) Il est vrai que, dans certaines situations, l'effet de la violation d'une obligation peut être en définitive de mettre fin à l'obligation elle-même. Par exemple, un État lésé par une violation substantielle d'un traité bilatéral peut choisir de mettre fin au traité⁴²⁴. Mais comme les dispositions pertinentes de la Convention de Vienne de 1969 l'indiquent clairement, le simple fait de violer et même de

⁴²⁴ Voir *supra* note 422.

rejeter un traité ne met pas fin au traité⁴²⁵. C'est à l'État lésé de réagir face à la violation dans la mesure permise par la Convention. Il se peut que l'État lésé n'ait pas intérêt à mettre fin au traité mais plutôt à demander le maintien de son application. Lorsqu'il est dûment mis fin à un traité par suite d'une violation, l'extinction du traité n'affecte pas les relations juridiques que le traité a fait naître avant son extinction, y compris l'obligation de réparer toute violation⁴²⁶. La violation d'une obligation au regard du droit international général est encore moins susceptible d'affecter l'obligation sous-jacente et n'aura d'ailleurs jamais cet effet en tant que telle. Par contre, l'obligation juridique secondaire de la responsabilité de l'État naît au moment où survient une violation et sans que l'État lésé ait à l'invoquer.

4) L'article 29 n'a pas à traiter de ces éventualités. Tout ce qu'il prévoit, c'est que les conséquences juridiques d'un fait internationalement illicite dans le domaine de la responsabilité de l'État n'affectent pas le maintien du devoir de respecter l'obligation qui a été violée. La question de savoir si et dans quelle mesure cette obligation subsiste en dépit de la violation ne relève pas du droit de la responsabilité des États mais des règles relatives à l'obligation primaire pertinente.

Article 30. – Cessation et non-répétition

L'État responsable du fait internationalement illicite a l'obligation :

- a) D'y mettre fin si ce fait continue;
- b) D'offrir des assurances et des garanties de non-répétition appropriées si les circonstances l'exigent.

Commentaire

1) L'article 30 traite de deux questions distinctes mais liées entre elles que soulève la violation d'une obligation internationale : la cessation du comportement illicite et l'offre d'assurances et de garanties de non-répétition par l'État responsable si les circonstances l'exigent. Ce sont deux aspects du rétablissement et de la restauration de la relation juridique à laquelle la violation a porté atteinte. La cessation est en quelque sorte l'aspect négatif de l'exécution future, à savoir mettre fin à un comportement illi-

cite continu, alors que les assurances et garanties ont une fonction préventive et peuvent être considérées comme un renforcement positif de l'exécution future. Le maintien en vigueur de l'obligation sous-jacente doit être implicite dans les deux cas étant donné que, si l'obligation a cessé d'exister du fait de sa violation, la question de la cessation ne se pose pas et il ne saurait être question d'assurances ni de garanties⁴²⁷.

2) L'alinéa a de l'article 30 traite de l'obligation de l'État responsable du fait internationalement illicite de mettre fin au comportement illicite. Conformément à l'article 2, le mot « fait » désigne aussi bien une action qu'une omission. La cessation s'applique donc à tous les faits illicites qui se prolongent dans le temps, « que le comportement de l'État auteur soit une action ou une omission [...] puisqu'il peut y avoir cessation dans une abstention d'agir »⁴²⁸.

3) Dans l'affaire du *Rainbow Warrior*, le tribunal arbitral a souligné que deux conditions essentielles étroitement liées entre elles devaient être réunies pour que naisse l'obligation de cessation du comportement illicite, à savoir « que l'acte illicite ait un caractère continu et que la règle violée soit toujours en vigueur au moment de l'émission de cette ordonnance »⁴²⁹. L'obligation de mettre fin à un comportement illicite naît le plus couramment dans le cas d'un fait illicite continu⁴³⁰, mais l'article 30 englobe également les situations dans lesquelles un État a violé une obligation à plusieurs occasions, ce qui implique un risque de répétition. La formule « si ce fait continue » qui figure à la fin de l'alinéa a de l'article vise à couvrir les deux situations.

4) La cessation du comportement en violation d'une obligation internationale est la première condition à remplir pour éliminer les conséquences du comportement illicite. Avec la réparation, c'est l'une des deux conséquences générales d'un fait internationalement illicite. La cessation est souvent le principal objet de la controverse suscitée par un comportement qui viole une obligation internationale⁴³¹. Elle est fréquemment exigée non seulement par les États mais aussi par les organes d'organisations internationales tels que l'Assemblée générale et le Conseil de sécurité en cas de violation grave du droit international. Par contre, la réparation, aussi importante qu'elle soit dans de nombreux cas, peut ne pas être la

⁴²⁵ Dans l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, la Cour a considéré que des violations substantielles continues par les deux parties n'avaient pas pour effet de mettre fin au Traité relatif à la construction et au fonctionnement du système de barrage de Gabčíkovo-Nagymaros, signé en 1977 (voir *supra* note 27), par. 114, p. 68.

⁴²⁶ Voir, par exemple, l'affaire du *Rainbow Warrior* (*supra* note 46), p. 266, avec renvoi à l'opinion dissidente de sir Arnold McNair, Président, concernant l'affaire *Ambatielos, exception préliminaire, C.I.J. Recueil 1952*, p. 63. Sur ce point particulier, la Cour elle-même était d'accord : *ibid.*, p. 45. Dans l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, la Hongrie a admis que les conséquences juridiques de sa décision de mettre fin au Traité relatif à la construction et au fonctionnement du système de barrage de Gabčíkovo-Nagymaros en raison de la violation commise par la Tchécoslovaquie n'avaient qu'un caractère prospectif et ne portaient pas atteinte aux droits nés du traité pour l'une ou l'autre partie (voir *supra* note 27, par. 125 à 127, p. 73 et 74). La Cour a estimé que le Traité était toujours en vigueur et n'a donc pas abordé la question.

⁴²⁷ Cf. Convention de Vienne de 1969, art. 70, par. 1.

⁴²⁸ *Rainbow Warrior* (voir *supra* note 46), par. 113, p. 270.

⁴²⁹ *Ibid.*, par. 114.

⁴³⁰ Pour la notion de fait illicite continu, voir le commentaire de l'article 14, par. 3 à 11.

⁴³¹ Le mécanisme de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce s'intéresse beaucoup plus aux problèmes de cessation que de réparation : Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce, annexe 2, Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends, notamment le paragraphe 7 de l'article 3, qui prévoit l'indemnisation seulement « si le retrait immédiat de la mesure en cause est irréalisable, et [...] à titre temporaire en attendant le retrait de la mesure incompatible avec un accord visé ». Sur la distinction entre cessation et réparation dans le cadre de l'OMC, voir, par exemple, OMC, Australie – Subventions accordées aux producteurs et exportateurs de cuir pour automobiles, rapport du Groupe spécial (WT/DS126/RW et Corr.1), 21 janvier 2000, par. 6.49.

question essentielle dans un litige entre États concernant les questions de responsabilité⁴³².

5) La cessation a pour fonction de mettre fin à une violation du droit international et de préserver la validité et l'efficacité de la règle primaire sous-jacente. L'obligation de cessation qui incombe à l'État responsable sert ainsi à protéger aussi bien l'intérêt de l'État ou des États lésés que l'intérêt de la communauté internationale dans son ensemble à préserver l'état de droit et à s'appuyer sur lui.

6) Il existe plusieurs raisons de considérer la cessation comme étant plus qu'un simple élément du devoir d'exécuter l'obligation primaire. Premièrement, la question de la cessation ne se pose qu'en cas de violation. Ce qui doit se produire alors dépend non seulement de l'interprétation de l'obligation primaire mais aussi des règles secondaires relatives aux recours et il est approprié de les traiter, du moins d'une manière générale, dans les articles relatifs aux conséquences d'un fait internationalement illicite. Deuxièmement, les faits illicites continus sont une caractéristique commune des affaires de responsabilité des États et font l'objet d'une disposition distincte, l'article 14. Il est nécessaire d'énoncer les conséquences de tels faits dans la deuxième partie.

7) La question de la cessation est souvent étroitement liée à celle de la réparation et en particulier de la restitution. Le résultat de la cessation est parfois impossible à distinguer de la restitution, par exemple dans les cas impliquant la libération d'otages ou la restitution d'objets ou de locaux confisqués. Il convient toutefois de les distinguer. À la différence de la restitution, la cessation n'est pas soumise aux limitations imposées par le critère de la proportionnalité⁴³³. Elle peut donner lieu à une obligation continue alors même que le retour au *statu quo ante* est exclu ou n'est réalisable que de manière approximative.

8) La difficulté à distinguer entre la cessation et la restitution est illustrée par l'affaire du *Rainbow Warrior*. La Nouvelle-Zélande demandait le retour des deux agents sur l'île d'Hao. Selon la Nouvelle-Zélande, la France était dans l'obligation de les renvoyer et de les détenir sur l'île jusqu'à la fin du délai de trois ans; cette obligation n'avait pas expiré, le temps passé hors de l'île ne pouvant compter à cette fin. Le tribunal arbitral exprima son désaccord. De son point de vue, l'obligation valait pour une période fixe qui avait expiré et le problème de la cessation ne pouvait donc se poser⁴³⁴. À l'évidence, le retour des deux agents sur l'île n'avait aucune valeur pour la Nouvelle-Zélande si la France n'avait pas l'obligation continue de les y maintenir. Ainsi, le retour au *statu quo ante* peut avoir peu de valeur, voire aucune, si l'obligation violée s'est éteinte. Inversement, l'État lésé peut ne pas avoir le choix de renoncer à la restitution si l'exécution continue de l'obligation violée incombe à l'État responsable et si

⁴³² Pour les cas où la CIJ a reconnu qu'il peut en être ainsi, voir, par exemple, l'affaire de la *Compétence en matière de pêcheries (République fédérale d'Allemagne c. Islande)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1974, par. 65 à 76, p. 201 à 205; et l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* (*supra* note 27), par. 153, p. 81. Voir également C. D. Gray, *Judicial Remedies in International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1987, p. 77 à 92.

⁴³³ Voir l'article 35, al. b, et le commentaire y relatif.

⁴³⁴ *Rainbow Warrior* (voir *supra* note 46), par. 105, p. 266.

l'État lésé n'a pas le pouvoir de le libérer de ce pouvoir d'exécution. La distinction entre cessation et restitution peut avoir des conséquences importantes du point de vue des États concernés.

9) L'alinéa b de l'article 30 traite de l'obligation de l'État responsable d'offrir des assurances et garanties appropriées de non-répétition, si les circonstances l'exigent. Les assurances et garanties visent à rétablir la confiance dans une relation continue, bien qu'elles offrent beaucoup plus de souplesse que la cessation et ne soient pas exigées dans tous les cas. Elles sont le plus souvent demandées lorsque l'État lésé a des raisons de penser que le simple retour à la situation préexistante ne le protège pas de manière satisfaisante. Par exemple, à la suite de manifestations répétées contre l'ambassade des États-Unis à Moscou en 1964-1965, le Président Johnson a affirmé que :

Les États-Unis doivent insister pour que leurs propriétés et leur personnel diplomatique reçoivent la protection exigée par le droit international et par l'usage, protection qui est nécessaire à la conduite des relations diplomatiques entre les États. Des expressions de regret et l'offre d'une indemnité ne sauraient tenir lieu de protection adéquate.⁴³⁵

Ces mesures de réparation ne sont pas toujours exprimées sous forme de demande d'assurances ou de garanties, mais les assurances et garanties ont l'avantage d'être tournées vers l'avenir et visent à empêcher d'autres violations potentielles. Elles sont axées sur la prévention plutôt que sur la réparation et sont comprises dans l'article 30.

10) La question de savoir si l'obligation d'offrir des assurances et garanties de non-répétition peut être une conséquence juridique d'un fait internationalement illicite a été débattue dans le cadre de l'affaire *LaGrand*. Celle-ci portait sur le manquement reconnu à l'obligation de notification consulaire prévue à l'article 36 de la Convention de Vienne sur les relations consulaires. Dans sa quatrième conclusion, l'Allemagne a demandé des assurances et garanties générales et spécifiques quant aux moyens mis en œuvre pour assurer le respect ultérieur de la Convention. Les États-Unis ont fait valoir qu'offrir de telles assurances ou garanties allait bien au-delà de l'étendue des obligations découlant de la Convention et que la Cour n'était pas compétente pour ordonner de telles mesures. En tout état de cause, des assurances et garanties de ce type étaient sans précédent et ne devaient pas être exigées. Le droit à réparation de l'Allemagne n'allait pas au-delà d'excuses, excuses que les États-Unis avaient présentées. Par ailleurs, des assurances ou garanties n'étaient pas appropriées compte tenu des nombreuses mesures qu'ils avaient prises pour que leurs agents au niveau fédéral et au niveau des États respectent à l'avenir la Convention. Sur la question de la compétence, la Cour a estimé

qu'un différend portant sur les voies de droit à mettre en œuvre au titre d'une violation de la Convention qu'invoque l'Allemagne est un différend concernant l'interprétation ou l'application de la Convention et qui de ce fait relève de la compétence de la Cour. S'il est établi que la Cour a compétence pour connaître d'un différend portant sur une question déterminée, elle n'a pas besoin d'une base de compétence distincte pour examiner les remèdes demandés par une partie pour la violation en cause. [...] La Cour a par suite compétence en l'espèce pour connaître de la quatrième conclusion de l'Allemagne.⁴³⁶

⁴³⁵ Publié dans *ILM*, vol. 4, n° 2 (juillet 1965), p. 698.

⁴³⁶ *LaGrand*, arrêt (voir *supra* note 119), par. 48, p. 485, citant l'affaire relative à l'*Usine de Chorzów*, compétence (voir *supra* note 34).

Sur la question du caractère approprié de la demande, la Cour a considéré que des excuses ne suffisaient pas chaque fois que des étrangers avaient « fait l'objet d'une détention prolongée ou été condamnés à des peines sévères » par suite d'un manquement à l'obligation de notification consulaire⁴³⁷. Compte tenu des informations données par les États-Unis concernant les mesures prises pour assurer désormais le respect de cette obligation, la Cour a toutefois estimé

que l'engagement pris par les États-Unis d'assurer la mise en œuvre des mesures spécifiques adoptées en exécution de leurs obligations au titre de l'alinéa *b* du paragraphe 1 de l'article 36 doit être considéré comme satisfaisant à la demande de l'Allemagne visant à obtenir une assurance générale de non-répétition.⁴³⁸

En ce qui concerne les assurances spécifiques demandées par l'Allemagne, la Cour s'est bornée à dire que

si les États-Unis, en dépit de l'engagement visé au [...] manquaient à leur obligation de notification consulaire au détriment de ressortissants allemands, des excuses ne suffiraient pas dans les cas où les intéressés auraient fait l'objet d'une détention prolongée ou été condamnés à des peines sévères. Dans le cas d'une telle condamnation, les États-Unis devraient permettre le réexamen et la révision du verdict de culpabilité et de la peine en tenant compte de la violation des droits prévus par la Convention.⁴³⁹

La Cour a donc confirmé sa compétence pour examiner la quatrième conclusion de l'Allemagne et a répondu à celle-ci dans le dispositif. Elle n'a toutefois pas examiné la base juridique pour l'obtention d'assurances de non-répétition.

11) Un État peut chercher à obtenir des assurances ou garanties de non-répétition par voie de satisfaction (par exemple abrogation d'une loi qui a permis à la violation de se produire) et les deux formes de réparation se recouvrent donc dans la pratique⁴⁴⁰. Il vaut mieux toutefois considérer les assurances ou garanties de non-répétition comme un aspect du maintien et du rétablissement de la relation juridique à laquelle la violation a porté atteinte. Lorsqu'un État lésé cherche à obtenir des assurances et garanties de non-répétition, c'est essentiellement pour renforcer une relation juridique continue et l'accent est mis sur le respect futur d'une obligation et non pas sur sa violation passée. En outre, les assurances et garanties de non-répétition peuvent être exigées par un État autre que l'État lésé conformément aux dispositions de l'article 48.

12) Les assurances sont normalement données oralement alors que les garanties de non-répétition impliquent davantage – par exemple l'adoption par l'État responsable de mesures préventives pour éviter que la violation ne se reproduise. En ce qui concerne le type de garanties qui peuvent être demandées, la pratique internationale n'est pas uniforme. L'État lésé demande généralement soit des garanties contre la répétition du fait illicite sans préciser

la forme qu'elles doivent prendre⁴⁴¹ soit, si l'acte illicite affecte ses nationaux, une meilleure protection des personnes et des biens⁴⁴². Dans l'affaire *LaGrand*, la Cour a énoncé expressément l'obligation qui naîtrait pour les États-Unis d'une violation future, mais a ajouté que « cette obligation peut être mise en œuvre de diverses façons. Le choix des moyens doit revenir aux États-Unis »⁴⁴³. Elle a noté en outre qu'un État peut ne pas être en mesure de fournir une ferme garantie de non-répétition⁴⁴⁴. La question de savoir s'il pourrait convenablement le faire dépendrait de la nature de l'obligation en question.

13) Dans certains cas, l'État lésé peut demander à l'État responsable d'adopter des mesures spécifiques ou d'agir d'une manière déterminée pour éviter que le fait illicite ne se reproduise. Parfois l'État lésé demande simplement à l'État responsable de lui donner l'assurance qu'il respectera à l'avenir les droits de l'État lésé⁴⁴⁵. Dans d'autres cas, l'État lésé demande à l'État responsable de donner des instructions précises à ses agents⁴⁴⁶, ou d'adopter une certaine ligne de conduite⁴⁴⁷. Mais les assurances et garanties de non-répétition ne sont pas toujours appropriées même si elles sont exigées. Beaucoup dépendra des circonstances de l'espèce, y compris de la nature de l'obligation et de la violation. Le caractère plus ou moins exceptionnel de ces mesures est indiqué par les mots « si les circonstances l'exigent » à la fin de l'alinéa *b*. L'obligation de l'État responsable en matière d'assurances et de garanties de non-répétition est formulée en termes souples pour éviter les demandes abusives ou excessives d'assurances et de garanties comme celles présentées par certains États dans le passé.

⁴⁴¹ Dans l'incident du *Dogger Bank* en 1904, le Royaume-Uni avait demandé une « garantie contre la répétition de tels incidents intolérables » : G. F. de Martens, *Nouveau recueil général de traités*, 2^e série, t. XXXIII, p. 642. Voir aussi l'échange de notes entre la Chine et l'Indonésie après l'attaque en mars 1966 contre le consulat général de Chine à Jakarta. Le Vice-Ministre chinois des affaires étrangères avait demandé une garantie contre tout renouvellement de pareils incidents à l'avenir : *RGDIP*, t. LXX (1966), p. 1013 et suiv.

⁴⁴² De telles assurances ont été données dans l'affaire *Doane*, 1886, Moore, *Digest*, vol. VI, p. 345 et 346.

⁴⁴³ *LaGrand*, fond (voir *supra* note 119), par. 125, p. 513.

⁴⁴⁴ *Ibid.*, par. 124.

⁴⁴⁵ Voir, par exemple, l'affaire dans laquelle, en 1901, l'Empire ottoman donna l'assurance formelle que désormais les postes anglaises, autrichiennes et françaises fonctionneraient librement sur son territoire : *RGDIP*, t. VIII (1901), p. 788 et 792.

⁴⁴⁶ Voir, par exemple, l'affaire du *Herzog* et du *Bundesrath*, deux vaisseaux allemands saisis durant la guerre des Boers, en décembre 1899 et janvier 1900, par la marine de guerre britannique, dans laquelle l'Allemagne avait appelé l'attention de la Grande-Bretagne sur la « nécessité de donner pour instruction à tout commandant naval britannique de ne pas molester les navires marchands allemands qui ne se trouvent pas dans les parages du théâtre des opérations » : Martens, *op. cit.* (*supra* note 441), t. XXIX, p. 456 et suiv., notamment p. 486.

⁴⁴⁷ Dans l'affaire de la *Fonderie de Trail*, le tribunal arbitral avait précisé les mesures que devait adopter la fonderie de Trail, y compris les mesures de nature à « prévenir efficacement des émissions importantes de fumée aux États-Unis à l'avenir » (voir *supra* note 253, p. 1934). Des demandes visant à modifier ou à abroger une législation sont fréquemment formulées par des organes internationaux. Voir, par exemple, les décisions du Comité des droits de l'homme : affaire *Torres Ramirez c. Uruguay*, décision du 23 juillet 1980, *Documents officiels de l'Assemblée générale, trente-cinquième session, Supplément n° 40 (A/35/40)*, par. 19, p. 133; affaire *Lanza c. Uruguay*, décision du 3 avril 1980, *ibid.*, par. 17, p. 126; et affaire *Dermit Barbato c. Uruguay*, décision du 21 octobre 1982, *ibid.*, *trente-huitième session, Supplément n° 40 (A/38/40)*, par. 11, p. 142.

⁴³⁷ *LaGrand*, fond (voir *supra* note 119), par. 123, p. 512.

⁴³⁸ *Ibid.*, par. 124, p. 513; voir aussi le dispositif, par. 128.6, p. 516.

⁴³⁹ *Ibid.*, par. 125, p. 513 et 514; voir aussi par. 127 et le dispositif, par. 128.7.

⁴⁴⁰ Voir le commentaire de l'article 36, par. 5.

Article 31. – Réparation

1. L'État responsable est tenu de réparer intégralement le préjudice causé par le fait internationalement illicite.

2. Le préjudice comprend tout dommage, tant matériel que moral, résultant du fait internationalement illicite de l'État.

Commentaire

1) L'obligation de réparer intégralement le préjudice est la seconde obligation générale qui découle pour l'État responsable de la commission d'un fait internationalement illicite. Le principe général des conséquences de la commission d'un fait internationalement illicite a été énoncé par la CPJI dans l'affaire de l'*Usine de Chorzów* :

C'est un principe de droit international que la violation d'un engagement entraîne l'obligation de réparer dans une forme adéquate. La réparation est donc le complément indispensable d'un manquement à l'application d'une convention, sans qu'il soit nécessaire que cela soit inscrit dans la convention même. Des divergences relatives à des réparations, éventuellement dues pour manquement à l'application d'une convention, sont, partant, des divergences relatives à l'application.⁴⁴⁸

Dans ce passage, cité et appliqué en maintes occasions⁴⁴⁹, la Cour a utilisé le mot « réparation » dans son sens le plus large. Elle a rejeté la thèse avancée par la Pologne selon laquelle la compétence pour interpréter et appliquer un traité ne donne pas compétence pour régler les différends concernant la forme et l'étendue de la réparation. À ce stade du différend, l'Allemagne ne cherchait plus à obtenir, pour le compte de son national, la restitution de l'usine en question ni des biens saisis avec cette dernière.

2) Lors d'une phase ultérieure de la même affaire, la Cour a défini de manière plus détaillée le contenu de l'obligation de réparer :

Le principe essentiel, qui découle de la notion même d'acte illicite et qui semble se dégager de la pratique internationale, notamment de la jurisprudence des tribunaux arbitraux, est que la réparation doit, autant que possible, effacer toutes les conséquences de l'acte illicite et rétablir l'état qui aurait vraisemblablement existé si ledit acte n'avait pas été commis. Restitution en nature, ou, si elle n'est pas possible, paiement d'une somme correspondant à la valeur qu'aurait la restitution en nature; allocation, s'il y a lieu, de dommages-intérêts pour les pertes subies et qui ne seraient pas couvertes par la restitution en nature ou le paiement qui en prend la place; tels sont les principes desquels doit s'inspirer la détermination du montant de l'indemnité due à cause d'un fait contraire au droit international.⁴⁵⁰

Dans la première phrase, la Cour a donné une définition générale de la réparation, soulignant que sa fonction était de rétablir la situation affectée par le fait illicite⁴⁵¹. Dans la deuxième phrase, elle envisage l'aspect de la réparation évoquée par le terme « indemnité » pour un fait illicite – à savoir la restitution en nature ou le paiement d'une

somme correspondant à la valeur qu'aurait la restitution en nature et, en outre, des dommages et intérêts pour les pertes subies à cause du fait illicite.

3) L'obligation mise à la charge de l'État responsable par l'article 31 consiste à procéder à la « réparation intégrale » au sens de l'arrêt de l'*Usine de Chorzów*. En d'autres termes, l'État responsable doit s'efforcer d'« effacer toutes les conséquences de l'acte illicite et rétablir l'état qui aurait vraisemblablement existé si ledit acte n'avait pas été commis »⁴⁵² au moyen d'une ou plusieurs des formes de réparation définies dans le chapitre II de la présente partie.

4) L'obligation générale de réparer est énoncée à l'article 31 en tant que corollaire immédiat de la responsabilité de l'État, c'est-à-dire en tant qu'obligation de l'État responsable résultant du fait illicite, et non en tant que droit de l'État ou des États lésés. On évite ainsi les difficultés qui pourraient se poser lorsque la même obligation est due simultanément à plusieurs États, à de nombreux États ou à tous les États dont seulement quelques-uns sont particulièrement affectés par la violation. Mais outre les questions qui se posent lorsque plus d'un État est habilité à invoquer la responsabilité⁴⁵³, l'obligation générale de réparer naît automatiquement dès la commission d'un fait internationalement illicite et ne dépend pas, en elle-même, de la formulation d'une exigence ou d'une protestation par un État, même si la forme que devrait prendre la réparation étant donné les circonstances peut dépendre de la réaction de l'État ou des États lésés.

5) L'obligation de l'État responsable de réparer intégralement concerne le « préjudice causé par le fait internationalement illicite ». La notion de « préjudice », définie au *paragraphe 2*, doit être entendue comme englobant tout dommage causé par le fait illicite. Conformément à ce paragraphe, en particulier, le « préjudice » comprend tout dommage matériel ou moral ainsi causé. Cette formulation vise à être à la fois exhaustive, en ce sens qu'elle englobe le dommage tant matériel que moral entendu au sens large, et limitative, dans la mesure où elle exclut de simples préoccupations abstraites ou les intérêts généraux d'un État qui n'est pas individuellement atteint par la violation⁴⁵⁴. Par dommage « matériel », on entend le dommage causé à des biens ou à d'autres intérêts de l'État ou de ses nationaux susceptible d'être évalué en termes pécuniaires. Par dommage « moral », on vise les souffrances causées à l'individu, la perte d'êtres chers ou une injure personnelle associée à une intrusion dans le domicile ou

⁴⁴⁸ Voir *supra* note 450.

⁴⁴⁹ Pour les États en droit d'invoquer la responsabilité, voir les articles 42 et 48 et les commentaires y relatifs. Pour la situation où il y a une pluralité d'États lésés, voir l'article 46 et le commentaire y relatif.

⁴⁵⁰ Quoiqu'ils ne soient pas individuellement lésés, ces États peuvent être en droit d'invoquer la responsabilité pour violation de certaines catégories d'obligations dans l'intérêt général, conformément à l'article 48. Sur les notions de préjudice et de dommage en général, voir B. Bollecker-Stern, *Le préjudice dans la théorie de la responsabilité internationale*, Paris, Pedone, 1973; B. Graefrath, "Responsibility and damages caused: relationship between responsibility and damages", *Recueil des cours... 1984-II*, La Haye, Martinus Nijhoff, 1985, t. 185, p. 95; A. Tanzi, "Is damage a distinct condition for the existence of an internationally wrongful act?", *United Nations Codification... (supra note 175)*, p. 1; et Brownlie, *System of the Law of Nations...* (*supra note 92*), p. 53 à 88.

⁴⁴⁸ *Usine de Chorzów, compétence* (voir *supra* note 34).

⁴⁴⁹ C'est ainsi que la CIJ a cité cette décision dans l'affaire *LaGrand* (voir *supra* note 119), par. 48, p. 485.

⁴⁵⁰ *Usine de Chorzów, fond* (voir *supra* note 34), p. 47.

⁴⁵¹ Cf. P.-M. Dupuy, « Le fait générateur de la responsabilité internationale des États », *Recueil des cours... 1984-V*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1986, t. 188, p. 94, qui utilise le terme « restauration ».

PROTECTION DIPLOMATIQUE

[Point 2 de l'ordre du jour]

DOCUMENT A/CN.4/546

Sixième rapport sur la protection diplomatique, par M. John Dugard, Rapporteur spécial

[Original: anglais]
[11 août 2004]

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Pages</i>
Ouvrages cités dans le présent rapport.....	1
	<i>Paragraphes</i>
INTRODUCTION.....	1-4 2
<i>Chapitres</i>	
I. NON-APPLICABILITÉ DE LA THÉORIE DES MAINS PROPRES AUX DIFFÉRENDS SURGISSANT DANS LE CADRE DE RELATIONS INTERÉTATIQUES PROPREMENT DITES.....	5-7 2
II. APPLICABILITÉ DE LA THÉORIE DES MAINS PROPRES DANS LE CONTEXTE DE LA PROTECTION DIPLOMATIQUE.....	8-9 4
III. AFFAIRES DANS LESQUELLES LA THÉORIE DES MAINS PROPRES A ÉTÉ APPLIQUÉE DANS LE CONTEXTE DE LA PROTECTION DIPLOMATIQUE.....	10-15 5
IV. UNE EXCEPTION D'IRRECEVABILITÉ?.....	16 6
V. CONCLUSIONS.....	17-18 6

Ouvrages cités dans le présent rapport

- | | |
|---|---|
| CARREAU, Dominique
<i>Droit international</i> , 7 ^e éd., Paris, Pedone, 2001, 688 pages. | MALANCZUK, Peter
<i>Akehurst's Modern Introduction to International Law</i> , 7 ^e éd. rev., Londres et New York, Routledge, 1997. |
| CHENG, Bin
<i>General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals</i> , Londres, Stevens, 1953, 490 pages. | MOORE, John Bassett
<i>A Digest of International Law</i> , vol. II, Washington, United States Government Printing Office, 1906. |
| COMBACAU, Jean et Serge SUR
<i>Droit international public</i> , 5 ^e éd., Paris, Montchrestien, 2001, 814 pages. | ROUSSEAU, Charles
<i>Droit international public</i> , vol. V, Paris, Sirey, 1983. |
| FENWICK, Charles G.
<i>Cases on International Law</i> , Chicago, Callaghan, 1935. | RUZIÉ, David
<i>Droit international public</i> , 14 ^e éd., Paris, Dalloz, 1999, 250 pages. |
| FITZMAURICE, Sir Gerald
"The general principles of international law considered from the standpoint of the rule of law", <i>Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye</i> , 1957-II, t. 92, Leyde, Sijthoff, 1958, p. 1 à 227. | SALMON, Jean
«Des "mains propres" comme condition de recevabilité des réclamations internationales», <i>Annuaire français de droit international</i> , vol. X, 1964, p. 225 à 266. |
| GARCIA-ARIAS, Luis
«La doctrine des "clean hands" en droit international public», <i>Annuaire de l'Association des auditeurs et anciens auditeurs de l'Académie de droit international de La Haye</i> , vol. 30, 1960, p. 14 à 22. | SALMON, Jean (dir. publ.)
<i>Dictionnaire de droit international public</i> , Bruxelles, Bruylant, 2001, 1 198 pages. |

Introduction

1. Il a été proposé de reprendre la théorie des mains propres dans un article du projet d'articles sur la protection diplomatique que la Commission du droit international a adopté en 2004¹. Le présent rapport examine cette proposition.

2. Selon la théorie des mains propres, aucune action ne découle d'une infraction délibérée: *ex dolo malo non oritur actio*. La même notion s'exprime aussi par la maxime *nullus commodum capere potest de sua injuria propria*. Selon Fitzmaurice:

«Qui demande réparation doit avoir les mains propres». Ainsi, un État qui se rend coupable d'un comportement illicite peut être privé du nécessaire *locus standi in judicio* l'autorisant à se plaindre d'actes illicites correspondants d'autres États, en particulier si ces actes résultent des siens ou visent à répliquer aux siens, en d'autres termes s'ils ont été provoqués par lui-même².

Dans le contexte de la protection diplomatique, la doctrine est invoquée pour empêcher un État d'exercer sa protection diplomatique au bénéfice d'un national si celui-ci a subi un préjudice en raison de son propre comportement illicite.

3. Les arguments suivants ont été avancés à l'appui de la proposition tendant à ce que la doctrine des mains propres soit incluse dans le projet d'articles sur la protection diplomatique:

a) La doctrine ne s'applique pas aux différends portant sur les relations interétatiques, où l'État ne cherche pas à exercer sa protection diplomatique au bénéfice d'un de ses nationaux³;

b) La théorie s'applique dans les affaires relatives à la protection diplomatique dans lesquelles un État veut protéger un de ses nationaux lésés. Le 5 mai 2004, M. Alain Pellet, qui était partisan de l'inclusion d'une disposition reprenant la théorie des mains propres, a déclaré:

Cette conception très vague des «mains propres» n'est pas très différente du principe général de la bonne foi dans les relations d'État à État et ne présente, de par ses conséquences, aucune autonomie par rapport aux règles générales de la responsabilité internationale, sur lesquelles elle n'a guère d'effet utile. En revanche, dans le contexte de la protection diplomatique, où il s'agit de relations entre États et particuliers, cette notion revêt une portée nouvelle: elle devient fonctionnelle, car l'absence de «mains propres» paralyse l'exercice de la protection diplomatique. Si la personne privée protégée a violé soit le droit interne de l'État responsable – et il convient de noter que le droit interne ne joue absolument aucun rôle dans les affaires où il s'agit de relations d'État à État –, soit le droit international, dans le contexte général de la réclamation, l'État ayant vocation à exercer sa protection ne pourra plus le faire⁴.

La doctrine ne produit d'effet que dans le contexte de la protection diplomatique⁵;

c) La théorie des mains propres a été «maintes fois⁶» appliquée dans des affaires ayant trait à la protection diplomatique. L'arbitrage rendu dans l'affaire *Ben Tillet* en est un bon exemple⁷;

d) Le fait d'invoquer la théorie des mains propres rend une demande de protection diplomatique irrecevable⁸.

4. On trouvera ci-après les réponses à ces quatre arguments.

⁴ Ibid., 2793^e séance (A/CN.4/SR.2793), par. 5, p. 12.

⁵ Ibid.

⁶ Ibid.

⁷ Voir *RGDIP*, vol. 6, n° 46, 1899, p. 46. Voir également Fenwick, *Cases on International Law*, p. 181 à 184.

⁸ Voir *Annuaire... 2004*, vol. I, 2793^e séance (A/CN.4/SR.2793), par. 5, p. 12.

¹ *Annuaire... 2004*, vol. II (2^e partie), par. 54, p. 18.

² «The general principles of international law considered from the standpoint of the rule of law», p. 119.

³ Voir *Annuaire... 2004*, vol. I, 2792^e séance (A/CN.4/SR.2792), par. 48, p. 11, et 2793^e séance (A/CN.4/SR.2793), par. 2, p. 12.

CHAPITRE PREMIER

Non-applicabilité de la théorie des mains propres aux différends surgissant dans le cadre de relations interétatiques proprement dites

5. Il est sans doute vrai que la théorie des mains propres ne s'applique pas aux différends qui surgissent dans le cadre des relations interétatiques. Cependant, dans la pratique, c'est dans le contexte de relations entre États que cette théorie a le plus souvent été invoquée par des États ou des juges dissidents pour qui une demande devait être déclarée irrecevable ou rejetée au motif que l'État requérant n'avait pas les mains propres. Les affaires ci-après illustrent cette pratique:

a) Cet argument a été avancé tout récemment par Israël dans la procédure consultative sur les *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*. Dans cette affaire, Israël a fait valoir que:

[L]a Palestine, compte tenu de la responsabilité qui est la sienne dans les actes de violence auxquels le mur vise à parer, commis contre Israël et sa population, ne saurait demander à la Cour de remédier à une situation résultant de ses propres actes illicites. À ce propos, Israël a invoqué la maxime *nullus commodum capere potest de sua injuria propria*, qu'il considère comme aussi pertinente dans une procédure consultative que dans une affaire contentieuse. Dès lors, conclut Israël, la bonne foi et le principe des «mains propres» constituent une raison décisive qui devrait conduire la Cour à refuser d'accéder à la demande de l'Assemblée générale⁹.

⁹ Avis consultatif, *C.I.J. Recueil 2004*, par. 63, p. 163. Voir également A/ES-10/273 et Corr.1.

Selon la CIJ, cet argument était «dénué de pertinence¹⁰», car c'est l'Assemblée générale qui a sollicité un avis consultatif; l'avis est destiné à l'Assemblée générale et non à un État ou une entité déterminée. Il importe de noter que la Cour n'a pas nié la pertinence de l'argument dans des procédures contentieuses portant sur des différends interétatiques;

b) Dans l'affaire des *Plates-formes pétrolières*, les États-Unis d'Amérique ont avancé un argument à «caractère préliminaire¹¹» et prié la CIJ de rejeter la demande de la République islamique d'Iran en raison du comportement illicite de cette dernière. Selon la République islamique d'Iran, cet argument repose sur la notion de «mains propres» qui, prétend-il, est dépourvue de pertinence s'agissant de réclamations directes d'État à État, contrairement à ce qui se passe pour les demandes relatives à la protection diplomatique, où il constituerait un motif d'irrecevabilité. La République islamique d'Iran a toutefois reconnu que ce principe pouvait avoir une signification au stade du fond. La Cour a rejeté l'argument selon lequel la demande des États-Unis avait trait à l'irrecevabilité et a jugé inutile de traiter de la demande des États-Unis tendant à ce que la prétention de la République islamique d'Iran soit écartée en raison du comportement attribué à celle-ci. La Cour n'a fait aucun commentaire sur l'argument de la République islamique d'Iran selon lequel la doctrine des mains propres pouvait seulement être invoquée comme motif d'irrecevabilité d'une demande dans le contexte de la protection diplomatique¹²;

c) Dans l'affaire *LaGrand*, les États-Unis ont fait valoir, contre la requête de l'Allemagne, un argument qui semble relever de la théorie des mains propres. Les États-Unis soutenaient que les conclusions de l'Allemagne étaient irrecevables au motif qu'elles cherchaient à faire appliquer par les États-Unis une norme différente de celle qui prévaut dans la pratique allemande. Aux dires des États-Unis, l'Allemagne n'avait pas montré que son système judiciaire exigeait l'annulation de condamnations pénales en cas de manquement à l'obligation de notification consulaire et, confrontée à des affaires de ce genre, elle s'était bornée dans la pratique à présenter des excuses. Pour les États-Unis, il serait contraire aux principes fondamentaux de bonne administration de la justice et d'égalité entre les parties d'appliquer à l'encontre des États-Unis des règles que l'Allemagne elle-même, en apparence, ne suivrait pas. L'Allemagne s'est défendue de demander aux États-Unis d'appliquer des normes qu'elle ne respecterait pas elle-même. La CIJ a jugé que point n'était besoin pour elle de décider si l'argument en question des États-Unis, à supposer qu'il fût exact, rendrait les conclusions de l'Allemagne irrecevables. En l'occurrence, les éléments produits par les États-Unis ne permettaient pas de conclure que la pratique de l'Allemagne s'écartait des normes dont elle demandait l'application en l'espèce de la part des États-Unis¹³;

d) Un argument analogue a été avancé dans l'affaire *Avena*¹⁴. En l'espèce, les États-Unis ne l'ont pas présenté comme un argument relevant de la théorie des «mains propres», mais comme une objection portant sur l'interprétation de l'article 36 de la Convention de Vienne sur les relations consulaires¹⁵, en ce sens que, selon les États-Unis, un traité ne peut pas être interprété de manière à imposer une charge plus importante à l'une des parties qu'à l'autre. La CIJ a rejeté cet argument, en citant l'affaire *LaGrand*. Elle a ajouté que:

[M]ême s'il était démontré que la pratique du Mexique en ce qui concerne l'application de l'article 36 n'était pas exempte de critique, les États-Unis ne pourraient s'en prévaloir comme exception à la recevabilité de la demande mexicaine¹⁶.

e) Dans l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, la CIJ a refusé d'appliquer la théorie des «mains propres». Elle a indiqué:

La Cour ne saurait toutefois ignorer qu'aucune des parties n'a pleinement exécuté le traité depuis des années, ni d'ailleurs que les parties, par leurs actes et leurs omissions, ont contribué à créer la situation de fait qui prévaut aujourd'hui. En se prononçant sur les exigences auxquelles le comportement à venir des parties devra satisfaire en droit, la Cour ne peut négliger de tenir compte de cette situation de fait et des possibilités et impossibilités pratiques qui en résultent.

Cela ne signifie pas que les faits – en l'occurrence, des faits qui découlent de comportements illicites – déterminent le droit¹⁷;

f) Dans l'affaire relative au *Mandat d'arrêt*, la juge *ad hoc* belge, Mme van den Wyngaert, a soutenu, dans son opinion dissidente, que:

Le Congo n'avait pas les «mains propres» lorsqu'il s'est présenté devant la Cour. En reprochant à la Belgique d'avoir instruit des allégations de crimes internationaux et engagé des poursuites, ce qu'il était lui-même tenu de faire, le Congo fait preuve de mauvaise foi¹⁸;

g) Dans l'affaire *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, le juge Schwebel a affirmé dans son opinion dissidente que la théorie des mains propres pouvait être appliquée contre le Nicaragua:

Le Nicaragua ne s'est pas présenté devant la Cour avec les mains propres. Au contraire, comme agresseur, indirectement responsable – mais responsable en définitive – d'un grand nombre de morts et de destructions généralisées au Salvador, dépassant semble-t-il de beaucoup en ampleur ce que le Nicaragua a subi, le Nicaragua a les mains odieusement sales. Il a aggravé son cas par ses affirmations inexactes devant la Cour. Ainsi, que ce soit en raison de son intervention armée illicite au Salvador ou de sa tentative délibérée d'égarer la Cour sur la réalité de cette intervention par les faux témoignages de ses ministres, le Nicaragua doit être débouté de ses demandes contre les États-Unis¹⁹.

À l'appui de son argumentation, il a cité plusieurs décisions de la CPJI et de la CIJ. Toutes les affaires citées concernent directement des différends interétatiques;

¹⁴ *Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2004, p. 12.

¹⁵ Signée à Vienne le 24 avril 1963 (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 596, n° 8638, p. 261).

¹⁶ *Avena et autres* (voir *supra* note 14), par. 47, p. 38.

¹⁷ Arrêt, C.I.J. Recueil 1997, par. 133, p. 76.

¹⁸ *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2002, par. 35, p. 160.

¹⁹ Fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, par. 268, p. 392.

¹⁰ *Ibid.*, par. 64, p. 164.

¹¹ *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2003, par. 27, p. 176.

¹² *Ibid.*, par. 28 à 30, p. 177 et 178.

¹³ Voir *LaGrand (Allemagne c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2001, par. 61 à 63, p. 488 et 489.

h) Dans les plaidoiries prononcées au stade des mesures provisoires et de la compétence dans les affaires portées devant la CIJ par la Yougoslavie contre les membres de l'OTAN concernant la *Licéité de l'emploi de la force*, plusieurs défendeurs ont fait valoir que les injonctions demandées par la Yougoslavie ne pouvaient pas être accordées parce que celle-ci ne s'était pas présentée à la Cour avec les mains propres²⁰.

6. Étant donné les affaires susmentionnées, il serait difficile de maintenir l'argument selon lequel la théorie des mains propres ne s'applique pas aux différends portant directement sur les relations interétatiques. Les États ont souvent invoqué la théorie des mains propres dans des réclamations interétatiques et la CIJ n'a jamais déclaré que la théorie des mains propres ne s'appliquait pas aux réclamations interétatiques.

²⁰ *Licéité de l'emploi de la force (Yougoslavie c. Belgique; Yougoslavie c. Canada; Yougoslavie c. France; Yougoslavie c. Allemagne; Yougoslavie c. Italie; Yougoslavie c. Pays-Bas; Yougoslavie c. Portugal; Yougoslavie c. Espagne; Yougoslavie c. Royaume-Uni; et Yougoslavie c. États-Unis d'Amérique)*, mesures conservatoires, ordonnance du 2 juin 1999, *C.I.J. Recueil 1999*, respectivement p. 124, 259, 363, 427, 481, 542, 656, 761, 826 et 916.

7. Si l'on peut effectivement établir une distinction entre les réclamations directes et indirectes à des fins contentieuses (notamment en ce qui concerne l'épuisement des recours internes), il faut le faire avec la plus grande prudence du fait de la fiction selon laquelle un préjudice causé à un national d'un État est un préjudice causé à l'État lui-même. Cette fiction introduite par Vattel, proclamée dans l'affaire des *Concessions Mavromatis en Palestine*²¹, et adoptée par la Commission dans le projet d'articles sur la protection diplomatique est fondamentale pour comprendre l'institution de la protection diplomatique. Une des pierres angulaires de cette institution est que «[d]u moment qu'un État prend fait et cause pour un de ses nationaux devant une juridiction internationale, cette juridiction ne connaît comme plaideur que le seul État²²». Je veux croire qu'il n'est pas proposé que nous abandonnions cette fiction pour considérer que, dans les réclamations relatives à la protection diplomatique, l'État est simplement l'agent agissant au nom de son national.

²¹ Arrêt n° 2, 1924, *C.P.J.I. série A n° 2*.

²² *Ibid.*, p. 12.

CHAPITRE II

Applicabilité de la théorie des mains propres dans le contexte de la protection diplomatique

8. Si un étranger se rend coupable d'une infraction dans un État étranger et qu'il est de ce fait privé par cet État de sa liberté ou de ses biens dans le respect des garanties prévues par la loi, il est peu probable que son État national intervienne pour le protéger. À vrai dire, il serait alors erroné de la part de l'État de nationalité d'intervenir, parce que, dans la plupart des cas, aucun fait internationalement illicite n'aura été commis. Dans ce sens, la doctrine des mains propres sert à exclure la protection diplomatique. La situation est cependant différente lorsque l'État défendeur commet, face au fait illicite de l'étranger, un fait internationalement illicite, par exemple lorsqu'un étranger soupçonné d'avoir perpétré une infraction pénale est soumis à la torture ou s'il est l'objet d'un procès qui n'est pas équitable. Dans ce cas, l'État de nationalité peut exercer sa protection diplomatique à l'égard de son national en raison de l'existence du fait internationalement illicite. Là, la théorie des mains propres ne peut s'appliquer à la personne lésée pour violation du droit international; premièrement, parce que la réclamation acquiert alors une dimension internationale, mettant en jeu des relations d'État à État, et, deuxièmement, parce que l'individu ne jouit pas de la personnalité juridique internationale et qu'il ne peut donc (en dehors du champ du droit pénal international) être tenu pour responsable de la violation du droit international. Bref, par le truchement de la fiction selon laquelle un préjudice causé à un national est un préjudice causé à l'État lui-même, la réclamation présentée au nom d'un national victime d'un fait internationalement illicite devient une réclamation internationale, et la théorie des mains propres peut être invoquée contre l'État responsable uniquement à raison de son comportement, et elle ne peut l'être contre l'individu lésé pour une faute qui aurait été antérieure au fait internationalement illicite.

9. Il découle de l'analyse qui précède que la théorie des mains propres n'occupe pas une place particulière dans les demandes de protection diplomatique. Si l'individu commet un fait illicite dans l'État hôte et qu'il est jugé et condamné dans le respect de la légalité, il n'y a pas fait internationalement illicite et la théorie des mains propres est sans objet. Si, en revanche, la faute commise par le national au regard du droit interne donne lieu à un agissement illicite au regard du droit international né du comportement de l'État défendeur face à la faute du national, la réclamation devient une réclamation internationale si l'État du national lésé exerce sa protection diplomatique à son égard. Il se trouve donc que la théorie des mains propres ne peut être invoquée que contre l'État demandeur du fait de son propre comportement. Cette constatation est illustrée par les affaires *LaGrand* et *Avena*. Dans ces deux affaires, des ressortissants étrangers avaient commis des crimes graves justifiant leur mise en jugement et leur condamnation. Mais, dans les deux cas, les États-Unis ont violé le droit international dans le cadre des poursuites qu'ils avaient engagées contre eux, en n'accordant pas aux intéressés le bénéfice de la représentation consulaire. À aucun stade de la procédure les États-Unis n'ont fait valoir que le caractère grave de leurs crimes salissait les mains de ces ressortissants étrangers, empêchant ainsi l'Allemagne et le Mexique, respectivement, de les protéger en vertu de la Convention de Vienne sur les relations consulaires. Au contraire, dans les deux affaires (comme il a été indiqué plus haut), les États-Unis ont affirmé que les États demandeurs eux-mêmes n'avaient pas les mains propres parce qu'ils n'avaient pas appliqué la Convention de Vienne de la manière requise par les États-Unis.

CHAPITRE III

Affaires dans lesquelles la théorie des mains propres a été appliquée dans le contexte de la protection diplomatique

10. À la différence des affaires faisant intervenir des relations d'État à État directes, dans lesquelles la théorie des mains propres a été fréquemment mise en avant, les affaires concernant la protection diplomatique dans lesquelles cette doctrine a été invoquée sont peu nombreuses.

11. Les affaires sur lesquelles se fondent certains auteurs sont l'arbitrage rendu dans l'affaire *Ben Tillett*²³ et l'affaire du *Virginus*²⁴. Carreau les cite en tant qu'exemples à l'appui de son assertion selon laquelle «[l']individu pour qui l'État exerce ou prétend exercer sa protection diplomatique ne doit pas lui-même avoir eu une "conduite blâmable"²⁵». L'examen attentif des affaires *Ben Tillett* et *Virginus* montre qu'aucune d'elles n'a de rapport quel qu'il soit avec la théorie des mains propres. Dans aucune d'elles non plus, la terminologie de la théorie des mains propres n'est employée.

12. Premièrement, l'affaire *Ben Tillett*²⁶. Le 21 août 1896, Ben Tillett, sujet britannique et militant syndical, arrive en Belgique pour participer à une réunion de dockers. Le jour de son arrivée, il est arrêté, détenu pendant plusieurs heures et renvoyé au Royaume-Uni. Le Royaume-Uni, agissant au nom de Ben Tillett, a soutenu que la Belgique avait violé son propre droit et a demandé une indemnité de 75 000 francs. Après l'échec des négociations, l'affaire a été soumise à un arbitre. Il apparaît sans équivoque du texte de la convention d'arbitrage signé entre la Belgique et le Royaume-Uni, ainsi que du texte de la sentence arbitrale elle-même, que la question de l'irrecevabilité de la protection diplomatique n'a même pas été examinée. Le Royaume-Uni a indiscutablement exercé sa protection diplomatique à l'égard de Ben Tillett. Elle a été déboutée pour des motifs de fond, le motif principal étant que le fait commis par la Belgique n'était pas un fait internationalement illicite (contrairement à l'interprétation de Carreau, qui déclare que «l'arbitre débouta la Grande-Bretagne en raison de la violation par Ben Tillett du droit belge. En bref, il n'avait pas les "mains propres"²⁷»).

13. Deuxièmement, l'affaire du *Virginus*²⁸. Le 31 octobre 1873, le bateau à vapeur *Virginus* a été capturé en haute mer par un bâtiment de guerre espagnol. Le *Virginus*, qui battait pavillon américain (sans avoir le droit de le faire, comme il a été établi plus tard), transportait des armes, des munitions et des rebelles en puissance à

destination de Cuba. Le *Virginus* a été conduit à Santiago de Cuba, où une cour martiale a condamné, après un procès sommaire, et exécuté 53 personnes sur les 155 membres d'équipage et passagers. Parmi les personnes exécutées se trouvaient des ressortissants américains et britanniques. Il ressort clairement des pièces produites lors des négociations entre l'Espagne et les États-Unis qu'il n'existait aucun désaccord entre les parties en cause quant au droit des États-Unis d'exercer leur protection diplomatique dans ce cas particulier. De même, les deux pays étaient convenus que l'Espagne était responsable d'avoir violé le droit international, indépendamment de la question de savoir si le *Virginus* battait légitimement pavillon américain et s'il transportait des fournitures militaires et des rebelles en puissance vers Cuba. L'affaire n'a pas été soumise à un arbitrage, l'Espagne ayant versé une indemnisation à la fois aux États-Unis et au Royaume-Uni au bénéfice des familles des ressortissants américains et britanniques qui avaient été exécutés.

14. Plusieurs auteurs prennent partie pour l'application de la théorie des mains propres dans le contexte de la protection diplomatique, mais ils ne présentent aucun argument à l'appui de leur position²⁹. En revanche, Cheng cite, lui, la réclamation *Clark* de 1862, affaire dans laquelle le commissaire américain a rejeté la réclamation présentée au nom d'un ressortissant américain, en demandant: «Peut-il être autorisé, dans la mesure où les États-Unis sont concernés, à tirer avantage de son propre manquement? [...] Une partie qui demande réparation doit avoir elle-même les mains propres³⁰».

15. De nombreux auteurs sont sceptiques quant à la doctrine des mains propres et au poids des thèses avancées en sa faveur (voir en particulier les points de vue de Salmon³¹, Rousseau³² et Garcia-Arias³³). Le point de vue de Rousseau revêt une importance particulière. Il dit: «[I]l n'est pas possible de considérer la théorie des mains propres comme une institution du droit coutumier général, à la différence des autres causes d'irrecevabilité à l'étude desquelles on arrive maintenant³⁴».

²⁹ Ruzié, *Droit international public*, p. 95; Combacau et Sur, *Droit international public*, p. 596 et 597; Malanczuk, *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, p. 263 à 269.

³⁰ Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, p. 156.

³¹ «Des "mains propres" comme condition de recevabilité des réclamations internationales» et *Dictionnaire de droit international public*, p. 677 et 678.

³² *Droit international public*, p. 172.

³³ «La doctrine des "clean hands" en droit international public».

³⁴ Op. cit., p. 177.

²³ Voir *supra* note 7.

²⁴ Voir Moore, *A Digest of International Law*, p. 895.

²⁵ Carreau, *Droit international*, p. 467 et 468.

²⁶ Voir *supra* note 7.

²⁷ Carreau, op. cit., p. 468.

²⁸ Voir *supra* note 24.

CHAPITRE IV

Une exception d'irrecevabilité?

16. Il est arrivé qu'un argument fondé sur la théorie des mains propres ait été présenté à titre de question préjudicielle dans des affaires soumises à la CIJ mettant en jeu des relations d'État à État directes. On ne sait cependant pas si l'intention était de soulever une exception d'irrecevabilité.

Si la doctrine est applicable à des demandes de protection diplomatique, mieux vaudrait, semble-t-il, l'évoquer au stade de l'examen au fond, car elle a un rapport avec l'atténuation ou l'exonération de la responsabilité plutôt qu'avec la recevabilité.

CHAPITRE V

Conclusions

17. Au paragraphe 332 de son deuxième rapport sur la responsabilité des États³⁵, M. James Crawford a indiqué que la jurisprudence «mains propres» était utilisée «pour l'essentiel dans le cadre de la protection diplomatique». Au paragraphe 334, il ajoutait:

Même dans le contexte de la protection diplomatique, les arguments en faveur de l'existence d'une jurisprudence des «mains propres», comme motif de recevabilité ou autre, sont, d'après Salmon, «assez anciens et partagés³⁶». Elle concerne dans une large mesure des individus se livrant à la traite des esclaves et à des cas de violation de neutralité, en particulier à une série de décisions de la Commission conjointe États-Unis d'Amérique/Grande-Bretagne créée par la Convention du 8 février 1853 pour l'indemnisation des armateurs. D'après Salmon, dans les affaires où la demande est jugée non recevable:

«Il apparaît en tout cas que ces espèces se caractérisent toutes par le fait que *la violation du droit international par la victime fut la cause juste unique du dommage dont elle se plaignait*, [et] que *la relation de cause à effet entre le dommage et la conduite de la victime était pure, sans intervention d'acte illicite de l'État défendeur*.

«Lorsqu'au contraire ce dernier a, à son tour, violé le droit international à l'occasion de la répression du requérant, les arbitres n'ont jamais déclaré la demande irrecevable³⁷.»

³⁵ *Annuaire...* 1999, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/498 et Add.1 à 4, p. 91.

³⁶ Loc. cit., p. 249.

³⁷ Ibid., p. 259.

18. Le présent rapport montre que les arguments en faveur de l'existence d'une jurisprudence «mains propres» ne sont pas concluants. Des arguments s'appuyant sur cette théorie sont régulièrement avancés dans des affaires soumises à la CIJ mettant en jeu des relations d'État à État directes, mais leur bien-fondé reste à établir. Il est fort douteux que la théorie soit applicable à toutes les demandes de protection diplomatique. Il n'existe pas d'argument faisant vraiment autorité en faveur de l'applicabilité de la doctrine des mains propres dans le contexte de la protection diplomatique. Ceux qui existent sont imprécis et anciens, datant essentiellement du milieu du XIX^e siècle, comme le prouvent les considérations de Salmon citées plus haut. Bien que certains auteurs défendent l'existence de la doctrine dans le contexte de la protection diplomatique, nul argument ne vient conforter leur démarche. Qui plus est, des voix fortes s'élèvent – celles de Salmon et de Rousseau – contre. Dans ces circonstances, le Rapporteur spécial ne voit aucune raison d'inclure dans le projet d'articles une disposition sur la théorie des mains propres. Une telle disposition ne constituerait assurément pas un exercice de codification du droit, et elle ne se justifie pas en tant qu'exercice de développement progressif du droit, vu les incertitudes liées à l'existence même de la théorie et à son applicabilité dans le contexte de la protection diplomatique.

ANNUAIRE
DE LA
COMMISSION
DU DROIT
INTERNATIONAL

2006

Volume II
Deuxième partie

*Rapport de la Commission
à l'Assemblée générale
sur les travaux de sa
cinquante-huitième session*



NOTE

Les cotes des documents de l'Organisation des Nations Unies se composent de lettres majuscules et de chiffres. La simple mention d'une cote dans un texte signifie qu'il s'agit d'un document de l'Organisation.

Le titre de l'*Annuaire de la Commission du droit international* s'abrège en *Annuaire...* suivi de la mention de l'année (par exemple, *Annuaire... 2006*).

Pour chaque session de la Commission du droit international, l'*Annuaire* comprend deux volumes :

Volume I : comptes rendus analytiques des séances de la session;

Volume II (1^{re} partie) : rapports des rapporteurs spéciaux et autres documents examinés au cours de la session;

Volume II (2^e partie) : rapport de la Commission à l'Assemblée générale.

Les références à ces ouvrages et les extraits qui en sont donnés se rapportent au texte définitif des volumes de l'*Annuaire* paraissant sous forme de publications des Nations Unies.

A/CN.4/SER.A/2006/Add.1 (Part 2)

PUBLICATION DES NATIONS UNIES

ISSN 0497-9877

Cour a considéré qu'il y avait eu violation directe du droit international et, dans celle de l'*Interhandel*, elle avait jugé que la lésion alléguée était principalement indirecte et que l'*Interhandel* n'avait pas épuisé les recours internes. Dans l'affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, il y avait eu une atteinte directe à la République démocratique du Congo et à son national (le Ministre des affaires étrangères) mais la Cour a estimé que la requête n'avait pas été introduite dans le cadre d'une action en protection d'un national, si bien qu'il n'était pas nécessaire que toutes les voies de recours internes eussent été épuisées¹⁹². Dans l'affaire *Avena*, le Mexique cherchait à protéger ses nationaux en attente d'exécution aux États-Unis par la voie de la Convention de Vienne sur les relations consulaires, déclarant «avoir subi lui-même [un préjudice], directement et à travers ses ressortissants» du fait que les États-Unis n'avaient pas octroyé à ses nationaux l'accès aux autorités consulaires mexicaines conformément au paragraphe 1 de l'article 36 de la Convention. La Cour a accueilli cet argument en raison de l'«interdépendance des droits de l'État et des droits individuels»¹⁹³.

11) Dans le cas d'une réclamation «mixte», il incombe au tribunal d'examiner les différents éléments pour décider si c'est l'élément direct ou l'élément indirect qui est prépondérant. Dans l'affaire *ELSI*, la Chambre de la Cour internationale de Justice a rejeté l'argument des États-Unis selon lequel leur demande reposait en partie sur la violation d'un traité et l'épuisement des recours internes n'était donc pas nécessaire, en disant:

[L]a Chambre ne doute pas que la question qui colore et imprègne la demande des États-Unis tout entière est celle du préjudice que Raytheon et Machlett [des sociétés américaines] auraient subi¹⁹⁴.

Très proche de celui de la prépondérance, le critère de la condition *sine qua non*, ou «en l'absence de», pose la question de savoir si la réclamation visant des éléments de préjudice tant direct qu'indirect aurait été introduite sans la demande pour le compte du national lésé. Si la réponse est négative, la réclamation est indirecte et les recours internes doivent être épuisés. Cela dit, il n'y a pas grand chose qui distingue le critère de la prépondérance du critère «en l'absence de». Si une réclamation repose pour une part prépondérante sur le préjudice causé à un national, cela établit qu'elle n'aurait pas été introduite en l'absence de ce préjudice. C'est pourquoi un seul critère est retenu au paragraphe 3 – celui de la prépondérance.

12) Les autres «critères» invoqués pour établir si la réclamation est directe ou indirecte ne sont pas tant des critères que des facteurs qu'il faut prendre en considération pour décider si la réclamation penche nettement dans le sens d'une réclamation directe ou d'une réclamation indirecte, ou si elle n'aurait pas été introduite en l'absence du préjudice causé au national. Les principaux facteurs à

considérer pour ce faire sont l'objet du différend, la nature de la réclamation et la réparation demandée. Ainsi, lorsque l'objet du litige est une haute personnalité du gouvernement¹⁹⁵, un agent diplomatique¹⁹⁶ ou un bien de l'État¹⁹⁷, la réclamation sera normalement directe et, lorsque l'État cherche à obtenir une indemnité pour le compte de son national en tant que simple particulier, elle sera indirecte.

13) Le paragraphe 3 précise bien que les recours internes doivent être épuisés non seulement dans le cas d'une réclamation internationale, mais encore dans celui d'une demande de jugement déclaratif reposant principalement sur un préjudice causé à un national. Bien que l'on puisse considérer que si l'État ne demande pas d'indemnité pour un national lésé, mais une simple décision sur l'interprétation et l'application d'un traité, il n'est pas nécessaire que les recours internes aient été épuisés¹⁹⁸, il est des cas où un État a été requis d'épuiser les recours internes quand il demandait un arrêt déclaratoire portant sur l'interprétation et l'application d'un traité que l'État défendeur aurait violé dans le cadre ou à l'occasion du traitement réservé par lui à un national de l'État demandeur¹⁹⁹.

14) Le projet d'article 14 exige que la personne lésée ait elle-même épuisé tous les recours internes. Ceci n'exclut pas la possibilité que l'épuisement des recours internes résulte du fait qu'une autre personne a soumis le fond de la même réclamation devant une juridiction de l'État défendeur²⁰⁰.

Article 15. Exceptions à la règle de l'épuisement des recours internes

Les recours internes n'ont pas à être épuisés lorsque:

a) il n'y a pas de recours internes raisonnablement disponibles pour accorder une réparation efficace, ou les recours internes n'offrent aucune possibilité raisonnable d'obtenir une telle réparation;

b) l'administration du recours subit un retard abusif attribuable à l'État prétendument responsable;

c) il n'y avait pas de lien pertinent entre la personne lésée et l'État prétendument responsable à la date du préjudice;

d) la personne lésée est manifestement empêchée d'exercer les recours internes; ou

¹⁹⁵ *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* (note 192, *supra*), p. 18, par. 40.

¹⁹⁶ *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran* (note 190, *supra*).

¹⁹⁷ *Détroit de Corfou*, fond, arrêt, *C.I.J. Recueil 1949*, p. 4.

¹⁹⁸ Voir *Accord relatif aux services aériens du 27 mars 1946, entre les États-Unis d'Amérique et la France*, décision du 9 décembre 1978, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XVIII (numéro de vente: E/F.80.V.7), p. 417; *Applicabilité de l'obligation d'arbitrage en vertu de la section 21 de l'Accord du 26 juin 1947 relatif au Siège de l'Organisation des Nations Unies*, avis consultatif, *C.I.J. Recueil 1988*, p. 12 et suiv., notamment à la page 29, par. 41.

¹⁹⁹ Voir *Interhandel* (note 191, *supra*), p. 28 et 29, et *ELSI* (note 194, *supra*), p. 43.

²⁰⁰ Voir *ELSI* (note 194, *supra*), p. 46, par. 59.

¹⁹² *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2002*, p. 3 et suiv., notamment à la page 18, par. 40.

¹⁹³ *Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2004*, p. 12 et suiv., notamment aux pages 35 et 36, par. 40.

¹⁹⁴ *Elettronica Sicala S.p.A. (ELSI)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1989*, p. 15 et suiv., notamment à la page 43, par. 52. Voir aussi l'affaire de l'*Interhandel*, exceptions préliminaires, arrêt, *C.I.J. Recueil 1959*, p. 28.

e) L'État prétendument responsable a renoncé à exiger que les recours internes soient épuisés.

Commentaire

1) Le projet d'article 15 vise les exceptions à la règle de l'épuisement des recours internes. Les alinéas *a* et *b*, qui concernent les cas où les tribunaux internes n'offrent aucune possibilité de réparation, et les alinéas *c* et *d*, qui concernent les circonstances faisant qu'il serait injuste ou déraisonnable d'exiger d'un étranger lésé qu'il épuise les recours internes avant de formuler une réclamation, sont des exceptions claires à la règle de l'épuisement des recours internes. L'alinéa *e* vise une situation différente – celle qui se présente lorsque l'État défendeur a renoncé à exiger le respect de cette règle.

Alinéa *a*

2) L'alinéa *a* vise l'exception à la règle de l'épuisement des recours internes parfois dite, sans autre précision, de «futilité» ou d'«inefficacité». Trois options doivent être prises en considération pour formuler une règle exposant les circonstances dans lesquelles les recours internes n'ont pas à être épuisés du fait de dysfonctionnements dans l'administration de la justice:

- i) Les recours internes sont à l'évidence futiles;
- ii) Les recours internes n'offrent aucune perspective raisonnable de succès;
- iii) Les recours internes n'assurent aucune possibilité raisonnable de réparation efficace.

Ces options ont toutes trois des partisans.

3) Le critère de la «futilité manifeste», exposé par l'arbitre Bagge dans l'*Arbitrage relatif aux navires finlandais*²⁰¹, fixe la barre trop haut. À l'inverse, le critère de «l'absence de perspective raisonnable de succès», accepté par la Commission européenne des droits de l'homme dans plusieurs décisions²⁰², est trop généreux pour le demandeur. Reste la troisième option, qui, sans être aussi stricte que la formule «futilité manifeste», n'en impose pas moins une lourde charge au demandeur en l'obligeant à prouver que, dans les circonstances de l'espèce et eu égard au système juridique de l'État défendeur, il n'y a aucune possibilité raisonnable d'obtenir une réparation efficace. Ce critère trouve son origine dans une opinion individuelle de Sir Hersch Lauterpacht

dans l'*Affaire relative à certains emprunts norvégiens*²⁰³ et il a l'appui d'une partie de la doctrine²⁰⁴, mais il n'inclut pas la notion de recours internes «disponibles» que la Commission a consacrée dans son projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite²⁰⁵ et qui est parfois considérée comme un élément de la règle par les tribunaux²⁰⁶ et par la doctrine²⁰⁷. Pour cette raison, le critère énoncé à l'alinéa *a* exige également qu'il n'y ait pas de «recours internes raisonnablement disponibles» pour accorder une réparation efficace, ou que les recours internes n'offrent aucune possibilité raisonnable d'obtenir une telle réparation. Sous cette forme, ce critère cadre avec les cas où il a été jugé que les recours internes n'ont pas à être épuisés si le tribunal interne est incompétent à l'égard du différend considéré²⁰⁸; que les tribunaux ne peuvent pas connaître de la législation interne justifiant les actes attaqués par l'étranger²⁰⁹; que les tribunaux internes manquent notablement d'indépendance²¹⁰; qu'une jurisprudence constante et

²⁰³ *Affaire relative à certains emprunts norvégiens (France c. Norvège)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1957, p. 9 et suiv., notamment à la page 39.

²⁰⁴ G. Fitzmaurice, «Hersch Lauterpacht – The Scholar as Judge», *The British Year Book of International Law* 1961, vol. 37, p. 1 et suiv., notamment aux pages 60 et 61; M. Herdegen, «Diplomatischer Schutz und die Erschöpfung von Rechtsbehelfen», dans G. Ress et T. Stein (dir. publ.), *Der diplomatische Schutz im Völker – und Europarecht: Aktuelle Probleme und Entwicklungstendenzen* (1996), p. 63 et suiv., notamment à la page 70.

²⁰⁵ L'article 44 exige que les recours internes soient «disponibles et efficaces», *Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 129 et 130.

²⁰⁶ Voir *The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America* (ICSID), n° ARB (AF)/98/3, *International Law Reports*, vol. 128, p. 334 et suiv., notamment à la page 413, et *Journal du droit international*, vol. 131, 2004, p. 219 et suiv. Dans cette affaire, le tribunal a déclaré que la règle de l'épuisement des recours internes obligeait la personne lésée à «épuiser les recours qui sont efficaces et adéquats et qui sont raisonnablement disponibles» (par. 168).

²⁰⁷ Voir C. F. Amerasinghe, *Local Remedies in International Law* (note 174, *supra*), p. 181 et 182 et p. 203 et 204.

²⁰⁸ Voir *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis (Estonie c. Lituanie)*, arrêt du 28 février 1939, C.P.J.I. série A/B n° 76, p. 16 à 18; *Arbitration under Article 181 of the Treaty of Neuilly*, rapportée dans *American Journal of International Law*, vol. 28 (1934), p. 760 et suiv., notamment à la page 789; *Réclamations de Rosa Gelbrunk et de Salvador Commercial Company («El Triunfo Company»)* (*El Salvador, États-Unis*), sentences du 2 et du 8 mai 1902, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XV (numéro de vente: 1966.V.3), p. 463 et 476, respectivement; *The «Lottie May» Incident (Grande-Bretagne, Honduras)*, arbitrage du 18 avril 1899, *ibid.*, p. 23 et suiv., à la page 31; opinion individuelle du juge Lauterpacht en l'*Affaire relative à certains emprunts norvégiens* (voir la note 203, *supra*), p. 39 et 40; *Réclamations au sujet de certains navires finlandais utilisés pendant la guerre (Arbitrage relatif aux navires finlandais)*, décision du 9 mai 1934, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III (numéro de vente: 1949.V.2), p. 1479 et suiv., notamment à la page 1535.

²⁰⁹ *Arbitration under Article 181 of the Treaty of Neuilly* (note 208, *supra*), p. 789. Voir aussi l'*Affaire des forêts du Rhodope central* (fond), sentence du 29 mars 1933, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III (numéro de vente: 1949.V.2), p. 1405; l'arbitrage *Ambatielos* du 6 mars 1956, *ibid.*, vol. XII, p. 119; affaire de l'*Interhandel*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1959, p. 6 et suiv., notamment à la page 28.

²¹⁰ Arbitrage *Robert E. Brown (États-Unis) c. Grande-Bretagne*, sentence du 23 novembre 1923, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. VI, p. 120; affaire *Vélasquez Rodríguez c. Honduras*, Cour interaméricaine des droits de l'homme, série C, n° 4, par. 56 à 78 [voir également *International Legal Materials*, vol. 28 (1989), p. 291, aux pages 304 à 309].

²⁰¹ *Réclamations au sujet de certains navires finlandais utilisés pendant la guerre (Arbitrage relatif aux navires finlandais)*, décision du 9 mai 1934, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III (numéro de vente: 1949.V.2), p. 1479.

²⁰² *Retimag S.A. c. République fédérale d'Allemagne*, requête n° 712/60, décision du 16 décembre 1961, Commission et Cour européennes des droits de l'homme, *Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme*, vol. 4, p. 400; *X, Y et Z c. Royaume-Uni*, requêtes n°s 8022/77, 8027/77, Conseil de l'Europe, Commission européenne des droits de l'homme, *Décisions et rapports*, vol. 18, p. 66 et suiv., notamment à la page 74. Voir aussi le commentaire de l'article 22 du projet d'articles sur la responsabilité des États adopté par la Commission en première lecture à sa vingt-neuvième session, *Annuaire... 1977*, vol. II (2^e partie), p. 31 à 50, notamment le paragraphe 60 (p. 51 et 52).

bien établie est défavorable à l'étranger²¹¹; que les tribunaux internes n'ouvrent pas à l'étranger un recours approprié et suffisant²¹²; ou encore que l'État défendeur n'a pas de système adéquat de protection judiciaire²¹³.

4) Pour satisfaire les conditions énoncées à l'alinéa *a*, il ne suffit pas que la personne lésée établisse que la probabilité d'obtenir gain de cause est faible ou qu'il serait difficile ou coûteux d'interjeter appel. Il ne s'agit pas de savoir si un résultat favorable est probable ou possible mais si l'ordre juridique interne de l'État défendeur est raisonnablement en mesure d'offrir une réparation efficace. Ce point doit être tranché à la lumière du droit interne et des circonstances. C'est une question qui relève de la juridiction internationale compétente chargée d'examiner l'épuisement des recours internes. La décision y relative doit être prise en partant de l'hypothèse que la demande est fondée²¹⁴.

Alinéa *b*

5) La possibilité d'écarter l'obligation d'épuiser les recours internes lorsque l'État défendeur est responsable d'un retard abusif dans l'administration d'un recours interne est confirmée par les essais de codification²¹⁵, les instruments relatifs aux droits de l'homme et la pratique

²¹¹ *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis* (voir la note 208, *supra*), p. 18; S.S. «Lisman», Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III (numéro de vente: 1949.V.2), p. 1767 et suiv., à la page 1773; S.S. «Seguranca», *ibid.*, p. 1861 et suiv., notamment à la page 1868; *Arbitrage relatif aux navires finlandais* (voir la note 208, *supra*), p. 1495; X. c. *République fédérale d'Allemagne*, requête n° 27/55, décision du 31 mai 1956, Commission européenne des droits de l'homme, *Documents et décisions 1955-1956*, p. 138; X. c. *République fédérale d'Allemagne*, requête n° 352/58, décision du 4 septembre 1958, Commission et Cour européennes des droits de l'homme, *Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme 1958-1959*, p. 342 et suiv., notamment à la page 344; X. c. *Autriche*, requête n° 514/59, décision du 5 janvier 1960, *Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme 1960*, p. 197 et suiv., notamment à la page 203.

²¹² *Arbitrage relatif aux navires finlandais* (voir la note 208, *supra*), p. 1496 et 1497; *Vélasquez Rodríguez* (voir la note 210, *supra*); *Yağci et Sargin c. Turquie*, Cour européenne des droits de l'homme, arrêt du 8 juin 1995, série A n° 319, p. 3 et suiv., notamment à la page 17, par. 42; *Hornsby c. Grèce*, Cour européenne des droits de l'homme, arrêt du 19 mars 1997, *Recueil des arrêts et décisions 1997-II*, n° 33, p. 495 et suiv., notamment à la page 509, par. 37.

²¹³ *Mushikiwabo and others v. Barayagwiza*, 9 avril 1996, *International Law Reports*, vol. 107 (1997), p. 457 et suiv., à la page 460. Sous la dictature militaire au Chili, la Commission interaméricaine des droits de l'homme avait décidé que les irrégularités inhérentes aux actions devant la justice militaire dispensaient d'épuiser les recours internes; résolution 1a/88, affaire 9755 (Chili), décision du 12 septembre 1988, *Rapport annuel de la Commission interaméricaine des droits de l'homme* (OEA/Ser.L/V/II.74), document 10 rev.1, p. 132 à 140.

²¹⁴ *Arbitrage relatif aux navires finlandais* (voir la note 208, *supra*), p. 1504; affaire *Ambatielos* (voir la note 209, *supra*), p. 119 et 120.

²¹⁵ Voir l'analyse des premières tentatives de codification que le Rapporteur spécial García Amador présentait dans son premier rapport, *Annuaire... 1956*, vol. II, document A/CN.4/96, p. 171 et suiv., notamment aux pages 223 à 226; voir aussi le paragraphe 2 de l'article 19 du projet de convention relatif à la responsabilité internationale des États à raison des dommages causés sur leur territoire à la personne ou aux biens des étrangers de la Faculté de droit de Harvard, reproduit dans L. B. Sohn et R. R. Baxter, «Responsibility of States for injuries to the economic interests of aliens», *American Journal of International Law*, vol. 55, n° 3 (juillet 1961), p. 548 et suiv., notamment à la page 577.

en la matière²¹⁶, les décisions judiciaires²¹⁷ et la doctrine. Il est difficile de donner un contenu ou une signification objectifs à la formule «retard abusif» ou d'essayer de fixer le délai dans lequel les recours internes doivent être menés à bien. Chaque espèce doit être jugée d'après les faits de la cause. Comme la Commission anglo-mexicaine des réclamations le déclarait dans l'affaire *El Oro Mining and Railway Company*:

La Commission n'essayera pas de dire avec précision dans quel délai exactement un tribunal est censé rendre un jugement. Cela dépend nécessairement de plusieurs circonstances, au premier rang desquelles le volume de travail qu'implique un examen approfondi de l'affaire, en d'autres termes l'ampleur de cette dernière²¹⁸.

6) L'alinéa *b* dit clairement que le retard intervenant dans l'administration du recours est attribuable à l'État présumé responsable d'un préjudice causé à un étranger. La formule «administration du recours» est ici préférée à «recours internes», car elle est destinée à recouvrir la totalité du processus par lequel les recours internes sont exercés et menés à terme et les canaux par lesquels ils passent.

Alinéa *c*

7) L'exception à la règle de l'épuisement des recours internes qui figure à l'alinéa *a* du projet d'article 15 aux termes duquel il n'y a pas lieu d'épuiser les recours internes lorsqu'il n'y a pas de recours internes raisonnablement disponibles ou lorsqu'«[ils] n'offrent aucune possibilité raisonnable d'obtenir une [...] réparation [efficace]» ne couvre pas les situations dans lesquelles les recours internes pourraient offrir une possibilité raisonnable de réparation efficace, mais où il serait déraisonnable ou particulièrement injuste pour l'étranger lésé de vouloir les épuiser. Même dans les cas où il existe des recours internes efficaces, il serait déraisonnable et injuste d'exiger d'une personne lésée qu'elle les épuise quand, par exemple, son bien a souffert d'un dommage causé à l'environnement par la pollution, de retombées radioactives ou de la chute d'un objet spatial émanant d'un État où ce bien n'est pas situé; ou dans le cas où elle se trouve à bord d'un aéronef abattu alors qu'il survolait le territoire d'un autre État. En pareils cas, on a pu dire que les recours internes n'ont pas à être épuisés en raison de l'absence de lien volontaire ou de lien de rattachement territorial entre la personne physique lésée et l'État défendeur.

²¹⁶ Pacte international relatif aux droits civils et politiques (art. 1^{er}, par. 1 c); Convention américaine relative aux droits de l'homme (Pacte de San José de Costa Rica) [art. 46 2 c]; *Weinberger c. Uruguay*, communication n° 28/1978, Comité des droits de l'homme, *Sélection de décisions prises en vertu du Protocole facultatif (deuxième à seizième session)* [publication des Nations Unies, numéro de vente: F.84 XIV.2], vol. 1, p. 60; *Las Palmeras*, exceptions préliminaires, arrêt du 4 février 2000, Cour interaméricaine des droits de l'homme, Série C, *Decisions and Judgments*, n° 67, par. 38; *Erdoğan et autres c. Turquie*, requête n° 19807/92, décision du 16 janvier 1996, Conseil de l'Europe, Commission européenne des droits de l'homme, *Décisions et rapports*, vol. 84-B, p. 5 et suiv., notamment à la page 15.

²¹⁷ *El Oro Mining and Railway Company (Limited) (Grande-Bretagne) c. États-Unis du Mexique*, décision n° 55 du 18 juin 1931, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. V (numéro de vente: 1952.V.3), p. 191 et suiv., notamment à la page 198. Voir aussi l'affaire relative à l'*Administration du Prince von Pless*, ordonnance du 4 février 1933, C.P.J.I. série A/B n° 52, p. 11 et suiv., notamment à la page 16.

²¹⁸ *El Oro Mining and Railway Company* (voir la note 217, *supra*).

8) Certains auteurs font valoir que dans toutes les affaires où l'on a exigé que les recours internes soient épuisés, il y avait un certain lien entre l'individu lésé et l'État défendeur (présence physique volontaire, résidence, propriété d'un bien ou relation contractuelle avec l'État défendeur, par exemple)²¹⁹. Pour les tenants de cette thèse, la nature de la protection diplomatique et la règle de l'épuisement des recours internes ont beaucoup évolué depuis quelque temps. Si, à ses débuts, la protection diplomatique jouait essentiellement dans les situations où l'étranger résidant dans un État étranger et y exerçant une activité économique était lésé par l'action de cet État et pouvait donc être censé épuiser les recours internes au nom de l'idée que le national qui se rend à l'étranger doit normalement être obligé d'accepter le droit du pays hôte en l'état où il le trouve, y compris les voies de droit ouvertes pour la réparation de préjudices, une personne physique peut de nos jours être lésée par le fait d'un État étranger en dehors de son territoire ou par quelque acte accompli dans son territoire, alors même que la personne en question n'a aucun lien de rattachement avec ce territoire. On en trouve des exemples dans le dommage transfrontière causé à l'environnement (par exemple, l'explosion de la centrale nucléaire de Tchernobyl, près de Kiev, en Ukraine, en 1986, dont les retombées radioactives ont été ressenties jusqu'au Japon et en Scandinavie) et le fait d'abattre un aéronef qui s'était égaré dans l'espace aérien d'un État (comme dans l'affaire de l'*Incident aérien du 27 juillet 1955* où la Bulgarie avait abattu un appareil d'El Al qui avait accidentellement pénétré dans son espace aérien²²⁰). Le fondement de cette règle d'un lien volontaire ou d'un lien de rattachement territorial réside dans le risque que l'étranger assume dans un État étranger. Ce n'est que dans les cas où l'étranger s'est volontairement placé sous la juridiction de l'État défendeur qu'il serait censé épuiser les recours internes.

9) Ni la jurisprudence ni la pratique des États ne fournissent d'indications bien nettes quant à l'existence d'une telle exception à la règle de l'épuisement des recours internes. Si l'on trouve des *dicta* penchant dans ce sens dans les affaires de l'*Interhandel*²²¹ et *Salem*²²², il est d'autres affaires²²³ où la règle de l'épuisement des recours internes a été jugée applicable malgré l'absence de lien volontaire entre l'étranger lésé et l'État défendeur. Tant dans l'affaire relative à *Certains emprunts norvégiens*²²⁴

que dans celle de l'*Incident aérien du 27 juillet 1955*²²⁵, des arguments percutants ont été avancés en faveur de la condition du lien volontaire, mais la Cour ne s'est prononcée sur ce point ni dans l'une ni dans l'autre. Dans celle de la *Fonderie de Trail*²²⁶, affaire de pollution transfrontière dans laquelle il n'y avait ni lien volontaire, ni lien de rattachement territorial, le Canada n'avait pas insisté sur l'épuisement des recours internes. Cette affaire et d'autres²²⁷, dans lesquelles la règle de l'épuisement des recours internes avait été écartée en l'absence de lien volontaire, ont été interprétées comme venant au soutien du principe qui subordonne l'application de cette règle à la condition préalable d'une acceptation volontaire de juridiction. Or, le fait que l'on n'a pas entendu faire jouer la règle de l'épuisement des recours internes dans ces affaires peut s'expliquer autrement: il s'agissait d'un cas de préjudice direct où les recours internes n'ont pas à être épuisés, ou d'un cas où le compromis d'arbitrage ne l'exigeait pas.

10) Le terme «lien volontaire» n'a pas été utilisé à l'alinéa *c* pour définir cette exception, car il souligne l'intention subjective de la personne lésée plutôt que l'absence de lien objectivement déterminable entre cette personne et l'État d'accueil. Il serait difficile en pratique de prouver l'existence d'un tel critère subjectif. C'est pourquoi l'alinéa *c* exige un «lien pertinent», et non un lien volontaire, entre l'étranger lésé et l'État d'accueil. Ce lien doit être «pertinent» en ce sens qu'il doit se rattacher d'une manière ou d'une autre au préjudice subi. Le tribunal sera tenu d'examiner non seulement la question de savoir si la personne lésée était présente, résidait ou exerçait une activité économique sur le territoire du pays d'accueil, mais encore si, en l'occurrence, elle avait, par son comportement, assumé le risque d'être soumise à la justice de l'État d'accueil dans le cas où elle subirait un préjudice. Le mot «pertinent» est celui qui permet le mieux au tribunal d'examiner les éléments essentiels régissant la relation entre l'étranger lésé et l'État d'accueil dans le contexte du préjudice considéré en vue de déterminer si l'étranger lésé avait assumé ce risque. Il ne doit pas y avoir de «lien pertinent» entre la personne lésée et l'État défendeur à la date du préjudice.

Alinéa *d*

11) L'alinéa *d* est conçu pour donner au tribunal le pouvoir de ne pas exiger que les recours internes aient été épuisés lorsque, étant donné les circonstances de l'espèce, il serait manifestement déraisonnable de s'attendre à ce que cette règle fût respectée. Cet alinéa, qui relève du développement progressif, doit être interprété de manière stricte, et il appartient à la personne lésée de prouver non seulement qu'il existe des difficultés et des obstacles sérieux s'agissant d'épuiser les recours internes mais qu'elle est «manifestement» empêchée d'exercer

²¹⁹ Voir Amerasinghe, *Local Remedies in International Law* (note 171, *supra*), p. 169; T. Meron, «The Incidence of the Rule of Exhaustion of Local Remedies», *The British Year Book of International Law* 1959, vol. 35, p. 83 et suiv., notamment à la page 94.

²²⁰ *Incident aérien du 27 juillet 1955 (Israël c. Bulgarie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1959, p. 127.

²²¹ La CII y disait ceci: «... il a été considéré en pareil cas nécessaire que l'État où la lésion a été commise* puisse y remédier par ses propres moyens», exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1959, p. 6 et suiv., à la page 27.

²²² Dans l'affaire *Salem*, un tribunal arbitral avait déclaré: «En règle générale, un étranger doit reconnaître qu'il est lui-même justiciable des voies de droit instituées par le pays où il a bel et bien choisi de résider», sentence du 8 juin 1932, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II (numéro de vente: 1949.V.1), p. 1161 et suiv., à la page 1202.

²²³ *Arbitrage relatif aux navires finlandais et Ambatielos* (voir la note 214, *supra*).

²²⁴ *Certains emprunts norvégiens (France c. Norvège)*, arrêt du 6 juillet 1957, plaidoiries de la France, C.I.J. Mémoires, vol. I, p. 408.

²²⁵ *Incident aérien du 27 juillet 1955 (Israël c. Bulgarie)*, exceptions préliminaires, plaidoiries d'Israël, C.I.J. Mémoires, p. 531 et 532.

²²⁶ Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III (numéro de vente: 1949.V.2), p. 1905.

²²⁷ L'affaire *Virginius*, 1873, rapportée dans J. B. Moore, *A Digest of International Law*, Washington D.C., United States Government Printing Office, 1906, vol. II, p. 895 et suiv., notamment à la page 903; l'affaire *Jessie*, rapportée dans *American Journal of International Law*, vol. 16, 1922, p. 114 à 116.

ces recours. On n'a pas tenté d'établir une liste exhaustive des facteurs susceptibles de constituer cette exception. Peuvent relever des circonstances dans lesquelles l'épuisement des recours internes est manifestement impossible le fait pour l'État défendeur d'empêcher la personne lésée d'entrer sur son territoire, soit en application de la loi soit par des menaces contre sa sécurité personnelle, l'empêchant ainsi de saisir les tribunaux internes, ou la situation dans laquelle des organisations criminelles dans l'État défendeur empêcheraient l'intéressé d'introduire une instance devant ces tribunaux. Bien que la personne lésée soit censée prendre à sa charge le coût des procès devant les tribunaux de l'État défendeur, ce coût peut, dans certaines circonstances, être prohibitif et «empêcher manifestement» le respect de la règle de l'épuisement des recours internes²²⁸.

Alinéa e

12) Il peut arriver qu'un État soit prêt à renoncer à exiger l'épuisement des recours internes. Comme la règle a pour but de protéger les intérêts de l'État mis en cause par un étranger, cet État peut lui-même renoncer à cette protection. La Cour interaméricaine des droits de l'homme a ainsi dit:

Dans les affaires de ce type, conformément aux principes généralement reconnus du droit international et à la pratique internationale, la règle qui exige l'épuisement préalable des recours internes est établie au bénéfice de l'État, qu'elle dispense ainsi d'avoir à répondre devant un organe international des faits à lui imputés avant qu'il ait eu la possibilité d'y remédier par les voies internes. Cette exigence est donc considérée comme un moyen de défense pour l'État qui peut, par conséquent, y renoncer, ne serait-ce que tacitement²²⁹.

13) La renonciation à cette exigence de l'épuisement des recours internes peut revêtir bien des formes différentes. Elle peut figurer dans une convention bilatérale ou multilatérale conclue avant ou après la naissance du différend, ou dans un contrat entre l'étranger et l'État défendeur; elle peut être expresse ou implicite, ou encore être déduite du comportement de l'État défendeur dans des circonstances où l'on peut parler d'estoppel ou de déchéance du droit d'exiger l'épuisement des recours internes.

14) Une clause expresse de renonciation peut être insérée dans un compromis d'arbitrage spécialement conclu pour régler un différend déjà né ou dans un traité général prévoyant que les différends à naître dans l'avenir devront être réglés par voie d'arbitrage ou une autre forme de règlement international des différends. Elle pourra aussi figurer dans un contrat passé entre un État et un étranger. De l'avis général, une renonciation expresse est toujours

valide. La renonciation est désormais courante dans la pratique des États, et de nombreuses conventions d'arbitrage contiennent des clauses de renonciation. Le meilleur exemple en est sans doute l'article 26 de la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements, qui est ainsi conçu:

Le consentement des parties à l'arbitrage dans le cadre de la présente convention est, sauf stipulation contraire, considéré comme impliquant la renonciation à l'exercice de tout autre recours. Comme condition à son consentement à l'arbitrage dans le cadre de la présente convention, un État contractant peut exiger que les recours administratifs ou judiciaires internes soient épuisés.

Il est généralement admis que les renonciations expresses, qu'elles figurent dans un accord entre des États ou dans un contrat entre un État et un étranger, sont irrévocables, même si le contrat est régi par le droit de l'État d'accueil²³⁰.

15) Il faut se garder d'admettre d'emblée qu'il y a implicitement renonciation à l'épuisement des recours internes. Dans l'affaire *ELSI*, une chambre de la Cour internationale de Justice a dit à ce propos qu'elle

ne saurait accepter qu'on considère qu'un principe important du droit international coutumier a été tacitement écarté sans que l'intention de l'écarter soit verbalement précisée²³¹.

16) En revanche, lorsque l'intention des parties de renoncer à cette règle ne fait pas de doute, cette intention doit être respectée. Tant les décisions judiciaires²³² que la doctrine²³³ confirment cette conclusion. Il n'est pas possible de poser de règle générale qui dise quand on peut admettre qu'il y a intention tacite de renoncer à l'épuisement des recours internes. Il faut le déterminer pour chacun des cas à la lumière des termes de l'instrument considéré et des circonstances dans lesquelles il a été adopté. Lorsque l'État défendeur a accepté de soumettre à l'arbitrage ses différends éventuels avec l'État demandeur, on peut considérer qu'un tel accord «n'implique pas la renonciation au droit d'exiger l'épuisement des recours internes lorsqu'une des parties contractantes endosse la réclamation de son national»²³⁴. L'existence en pareil cas d'une forte présomption à l'encontre de la renonciation implicite ou tacite a été confirmée par la Chambre de la Cour internationale de Justice qui a connu de l'affaire *ELSI*²³⁵. Il est sans doute plus facile d'admettre une

²³⁰ Voir les affaires *Viviana Gallardo et consorts* (note 229, *supra*) et *De Wilde, Ooms et Versyp* (*idem*).

²³¹ *ELSI* (note 229, *supra*), p. 42, par. 50.

²³² Voir, par exemple, les affaires *Steiner and Gross v. Polish State*, affaire n° 322, 1928, in A. McNair et H. Lauterpacht (dir. publ.), *Annual Digest of Public International Law Cases 1927-1928*, Londres, Longmans, 1931, p. 472; et *American International Group Inc. v. Iran*, sentence n° 93-2-3 (1983), *Iran-United States Claims Tribunal Reports*, Cambridge, Grotius Publishers, 1985, vol. 4, p. 96.

²³³ Voir, par exemple, S. M. Schwebel, *International Arbitration: Three Salient Problems*, Cambridge, Grotius Publishers, 1987, p. 117 à 121.

²³⁴ F. A. Mann, «State contracts and international arbitration», *The British Year Book of International Law 1967*, vol. 42, p. 32.

²³⁵ *ELSI* (note 229, *supra*). Dans l'affaire du *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis (Estonie c. Lituanie)*, arrêt du 28 février 1939, C.P.J.I. série A/B n° 76, p. 16, la CPIJ avait jugé que l'acceptation de la clause facultative de l'article 36, paragraphe 2, du Statut de la Cour ne valait pas renonciation implicite à la règle de l'épuisement des recours internes (argument avancé par le juge van Eysinga dans une opinion dissidente, *ibid.*, p. 35 et 36).

²²⁸ Sur l'impact des coûts en matière d'épuisement des recours internes, voir le paragraphe 166 de la décision rendue dans *The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America* (ICSID), n° ARB (AF)/98/3, *International Law Reports*, vol. 128, p. 334 et suiv., et *Journal du droit international*, vol. 131, 2004, p. 219 et suiv.

²²⁹ Affaire *Viviana Gallardo et consorts*, arrêt du 13 novembre 1981, Cour interaméricaine des droits de l'homme, Série A, n° G 101/81, p. 88 et *International Law Reports*, vol. 67 (1984), p. 587, par. 26. Voir aussi les affaires *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1989, p. 15 et suiv., notamment à la page 42, par. 50; et *De Wilde, Ooms et Versyp* («Vagabondage»), Cour européenne des droits de l'homme, arrêt du 18 juin 1971 (au principal), série A n° 12 [voir aussi *International Law Reports*, vol. 56 (1980), p. 370, par. 55].

renonciation implicite dans le cas d'un compromis d'arbitrage conclu après la naissance du différend en question. En pareil cas, on peut soutenir que la renonciation peut être considérée comme implicite si l'État défendeur a conclu avec l'État demandeur une convention d'arbitrage couvrant les différends relatifs au traitement des nationaux postérieurement au préjudice causé au national qui est l'objet du litige, dès lors que cette convention est muette sur le point de savoir si la règle de l'épuisement des recours internes est maintenue ou non.

17) Bien que l'idée que la conduite suivie par l'État défendeur dans une procédure internationale puisse faire que cet État se trouve empêché d'exiger l'épuisement des recours internes bénéficie d'un certain soutien²³⁶, la Commission a préféré ne pas mentionner l'estoppel dans sa formulation de la règle régissant la renonciation, en raison de l'incertitude qui entoure la doctrine dite de l'estoppel en droit international. La Commission a jugé plus sage de laisser la possibilité de considérer comme une renonciation implicite le comportement dont on pourrait déduire une renonciation à l'exigence de l'épuisement des recours internes.

QUATRIÈME PARTIE

DISPOSITIONS DIVERSES

Article 16. Actions ou procédures autres que la protection diplomatique

Les droits des États, des personnes physiques, des personnes morales ou d'autres entités d'engager en vertu du droit international des actions ou des procédures autres que la protection diplomatique en réparation du préjudice causé par un fait internationalement illicite ne sont pas affectés par le présent projet d'articles.

Commentaire

1) Les règles du droit international coutumier sur la protection diplomatique et les règles régissant la protection des droits de l'homme se complètent. Le présent projet d'articles ne vise donc pas à écarter ni à priver d'effet le droit des États, celui de l'État de nationalité d'une personne lésée et celui des autres États, de protéger cette personne en vertu soit du droit international coutumier, soit d'un traité multilatéral ou bilatéral relatif aux droits de l'homme. Il n'est pas non plus censé entraver le droit des personnes physiques et morales ou d'autres entités impliquées dans la protection des droits de l'homme d'engager en vertu du droit international des actions ou des procédures autres que la protection diplomatique pour assurer la réparation du préjudice subi en raison d'un fait internationalement illicite.

2) Un État peut protéger une personne lésée qui n'est pas son national contre l'État de nationalité ou contre

un État tiers dans le cadre des procédures gouvernementales prévues par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (art. 41), la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (art. 11), la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (art. 21), la Convention européenne des droits de l'homme (art. 24), la Convention américaine relative aux droits de l'homme («Pacte de San José de Costa Rica») [art. 45] et la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (art. 47 à 54). Les mêmes conventions permettent à un État de protéger ses nationaux dans le cadre de procédures gouvernementales. Le droit international coutumier permet en outre aux États de protéger les droits de non-nationaux au moyen de protestations, de négociations et, si un instrument juridictionnel les y autorise, dans le cadre d'une procédure judiciaire. L'opinion émise par la Cour internationale de Justice dans les affaires du *Sud-Ouest africain* (1966)²³⁷, selon laquelle un État ne peut engager une instance judiciaire pour protéger les droits de non-nationaux, doit être nuancée au regard des articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite²³⁸. L'alinéa *b* du paragraphe 1 de l'article 48 de ce texte autorise un État autre que l'État lésé à invoquer la responsabilité d'un autre État si l'obligation violée est due à la communauté internationale dans son ensemble²³⁹, sans avoir à satisfaire aux conditions régissant l'exercice de la protection diplomatique²⁴⁰.

3) L'individu est aussi investi de droits et de recours pour se protéger contre l'État auteur du fait illicite, qu'il s'agisse de son État national ou d'un autre État, en vertu de conventions internationales relatives aux droits de l'homme. L'exercice de ce droit prend le plus souvent la forme d'une requête adressée à un organe international de suivi des droits de l'homme²⁴¹.

4) Des droits individuels en vertu du droit international peuvent aussi naître en dehors du cadre des droits de l'homme. Dans l'affaire *LaGrand*, la Cour internationale de Justice a estimé que l'article 36 de la Convention de Vienne sur les relations consulaires «crée des droits

²³⁷ *Sud-Ouest africain (Libéria c. Afrique du Sud)*, (*Éthiopie c. Afrique du Sud*), deuxième phase, arrêt du 18 juillet 1966, *C.I.J. Recueil* 1966, p. 6.

²³⁸ *Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 136 (commentaire de l'article 48, note 725).

²³⁹ Voir en outre l'opinion individuelle de M. Simma dans l'affaire des *Activités armées menées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, arrêt, *C.I.J. Recueil* 2005, par. 35 à 41.

²⁴⁰ L'alinéa *b* du paragraphe 1 de l'article 48 n'est pas subordonné à l'article 44 du projet sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite qui exige de l'État qui invoque la responsabilité d'un autre État qu'il se conforme aux règles relatives à la nationalité des réclamations et à l'épuisement des recours internes. Il n'est pas non plus subordonné au présent projet d'articles [voir E. Milano, «Diplomatic protection and human rights before the International Court of Justice: re-fashioning tradition», *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 35 (2004), p. 85 et suiv., notamment aux pages 103 à 108].

²⁴¹ Voir, par exemple, le Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques; l'article 14 de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale; l'article 22 de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants; le Protocole facultatif à la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes.

²³⁶ Voir les affaires *ELSI* (note 229, *supra*), p. 44, par. 54; *United States-United Kingdom Arbitration concerning Heathrow Airport User Charges* (tribunal arbitral), sentence du 30 novembre 1992, *International Law Reports*, vol. 102 (1996), p. 216 et suiv., notamment à la page 285, par. 6.33; *Foti and others*, arrêt du 10 décembre 1982 (fond), *ibid.*, vol. 71 (1986), p. 366 et suiv., notamment à la page 380, par. 46.

ANNEXE 306

WEINSTEIN V. ISLAMIC REPUBLIC OF IRAN, 624 F. SUPP. 2D 272, 273
(DISTRICT EST DE L'ETAT DE NEW YORK, 2009)

[Traduction]

Susan WEINSTEIN, en son nom propre, en qualité de coexécuteur testamentaire d'Ira William Weinstein, et en qualité de tuteur naturel du demandeur David Weinstein, et al., partie demanderesse-créanciers du jugement,

c.

République islamique d'Iran, et al., partie défenderesse-débiteurs du jugement.

No. Misc. 02-237.

5 juin 2009.

Résumé

Rappel des faits : Les bénéficiaires d'une décision de justice ont requis la désignation d'un administrateur judiciaire, conformément au droit fédéral américain et à celui de l'Etat de New York, pour procéder à la vente d'un bien sis à New York et propriété de la banque nationale d'Iran, en vue de l'exécution d'un jugement contre la République islamique d'Iran, le ministère iranien du renseignement et plusieurs hauts responsables de l'Etat iranien. Les débiteurs du jugement ont réclamé le rejet de la demande.

Conclusions : M. Wexler, juge du tribunal fédéral de district, a conclu que :

«la levée du voile social autorisée par la loi sur l'assurance contre le risque terroriste (*Terrorism Risk Insurance Act*, ci-après la «TRIA») n'a pas enfreint le traité d'amitié entre les Etats-Unis et l'Iran ;

la saisie et la vente des biens ne constituent pas une expropriation au sens du cinquième amendement de la constitution des Etats-Unis ou du traité d'amitié ;

la saisie et la vente du bien n'ont pas enfreint les accords d'Alger ;

la demande de désignation d'un administrateur judiciaire est accueillie et la requête aux fins de rejet de la demande est rejetée.»

Avocats et cabinets d'avocats

*273 Jaroslawicz & Jaros, LLC, représenté par Robert Tolchin, Esq. de New York, NY, pour les demandeurs et bénéficiaires du jugement.

Berliner, Corcoran & Rowe, L.L.P., représenté par Thomas G. Corcoran et Laina C. Wilk, Esqs. de Washington, D.C., Rosen Greenberg Blaha, LLP, représenté par John N. Romans de New York, NY, pour les défendeurs et débiteurs du jugement.

Motifs et ordonnance

M. WEXLER, juge de district.

Les demandeurs et bénéficiaires du jugement («les demandeurs») sollicitent la désignation d'un administrateur judiciaire en application de la règle n° 69 des règles fédérales de procédure civile (Federal Rules of Civil Procedure, ci-après les «FRCP») et de l'alinéa a) de l'article 5228 des lois et règlements de l'Etat de New York en matière de pratique civile (New York Civil Practice Law & Rules, ci-après les «CPLR»), afin de procéder à la vente d'un bien de la banque Melli sis 135 Puritan Avenue, Forest Hills, New York («le bien») en vue de l'exécution du jugement prononcé en l'affaire introduite contre les défendeurs et débiteurs du jugement que sont la République islamique d'Iran («l'Iran»), le ministère iranien du renseignement et trois hauts responsables de l'Etat iranien. Les demandeurs demandent la saisie de ce bien en application de la loi de 2002 sur l'assurance contre le risque terroriste (ci-après «la TRIA») (Pub. L. No. 107-297, 116 Stat. 2322, titre 28 du code des Etats-Unis § 1610, note). La banque Melli dépose une requête aux fins de rejet de cette procédure et demande qu'il soit sursis à la nomination d'un administrateur judiciaire jusqu'à la résolution de sa requête aux fins de rejet.

Les demandeurs s'opposent à la demande de rejet de la banque Melli¹. Le tribunal, qui a accueilli la demande de sursis d'exécution de la banque Melli, rejette sa requête aux fins de rejet et accède à la demande de nomination d'un administrateur judiciaire.

I. EXPOSÉ DU CONTEXTE

Aux fins de la présente procédure, les éléments pertinents du contexte ayant déjà été suffisamment exposés sous forme résumée dans la décision précédente du tribunal en l'affaire *Weinstein v. Islamic Republic of Iran* [299 F.Supp.2d 63 (E.D.N.Y.2004)] («*Weinstein I*»), ils ne seront pas réexposés ici, sauf dans la mesure nécessaire à cette décision. Dans l'affaire *Weinstein I*, le tribunal a statué que les actifs de la banque Melli n'étaient alors pas «bloqués» en application des articles 202 et 203 de la loi sur les pouvoirs économiques en cas d'urgence internationale (*International Emergency Economic Powers Act*, ci-après la «IEEPA»), (titre 50 du code des Etats-Unis, 1701, 1702, *Weinstein L* 299 F.Supp.2d, 74-75). Toutefois, comme l'affirment les demandeurs, le 25 octobre 2007, le bureau de contrôle des actifs étrangers du département du trésor des Etats-Unis (Office of Foreign Asset Control, ci-après l'«OFAC») a désigné la banque Melli comme agent de prolifération d'armes de destruction massive au sens du décret présidentiel n° 13382. Voir décret présidentiel n° 13382, 70 Fed.Reg. 38 567 (28 juin 2005). Le décret présidentiel n° 13382, pris par le président des Etats-Unis en vertu de l'IEEPA, prévoit que «tous les biens et droits afférents» qui sont la propriété de personnes citées dans le décret ou désignées ultérieurement par le département du trésor, «se trouvant actuellement ou à l'avenir sur le territoire des Etats-Unis, ou en la possession ou sous le contrôle de toute personne rattachée aux Etats-Unis ... sont bloqués et ne peuvent faire l'objet d'aucun transfert, paiement, exportation, retrait *274 ou autre opération», *ibid.* (les italiques sont de nous). En conséquence de la désignation de la banque Melli, selon les demandeurs, le bien est bloqué et peut donc faire l'objet d'une saisie en application de la TRIA, qui autorise la saisie des «actifs bloqués» non seulement d'une partie terroriste, comme l'Iran, mais aussi des actifs de ses établissements et organismes, comme la banque Melli. A cet égard, l'article 201 alinéa a) de la TRIA dispose ce qui suit :

«Nonobstant toute autre disposition de la loi, mais sous réserve du paragraphe b), dans tous les cas où il est fait droit à la demande formée contre une partie terroriste et

¹ Dans un courrier (pièce n° 72), les demandeurs ont demandé l'autorisation de soumettre une réponse supplémentaire d'une page afin de rectifier une inexactitude contenue dans les réponses de la banque Melli. Il est fait droit à la demande. Le tribunal note par ailleurs que le ministère de la justice des Etats-Unis n'a pas souhaité apporter de réponse aux points soulevés par les parties, bien que le tribunal l'y ait invité.

fondée sur un acte de terrorisme, ou pour laquelle la partie terroriste est privée de l'immunité par application de l'article 1065A ou de l'alinéa 7) du paragraphe a) de l'article 1605 du titre 28 du code des Etats-Unis, les actifs bloqués de cette partie terroriste (*y compris ceux de tout établissement ou organisme de celle-ci*) sont saisissables en exécution dudit jugement à concurrence du montant des dommages-intérêts compensatoires au paiement desquels ladite partie terroriste aura été condamnée.» TRIA § 201 (a), 116 Stat., 2337 (les italiques sont de nous).

Ainsi, les demandeurs revendiquent le droit de faire appliquer la décision judiciaire dont ils ont obtenu gain de cause par la saisie du bien, celui-ci étant un «actif bloqué» aux termes de la TRIA et la banque Melli étant un «établissement ou organisme» de l'Iran.

La banque Melli, tout en concédant que le bien est un «actif bloqué» aux termes de la TRIA et qu'elle-même est un «établissement ou organisme» de l'Iran, affirme : 1) que la saisie et la vente du bien constitueraient une violation du traité d'amitié entre les Etats-Unis et l'Iran (voir traité d'amitié, de relations économiques et de droits consulaires, Etats-Unis/Iran, 15 août 1955, 8 U.S.T. 899, T.I.A.S. No. 3853, 1957 WL 52887) («le traité d'amitié»); 2) que la saisie et la vente constitueraient une «expropriation» ne servant pas une cause d'utilité publique et non accompagnée d'une juste indemnité, en violation du traité d'amitié et du cinquième amendement de la constitution des Etats-Unis; 3) que le blocage des actifs de la banque Melli par le département du trésor, parmi lesquels le bien en cause, constitue une violation des «accords d'Alger» (voir déclaration du gouvernement de la République démocratique et populaire d'Algérie, 19 janvier 1981, *réimpression* 20 I.L.M. 224 (1981)) («accords d'Alger») et 4) qu'une ordonnance du tribunal autorisant la saisie et la vente du bien constituerait une violation supplémentaire des accords d'Alger de la part des Etats-Unis.

II. DISCUSSION

A. Requête aux fins de rejet de la banque Melli

1. Paragraphe 1) de l'article III du traité d'amitié

La banque Melli soutient que la saisie et la vente du bien constitueraient une violation du paragraphe 1 de l'article III du traité d'amitié, qui dispose ce qui suit :

«Le statut juridique des sociétés constituées sous le régime des lois et règlements de l'une des Hautes Parties contractantes applicables en la matière sera reconnu dans les territoires de l'autre Haute Partie contractante. Il est entendu toutefois qu'en elle-même la reconnaissance de ce statut juridique ne donnera pas aux sociétés le droit de se livrer à l'activité en vue de laquelle elles sont organisées. Au sens du présent Traité, le terme «sociétés» doit s'entendre des sociétés de capitaux ou de personnes, des compagnies et de toutes associations, qu'elles soient ou non à responsabilité limitée et à but lucratif.» (Paragraphe 1 de l'article III du traité d'amitié.)

Selon la banque Melli, le traité d'amitié «reprend un principe établi du droit international coutumier», à savoir que le statut juridique distinct d'une société iranienne doit être respecté (exposé des motifs au soutien de la requête aux fins de rejet de la banque Melli («motifs de la banque Melli»), 15). Selon la conception de la banque Melli *275, ce principe interdit la levée du voile prévue par la loi au paragraphe a) de l'article 201 de la TRIA. Cette «présomption de personnalité juridique distincte», selon la banque Melli, ne peut être surmontée que dans les circonstances énoncées en l'affaire *First National City Bank v. Banco Para El Comercio Exterior de Cuba*, 462 U.S. 611, 103 S.Ct. 2591, 77 L.Ed.2d 46 (1983) «l'affaire *Bancec*»). Selon cette jurisprudence, pour lever le voile social qui sépare un Etat étranger de ses établissements et organismes, le bénéficiaire d'une décision de justice doit démontrer que l'établissement ou organisme est «soumis à un contrôle si étroit [de la part de l'Etat

étranger] qu'il existe une relation mandant-mandataire» ou que le fait de reconnaître l'entité comme distincte «pourrait donner lieu à des fraudes ou à une injustice» (voir *ibid.*). En d'autres termes, d'après la jurisprudence *Bancec*, les demandeurs ne peuvent obtenir l'exécution du jugement prononcé contre les défendeurs en faisant saisir les actifs bloqués de la banque Melli, à moins de surmonter la présomption selon laquelle les établissements et organismes de l'Iran sont des entités juridiquement distinctes de l'Iran.

Les demandeurs soutiennent que la levée du voile social autorisée par le paragraphe *a*) de l'article 201 de la TRIA prend le pas sur l'application de *Bancec* et ne constitue pas une violation du traité d'amitié. Le tribunal partage cette analyse. Le paragraphe 1) de l'article III du traité d'amitié ne valide pas la position de la banque Melli ni dans son libellé ni dans son but. Comme le rappelle la banque Melli, le traité d'amitié entre l'Iran et les Etats-Unis s'inscrit dans une série de traités d'amitié, de commerce et de navigation («ACN») négociés par les Etats-Unis après la seconde guerre mondiale (motifs de la banque Melli, 3). Comme le soulignent les demandeurs, «la quasi-totalité, sinon la totalité, de ces traités ACN contiennent des dispositions [relatives aux sociétés] qui sont identiques en substance à celle du paragraphe 1 de l'article III» (mémoire déposé par les demandeurs et créanciers du jugement en riposte à la requête aux fins de rejet de la banque Melli et la réplique en soutien à la demande de nomination d'un administrateur judiciaire en vertu du paragraphe *a*) de l'article 5228 des CPLR, 7-9 (citant les traités)). Comme l'a reconnu la Cour suprême, «le principal but des dispositions des traités relatives aux sociétés était de conférer aux sociétés de chacun des signataires un statut juridique sur le territoire de l'autre partie, et de leur permettre d'exercer des activités dans l'autre pays sur un pied d'égalité avec les sociétés nationales» (*Sumitomo Shoji Am., Inc. v. Avagliano*, 457 U.S. 176, 185-86, 102 S.Ct. 2374, 72 L.Ed.2d 765 (1982)). De fait, «les traités n'avaient pas pour objet de conférer des droits plus importants aux sociétés étrangères qu'aux sociétés nationales, mais plutôt de leur garantir le droit de mener leurs activités sur un pied d'égalité sans souffrir de discrimination du fait de leur extranéité» (*ibid.*, 187-88, 102 S.Ct. 2374). Rien dans le libellé ou l'objet du paragraphe 1) de l'article III du traité d'amitié ne s'oppose à la levée du voile social autorisée par le paragraphe *a*) de l'article 201 de la TRIA.

En tout état de cause, dans l'éventualité d'un conflit entre le paragraphe *a*) de l'article 201 de la TRIA et le traité d'amitié, la TRIA aurait préséance sur le traité d'amitié (voir *United States v. Yousef*, 327 F.3d 56, 110 (2d Cir.2003)) (reconnaissant les conclusions de la Cour selon lesquelles «les actes législatifs l'emportent sur le droit international d'origine conventionnelle préexistant»). De fait, la Cour suprême a affirmé clairement que «lorsqu'une loi qui est postérieure dans le temps [à un traité] est incompatible avec [ce] traité, elle annule le traité dans la mesure de cette incompatibilité». (*Breard v. Greene*, 523 U.S. 371, 376, 118 S.Ct. 1352, 140 L.Ed.2d 529 (1998) (citations internes omises) ; voir aussi *Whitney v. Robertson*, 124 U.S.190, 194, 8 S.Ct. 456, 31 L.Ed. 386 (1888) (considérant qu'en cas d'incompatibilité entre un traité et un texte législatif fédéral, «celui dont la date est la plus récente prévaudra sur l'autre»)).

Pour ce qui est de l'applicabilité de la jurisprudence *Bancec*, le juge Victor Marrero du tribunal fédéral du district sud de l'Etat de New York, dans une analyse convaincante, a conclu que la lecture littérale et les travaux préparatoires du paragraphe *a*) de l'article 201 de la TRIA démontraient clairement une volonté de rendre les établissements et *276 organismes matériellement responsables des dettes des Etats étrangers dont ils relèvent, volonté qui l'emporte sur la présomption du caractère indépendant des établissements et organismes des parties terroristes (voir *Weininger v. Castro*, 462 F.Supp.2d 457, 484-87 (S.D.N.Y.2006)). Pour les mêmes raisons, le tribunal conclut que le paragraphe *a*) de l'article 201 de la TRIA l'emporte sur la jurisprudence *Bancec* aux fins de déterminer si les actifs bloqués de la banque Melli (dont le caractère d'établissement ou organisme d'une partie terroriste n'est pas contestable) peuvent être employés aux fins de l'exécution de la décision de justice prononcée contre les défendeurs (parties terroristes). Peu importe le fait qu'aucun traité ACN n'était en cause dans l'affaire *Weininger* (Cuba n'a pas signé un tel traité avec les Etats-Unis), étant donné que le tribunal a déterminé que le paragraphe 1) de l'article III du traité d'amitié n'empêche pas la levée du voile autorisée par le paragraphe *a*) de l'article 201 du TRIA.

Ce motif de rejet est par conséquent rejeté.

2) Paragraphe 2) de l'article IV du traité d'amitié et cinquième amendement

La banque Melli soutient en outre que la saisie et la vente constitueraient une «expropriation» dénuée de cause d'utilité publique et sans paiement d'une juste indemnité, en violation du paragraphe 2) de l'article IV du traité d'amitié et du cinquième amendement de la constitution des Etats-Unis. Le paragraphe 2) de l'article IV du traité d'amitié dispose, pour la partie qui nous concerne, que : «les biens appartenant aux ressortissants et aux sociétés de l'une des Hautes parties contractantes ... ne pourront être expropriés que pour cause d'utilité publique et moyennant le paiement rapide d'une juste indemnité» (traité d'amitié, paragraphe 2) de l'article IV). Le cinquième amendement interdit l'expropriation de «propriété privée ... pour cause d'utilité publique sans juste indemnité» (Constitution des Etats-Unis, cinquième amendement).

Les parties sont d'abord en désaccord sur la question de savoir s'il y a «expropriation» au sens du cinquième amendement. Les demandeurs invoquent la décision prononcée dans l'affaire *Paradissiotis v. United States*, 304 F.3d 1271 (Fed.Cir.2002), pour appuyer l'assertion selon laquelle il n'y a pas «expropriation» des biens de la banque Melli dans les circonstances de l'espèce. Dans cette affaire, le demandeur, M. Paradissiotis, était un ressortissant chypriote qui entretenait des liens étroits avec le Gouvernement libyen. Du fait de ces liens, l'OFAC l'avait placé sur sa liste des nationaux spécifiquement désignés conformément à sa réglementation relative aux sanctions contre la Libye. En conséquence de cette désignation, M. Paradissiotis a été considéré comme «agent du Gouvernement libyen» et ses actifs aux Etats-Unis ont été «gelés» (*ibid.*, 1273). Les actifs gelés de M. Paradissiotis aux Etats-Unis comprenaient des options sur les actions d'une société immatriculée dans l'Etat du Delaware. En raison de l'ordonnance de blocage et du refus de l'OFAC de donner droit à ses demandes de céder ou d'exercer ses options sur actions, M. Paradissiotis n'a pas été en mesure de céder ni d'exercer ses options sur actions. Arrivées à expiration, elles ont perdu toute valeur. M Paradissiotis a intenté une action contre les Etats-Unis auprès de la cour fédérale des réclamations, arguant que le gel de ses actifs et la destruction de la valeur de ses options sur actions constituaient une «expropriation» inconstitutionnelle². La cour fédérale des réclamations a rejeté cet argument et la cour d'appel fédérale a confirmé, précisant :

«La cour fédérale des réclamations a eu à plusieurs occasions à connaître de demandes concernant des expropriations, au titre du cinquième amendement, émanant de personnes ou d'entités frappées d'actions *277 relevant de la sécurité nationale aux fins du gel d'actifs d'entités étrangères ou à l'interdiction de transactions d'entités étrangères, et dans chaque cas nous avons statué que ces actions n'avaient pas enfreint la disposition relative aux expropriations. S'agissant spécifiquement de la réglementation relative aux sanctions contre la Libye, nous avons statué que ces règles contribuaient substantiellement à la sécurité nationale des Etats-Unis et que le déni de droits contractuels résultant de l'application de ces règlements ne constituait pas une expropriation relevant du cinquième amendement.»

Le principe justifiant ces décisions a été énoncé par la Cour suprême dans l'affaire *Legal Tender Cases (Knox v. Lee)*, 79 U.S. (12 Wall.) 457, 551, 20 L.Ed. 287 (1870), pour laquelle la cour avait expliqué :

² Dans un premier temps, M. Paradissiotis a intenté une action devant le tribunal fédéral du district sud du Texas, contestant le refus de l'autoriser à céder ou à exercer ses options, invoquant notamment une expropriation violant le cinquième amendement (*Paradissiotis*, 304 F.3d., 1273). Le tribunal fédéral de district, au terme d'une procédure de référé, a rejeté cette action, notamment sa demande au titre de l'expropriation, à peine deux jours avant l'expiration de ses options sur actions. *Ibid.* La cour d'appel fédérale du cinquième circuit a confirmé la décision, à l'exception de la demande au titre de la clause sur l'expropriation, considérant que la cour fédérale des réclamations avait compétence exclusive sur ce point (*ibid.*, 1273-74).

«Un nouveau droit de douane, un embargo, un ordre de mobilisation ou une guerre peuvent inévitablement entraîner de lourdes pertes pour des individus ; ils peuvent, de fait, réduire quasiment à néant des biens de grande valeur. Ils peuvent ôter toute portée à des contrats. Mais qui a jamais cru que, pour cette raison, un droit de douane ne pouvait pas être changé, qu'une restriction des échanges commerciaux ou un embargo ne pouvaient pas être décidés ou qu'une guerre ne pouvait être déclarée ? ... A-t-on jamais imaginé qu'il s'agissait-là d'une expropriation de propriété privée sans contrepartie ou sans respect de la légalité procédurale ?»

Si la législation en matière d'expropriation a connu d'importants changements depuis que ces lignes ont été écrites, cette citation de la Cour suprême a maintes fois été reprise et le principe qu'elle énonce reste d'actualité. Ainsi, des mesures réglementaires valides prises pour servir des intérêts substantiels de sécurité nationale peuvent avoir un effet négatif sur des intérêts ou des attentes spécifiques découlant de contrats, mais ces effets ne sont pas reconnus comme expropriations indemnisables relevant du cinquième amendement. Lorsqu'il s'applique à des sanctions économiques comme des ordonnances de blocage de transactions et de gel d'actifs, ce principe balaie toute suggestion selon laquelle les Etats-Unis ne pourraient geler les actifs libyens sur leur territoire que s'ils étaient prêts à supporter le coût de toutes les pertes résultant de ce gel. Les sanctions économiques ne seraient pas des sanctions si les cibles étrangères visées pouvaient tout simplement demander d'être dédommagées de toutes les pertes que les sanctions leur ont occasionné (*Paradissiotis*, 304 F.3d, 1274-75 (citations omises)).

De plus, la cour d'appel fédérale a noté que la perte des options sur actions subie par *Paradissiotis* était la conséquence parfaitement prévisible de ses propres actes délibérés :

«Les options sur actions de M. *Paradissiotis* n'étaient pas en danger jusqu'en 1990, lorsqu'il a effectué l'acte qui a conduit, à terme, à sa perte — à titre de directeur d'une société sous contrôle libyen. Les conséquences de son acte étaient alors parfaitement prévisibles. La réglementation relative aux sanctions contre la Libye était en vigueur depuis quatre ans, il ne faisait aucun doute qu'elle s'appliquait à lui dans le cadre de ses fonctions et qu'elle faisait de l'exercice de ses options sur actions une transaction prohibée. La date à prendre en compte pour considérer les attentes de M. *Paradissiotis* est 1990, lorsqu'il a effectué l'acte qui l'a exposé à cette réglementation qui, dans le cas contraire, n'aurait eu aucune incidence sur lui. A partir de cette date, il était clairement informé des conséquences de ses actes. M. *Paradissiotis* a pris le risque — un risque important, compte tenu de la forte visibilité du régime de sanctions contre la Libye — que sa participation à une société sous contrôle libyen ait pour effet de lui interdire l'accès à ses actifs aux Etats-Unis. Le fait que sa prise de risque lui ait été préjudiciable ne fait pas de l'application des sanctions une expropriation contrevenant au cinquième amendement» (***278** *Paradissiotis*, 304 F.3d., 1276 (citation omise)).

Le tribunal de céans convient avec les demandeurs que, suivant le même raisonnement que dans l'affaire *Paradissiotis*, le blocage et la saisie du bien dans les circonstances de l'espèce ne constituent pas une «expropriation» des actifs de la banque Melli au sens du cinquième amendement. Comme le soutiennent les demandeurs, le bien de la banque Melli aux Etats-Unis a été exposé parce la banque a elle-même participé à la prolifération d'armes de destruction massive, ce qui a conduit à sa désignation, qu'elle ne conteste pas ici, et au blocage de ses actifs. Comme M. *Paradissiotis*, la banque Melli avait reçu «un avis l'informant clairement des conséquences de [ses] actes», à savoir sa désignation et le blocage de ses actifs, les rendant ainsi saisissables en exécution d'un jugement, en application de la TRIA. De fait, depuis l'entrée en vigueur de la TRIA en 2002, l'un des risques découlant d'une désignation en vertu de l'IEEPA est que les actifs de l'entité désignée soient saisissables en exécution d'un jugement, en application de la TRIA. On peut penser que la banque Melli avait parfaitement connaissance de ce fait, puisqu'elle a été poursuivie en vertu de la TRIA par le tribunal peu après l'adoption de la loi (Voir *Weinstein I*, 299 F.Supp.2d 63). La banque Melli a pris le risque que son implication dans la prolifération d'armes de destruction massive par l'Iran ait

précisément les conséquences qu'elle subit actuellement, au titre des programmes de sanctions contre l'Iran. Le fait que ces conséquences aient conduit à la saisie d'un de ses biens — un actif bloqué — n'en fait pas une expropriation au sens du cinquième amendement (voir *Paradissiotis*, 304 F.3d., 1276) («Le fait que sa prise de risque lui ait été préjudiciable n'en fait pas une expropriation contrevenant au cinquième amendement»). Pour les mêmes raisons, il n'y a pas «expropriation» au sens du traité d'amitié.

Ce motif de rejet est par conséquent rejeté³.

3. Accords d'Alger

La banque Melli affirme également que le blocage de son bien constitue une violation des accords d'Alger. Comme il est expliqué dans l'affaire *Weinstein I*, le 14 novembre 1979, le président Carter a pris le décret présidentiel n° 12170 en riposte à la prise par l'Iran de l'ambassade américaine à Téhéran et de la crise des otages qui s'en est suivie. Dans ce décret, le président Carter déclare : «J'ordonne le blocage de tous biens et droits afférents de l'Etat iranien, de ses établissements et des entités sous son contrôle, ainsi que de la banque centrale iranienne, se trouvant actuellement ou à l'avenir en la possession ou sous le contrôle de personnes sous juridiction américaine». Décret présidentiel n° 12170, 44 Fed. Reg. 65729 (14 novembre 1979). Finalement, le 19 janvier 1981, les Etats-Unis et l'Iran, grâce aux efforts du Gouvernement algérien, sont parvenus à un accord, communément appelé les accords d'Alger qui ont mis un terme à la crise des otages. Par cet accord, les Etats-Unis acceptaient notamment de «rétablir dans la mesure du possible la position financière de l'Iran telle qu'elle était avant le 14 novembre 1979» et de «s'engager à garantir la mobilité et le libre transfert de tous les actifs iraniens sous leur juridiction» (accords d'Alger, 20 I.L.M., 224). Les Etats-Unis s'engageaient également (à quelques exceptions près) à «organiser, sous réserve des dispositions légales américaines applicables avant le 14 novembre 1979, le transfert à l'Iran de tous les biens iraniens qui sont situés aux Etats-Unis et à l'étranger.» *Ibid.*, 227. Comme il est précisé dans *Weinstein I*, en application des accords d'Alger, la plupart des actifs iraniens ont été débloqués (voir *Weinstein I*, 299 F.Supp.2d, 67-68).

D'après la banque Melli, le bien en question était un actif situé sur le territoire des Etats-Unis avant le 14 novembre 1979, ce qui signifie que son blocage par le décret présidentiel n° 13382 porte atteinte aux accords d'Alger. Cet argument est infondé.

Comme l'affirme la partie demanderesse et comme il est précisé ci-dessus, les accords d'Alger faisaient notamment obligation aux Etats-Unis de «garantir la mobilité et le libre transfert de tous les actifs iraniens sous leur juridiction», de «s'engager à garantir la mobilité et le libre transfert de tous les actifs iraniens sous leur juridiction» et d'«organiser ... le transfert à l'Iran de tous les biens iraniens qui sont situés aux Etats-Unis et à l'étranger». Ces obligations ont été satisfaites par la série de décrets présidentiels et de règlements levant les restrictions qui pesaient sur les biens iraniens, y compris, vraisemblablement, sur le bien en question (voir *Weinstein I*, 299 F.Supp.2d, 67-68). On peut supposer que la banque Melli était alors libre de jouir et de disposer de ce bien à sa guise, du moins jusqu'à ce que le bien soit bloqué le 25 octobre 2007. La banque Melli ne parvient pas à expliquer comment les Etats-Unis auraient violé les accords d'Alger en imposant, à une date ultérieure, les sanctions visant au blocage de certains biens iraniens (y compris de biens d'établissements et d'organismes de l'Iran) en raison d'actes commis ultérieurement par l'Iran (ou

³ La banque Melli affirme également que la saisie et la vente du bien constitueraient une violation des paragraphes 1) et 4) de l'article IV et du paragraphe 1) de l'article V du traité d'amitié, au motif que ces mesures refuseraient à «des sociétés iraniennes ... de leur appliquer le même traitement qu'à des sociétés américaines, c'est-à-dire de les traiter sans discrimination et sans ingérence dans leurs affaires internes ni dans les droits afférents à leurs biens» (motifs de la banque Melli, 20). La banque Melli n'avance quasiment aucun élément à l'appui de cette assertion. Ce motif de rejet est par conséquent rejeté.

par ses établissements et organismes), ou comment une ordonnance de la Cour autorisant la saisie et la vente constituerait une nouvelle violation des accords d'Alger.

Pour ces raisons, ces motifs de rejet sont rejetés.

La Cour ayant rejeté les motifs invoqués par la banque Melli, la requête en rejet de la demande est rejetée.

B. Demande de désignation d'un administrateur par la partie demanderesse

S'agissant de la demande de désignation d'un administrateur par la partie demanderesse, le tribunal conclut que le bien est saisissable en vertu de la TRIA. Par conséquent, il est fait droit à la demande de désignation d'un administrateur.

III. CONCLUSION

Pour les motifs exposés ci-dessus, la requête en rejet de la demande de la banque Melli est rejetée et la demande de désignation d'un administrateur de la partie demanderesse est accueillie. Toutefois, le tribunal sursoit à l'exécution de cette décision jusqu'à l'issue du recours éventuel par la banque Melli. Instruction est donnée au Greffe de clore le dossier administrativement sans préjudice de la possibilité de le rouvrir, après expiration des délais de recours ou, s'il est fait appel de la décision, après prononcé de la décision en appel.

IL EN EST AINSI ORDONNÉ.

ANNEXE 307

**WEINSTEIN V. ISLAMIC REPUBLIC OF IRAN, 299 F. SUPP. 2D 63
(DISTRICT EST DE L'ETAT DE NEW YORK, 2004)**

[Traduction]

Susan Weinstein, en son nom propre, en qualité de coexécuteur testamentaire d'Ira William Weinstein, et en qualité de tuteur naturel du demandeur David Weinstein, et al., partie demanderesse,

c.

République islamique d'Iran et al., défendeurs.

The Bank of New York, requérant,

c.

Susan Weinstein, en son nom propre, en qualité de coexécuteur testamentaire d'Ira William Weinstein et en qualité de tuteur naturel du demandeur David Weinstein, *et al.*, intimés.

No. Misc.02-237.

13 janvier 2004.

Résumé

Rappel des faits : une banque américaine a déposé une requête en jugement déclaratoire, demandant des éclaircissements sur les droits afférents à des comptes bancaires appartenant à trois banques iraniennes, que la veuve et la succession d'un citoyen américain tué dans un attentat-suicide à Jérusalem souhaitent faire saisir en vertu de la loi sur l'assurance contre le risque terroriste (*Terrorism Risk Insurance Act*, ci-après la «TRIA»), après prononcé du jugement, 184 F.Supp.2d 13, dans une action pour décès provoqué par un acte illicite délictuel condamnant la République islamique d'Iran, en application de la loi sur l'immunité des Etats étrangers (*Foreign Sovereign Immunities Act*, ci-après la «FSIA»).

Conclusion : M. Wexler, juge du tribunal fédéral de district, a conclu que les comptes ne constituaient pas des «actifs bloqués» au sens de la TRIA.

Ordonnance rendue en conséquence.

Avocats et cabinets d'avocats

*63 Pillsbury Winthrop LLP représenté par : Leo T. Crowley et Daniel Z. Mollin, Esq., New York, NY, pour The Bank of New York, requérant.

Westerman Ball Ederer Miller & Sharfstein, LLP représenté par : Jeffrey A. Miller et Philip J. Campisi, Esqs., New York, NY, pour la partie demanderesse-intimée.

Patterson Belnap Webb & Tyler LLP représenté par : John D. Winter, Esq. New York, NY, pour la banque Melli Iran, intimée.

Cabinets d'avocats de Steven W. Kerekes représentés par : Steven W. Kerekes Esq, Beverly Hills, CA, pour la banque Saderat Iran, intimée.

John D. Ashcroft, procureur général des Etats-Unis, ministère de la justice, représenté par : Anthony J. Coppolino, Esq, substitut principal du procureur, chambre civile, Washington DC, pour les Etats-Unis.

Motifs et ordonnance

M. WEXLER, juge de district

La requérante, The Bank of New York (BNY), introduit cette action afin que soient déterminés les droits respectifs des intimés sur des comptes bancaires tenus par BNY appartenant à trois des intimés : la banque Melli Iran («banque Melli»), la banque Saderat Iran («banque Saderat») et la banque Sepah Iran («banque Sepah»), toutes trois des banques iraniennes *64 (collectivement désignées «les banques»). Les autres intimés sont la partie demanderesse dans l'instance sous-jacente, à savoir la veuve, les enfants et les coexécuteurs testamentaires d'Ira Weinstein («la partie demanderesse»). La partie demanderesse affirme que les actifs des comptes BNY des banques sont susceptibles de saisie en application de l'article 201 de la loi de 2002 sur l'assurance contre le risque terroriste (*Terrorism Risk Insurance Act*, la «TRIA») et peuvent être utilisés aux fins d'exécution du jugement rendu en leur faveur en l'affaire intentée contre les défendeurs, à savoir la République islamique d'Iran («l'Iran»), le ministère iranien du renseignement et trois hauts fonctionnaires de l'Etat iranien («les parties défenderesses»). Les banques soutiennent que les actifs détenus dans leurs comptes BNY ne peuvent être saisis en application de la TRIA¹. Le ministère de la justice des Etats-Unis soumet une déclaration d'intérêt sur ce point, accompagnée d'une déclaration du directeur du bureau de contrôle des actifs étrangers du département du trésor des Etats-Unis (Office of Foreign Assets Control, ci-après l'«OFAC»), affirmant que les actifs des banques ne peuvent faire l'objet d'une saisie en vertu de la TRIA.

I. Exposé du contexte

Aux fins de la présente action, le contexte peut se résumer comme suit :

A. Action sous-jacente et jugement

Le 25 février 1996, Ira Weinstein, citoyen américain né à New York, a été grièvement blessé lors d'un attentat suicide commis par l'organisation terroriste Hamas à Jérusalem (Israël). Le 13 avril 1996, il est décédé de ses blessures.

Le 27 octobre 2000, la partie demanderesse a intenté une action civile pour décès provoqué par un acte illicite et délit civil connexe devant le tribunal fédéral du District de Columbia contre la partie défenderesse, en vertu de l'alinéa 7) du paragraphe a) de l'article 1605 du titre 28 du code des Etats-Unis (U.S.C.) intitulé loi sur l'immunité des Etats étrangers (*Foreign Sovereign Immunities Act*, ci-après la «FSIA»)². Le 6 février 2002, le tribunal de district a rendu un jugement en faveur de

¹ La banque Sepah ne s'est pas présentée à l'audience. Les parties n'y voient toutefois pas une raison de faire une différence entre les banques. Le tribunal traitera par conséquent toutes les banques aux fins de son examen.

² L'alinéa 7) du paragraphe a) de l'article 1605 prévoit :

la partie demanderesse, concluant que la partie défenderesse avait fourni des dizaines de millions de dollars au Hamas pour l'exécution d'attentats terroristes et avaient formé des terroristes du Hamas à la fabrication de bombes et à d'autres opérations similaires, et condamnant la partie défenderesse au paiement d'environ 183,2 millions de dollars au profit de la partie demanderesse, dont 33,2 millions à titre de dommages et intérêts compensatoires et 150 millions de dollars à titre de dommages et intérêts punitifs (voir *Weinstein v. Islamic Republic of Iran*, 184 F.Supp.2d 13 (D.D.C. 2002)).

B. Avis de mise sous main de justice

Le 10 octobre 2002, la partie demanderesse a fait enregistrer et déposer le jugement dont elle avait obtenu gain de cause dans ce district *65 et adressé à BNY un avis d'injonction de communiquer sur les créances judiciaires assorti d'une mise sous main de justice (*information subpoena with a restraining notice*) afin de permettre l'exécution du jugement. La mise sous main de justice signifiée en octobre avait pour but d'obtenir des informations sur les comptes de l'Iran, et de ses établissements et organismes le cas échéant, auprès de BNY et ordonnait à BNY de mettre lesdits comptes sous main de justice. Par suite de cette notification, BNY a identifié et mis sous main de justice trois comptes, chacun appartenant à chacune des banques. BNY a signifié cette mesure aux banques par lettre et leur a demandé de prendre contact avec un avocat.

Les banques auraient menacé BNY de poursuites judiciaires si la mesure n'était pas levée, à la suite de quoi BNY a procédé à la mainlevée de la saisie sur les comptes. La partie demanderesse affirme n'avoir jamais été informée ni des communications entre BNY et les banques, ni de l'existence des comptes en question, ni de la décision de mainlevée de BNY sans ordonnance du tribunal. En outre, elle indique que BNY n'a jamais répondu à son avis d'injonction de communiquer sur les créances judiciaires (*information subpoena*) du 10 octobre.

Le 27 novembre 2002, la partie demanderesse a, pour la deuxième fois, adressé à BNY un avis d'injonction de communiquer sur les créances judiciaires assorti d'une mise sous main de justice, après l'adoption, le 26 novembre 2002, de la TRIA (Pub.L. No. 107-297, § 201(a), 116 Stat. 2322 (nov. 26, 2002)). La demande de mise sous main de justice était en substance la même que celle d'octobre, complétée de références à la TRIA. BNY a de nouveau procédé à la mise sous main de justice des comptes des banques et informé la partie demanderesse de cette mesure, en précisant les références des comptes et leurs soldes en date du 3 décembre 2002. Ces soldes s'élevaient à environ 203 500 dollars pour la banque Melli, 6500 dollars pour la banque Saderat et 19 000 dollars pour la banque Sepah. Après un échange de courriers entre la partie demanderesse et BNY, la partie demanderesse a adressé à BNY un nouvel avis d'injonction de communiquer sur les créances judiciaires, et BNY a indiqué en réponse que les soldes des comptes en date du 13 décembre 2002 s'élevaient à environ 149 900 dollars pour la banque Melli, à 5400 dollars pour la banque Saderat et à 12 100 dollars pour la banque Sepah. Selon la partie demanderesse, BNY a convenu que les

«L'immunité de juridiction devant les tribunaux des Etats-Unis ou des Etats de l'Union ne s'applique pas dans le cas d'une demande de dommages-intérêts ... formée contre un Etat étranger à raison d'un préjudice corporel ou d'un décès attribuable à des actes de torture, à une exécution extrajudiciaire, au sabotage d'un aéronef ou à une prise d'otages, ou de la fourniture d'un appui matériel ou financier ... en vue de la commission d'un tel acte, dès lors que l'acte ou l'appui en question est le fait d'un fonctionnaire, d'un employé ou d'un agent de cet Etat étranger agissant dans l'exercice de ses fonctions, de son emploi ou de son mandant.» (Titre 28 du code des Etats-Unis, alinéa 7) du paragraphe a) de l'article 1605.)

Cette disposition a été conçue pour permettre aux citoyens américains d'engager des poursuites civiles contre des Etats étrangers spécifiquement désignés comme soutiens du terrorisme, parmi lesquels l'Iran. (Voir par exemple *Sutherland v. Islamic Republic of Iran*, 151 F. Supp.2d 27 (D.D.C. 2001) (invoquant la responsabilité de l'Iran dans l'enlèvement et la torture d'Américains par le Hezbollah); *Eisenfeld v. Islamic Republic of Iran*, 172 F. Supp.2d 1 (D.D.C. 2000) (invoquant la responsabilité de l'Iran dans la mort d'étudiants américains dans un attentat du Hamas); *Flatow v. Islamic Republic of Iran* 999 F. Supp. 1 (D.D.C. 1998) (invoquant la responsabilité de l'Iran dans la mort d'un étudiant américain dans un attentat du Jihad islamique).)

sommes correspondant à la baisse des soldes des comptes entre le 3 et le 13 décembre seraient remplacées.

C. La TRIA et les programmes de sanctions contre l'Iran

Le paragraphe *a)* de l'article 201 du titre II de la TRIA prévoit

«Nonobstant toute autre disposition de la loi, mais sous réserve du paragraphe *b)*, dans tous les cas où il est fait droit à la demande formée contre une partie terroriste et fondée sur un acte de terrorisme, ou pour laquelle la partie terroriste est privée de l'immunité par application de l'alinéa 7) du paragraphe *a)* de l'article 1605 du titre 28 du code des Etats-Unis, les actifs bloqués de cette partie terroriste (y compris ceux de tout établissement ou organisme de celle-ci) sont saisissables en exécution dudit jugement à concurrence du montant des dommages-intérêts compensatoires au paiement desquels ladite partie terroriste aura été condamnée.» (TRIA § 201(a), 116 Stat. at 2337.)

La TRIA définit un «actif bloqué» comme suit :

«tout actif saisi ou gelé par les Etats-Unis en vertu du paragraphe *b)* de l'article 5 du *Trading with the Enemy Act* (loi sur le commerce avec l'ennemi) ou de l'article 202 ou 203 de l'*International Emergency Economic Powers Act* [loi sur les pouvoirs économiques en cas d'urgence internationale] (articles 1701 et 1702 du titre 50 du code des Etats-Unis)». (*Ibid.* § 201(d)(2)(A), 116 Stat., 2339.)

S'agissant de la disposition de la loi sur le commerce avec l'ennemi (50 U.S.C.App. § 5(b)), citée en référence, les parties conviennent qu'elle ne concerne pas l'Iran ; elle ne s'applique donc pas à la présente affaire.

En revanche, les articles 202 et 203 de la loi sur les pouvoirs économiques en cas d'urgence internationale (ci-après l'«IEEPA»), articles 1701 et 1702 du titre 50 du code des Etats-Unis, s'appliquent à l'Iran. Ces dispositions confèrent notamment au président des Etats-Unis, *66 de larges pouvoirs sur les actifs étrangers dans certaines circonstances spécifiques :

«*a)* 1) Dans les cas et dans la mesure prévus à l'article 1701 de ce titre, le président peut, en vertu des réglementations qu'il peut prescrire au moyen d'instructions, d'autorisations ou par tout autre moyen :

A) faire enquête, imposer des restrictions ou une interdiction sur

i) toute transaction en devises étrangères ;

ii) les transferts de crédits ou les paiements entre, par, ou au travers de, ou à tout établissement bancaire, dès lors que ces transferts ou ces paiements ont un lien avec les intérêts d'un pays étranger quel qu'il soit ou d'un de ses ressortissants ;

iii) l'importation ou l'exportation de devises ou de titres par toute personne, ou concernant tout bien, relevant de la juridiction des Etats-Unis ;

B) faire enquête, bloquer pendant la durée de l'enquête, restreindre, ordonner et contraindre, annuler, invalider, empêcher ou interdire, toute acquisition, participation, rétention, utilisation, transfert, retrait, transport, importation ou exportation de, ou toute opération sur, ou l'exercice de tout droit, de tout pouvoir ou de tout privilège relatifs à, ou toute transaction relative à, un bien sur lequel un pays étranger ou un ressortissant de celui-ci possède des intérêts, par toute personne ou relativement à tout bien relevant de la juridiction des Etats-Unis»

(titre 50 du code des Etats-Unis § 1702(a)(1)(A), (B) ; voir aussi *ibid.* § 1701(b)) («Les pouvoirs conférés au président en vertu de l'article 1702 de ce titre ne peuvent être exercés que pour répondre à une menace inhabituelle et extraordinaire pour laquelle une urgence nationale a été décrétée aux fins de ce chapitre et ne peuvent être exercés à aucune autre fin.»).

En 1979, le président Carter a exercé le pouvoir qui lui était conféré par l'IEEPA contre l'Iran. Ainsi, le 14 novembre 1979, il a pris le décret présidentiel n° 12170 en vertu du pouvoir à lui conféré par les articles 1701 et suivants de l'IEEPA (titre 50 du code des Etats-Unis), en riposte à la prise par l'Iran de l'ambassade des Etats-Unis à Téhéran et à la crise des otages qui s'en est suivie. Dans le décret présidentiel n° 12170, il a déclaré :

«J'ordonne par les présentes le blocage de tous biens et droits afférents de l'Etat iranien, de ses établissements et des entités sous son contrôle, ainsi que de la banque centrale iranienne, qui sont ou deviennent soumis à la juridiction des Etats-Unis ou qui sont la propriété, deviennent la propriété, ou sont mis à la disposition, de personnes soumises à la juridiction des Etats-Unis» (décret présidentiel n° 12170, 44 Fed. Reg. 65,729 (14 novembre 1979)).

Le président a également donné instruction au secrétaire du trésor d'appliquer les dispositions du décret (*ibid.*).

En conséquence, le département du trésor, par le biais de l'OFAC, a émis la réglementation de contrôle des actifs iraniens (Iranian Assets Control Regulations, ci-après l'«IACR»), 45 Fed. Reg. 24,432, (9 avril 1980), inscrite au titre 31 du code des règlements fédéraux (C.F.R.), partie 535. L'article 535.201 de l'IACR prévoit en particulier :

«Aucun bien soumis à la juridiction des Etats-Unis, ou qui est détenu ou mis à la disposition de personnes soumises à la juridiction des Etats-Unis, sur lequel, à ou après la date d'entrée en vigueur, l'Iran possède un droit de quelque nature que ce soit, ne peut être transféré, payé, exporté, retiré, ou faire l'objet de toute autre opération, hormis dans les cas autorisés.» (Titre 31 du code des règlements fédéraux (C.F.R.), § 535.201.)

D'après le ministère de la justice, quelque 12 milliards de dollars appartenant à l'Etat iranien sous forme de dépôts bancaires, d'or ou d'autres valeurs ont été bloqués en application du décret présidentiel n° 12170 (déclaration de R. Richard Newcomb, directeur de l'OFAC [(«déclaration de Newcomb»), ¶ 9].

*67 En avril 1980, le président a pris le décret présidentiel n° 12205, interdisant certaines transactions financières spécifiques, ainsi que la vente, la fourniture ou le transfert, par des personnes soumises à la juridiction des Etats-Unis, de certains produits à l'Iran. Voir le décret présidentiel n° 12205, 45 Fed. Reg. 24099 (7 avril 1980) (modifié par le décret présidentiel n° 12211, 45 Fed. Reg. 26685 (17 avril 1980)).

Le 19 janvier 1981, les Etats-Unis et l'Iran, grâce aux bons offices du Gouvernement algérien, sont parvenus à une entente, communément appelée accords d'Alger, mettant fin à la crise. Par ces accords, les Etats-Unis acceptaient notamment «de rétablir dans la mesure du possible la position financière de l'Iran telle qu'elle était avant le 14 novembre 1979», et de «s'engager à garantir la mobilité et le libre transfert de tous les actifs iraniens sous leur juridiction». Déclaration du Gouvernement de la République démocratique et populaire d'Algérie, 19 janvier 1981, paragraphe A (déclaration de Newcomb., Exh. C).

En application des accords d'Alger, la majorité des actifs iraniens ont été débloqués. Les accords d'Alger, plusieurs décrets présidentiels et la réglementation de l'OFAC ont fixé les modalités de la mobilisation et du transfert de la majorité des actifs autrefois bloqués vers l'Iran vers des comptes séquestres afin de permettre le règlement des différends impliquant l'Iran, en vertu d'un

processus de règlement des différends prévu par les accords d'Alger («déclaration Newcomb» ¶ 12)³. L'un de ces décrets présidentiels était le décret n° 12282, intitulé «Révocation des interdictions de transactions avec l'Iran» (décret présidentiel 12282, 46 Fed. Reg. 7925 (19 janvier 1981)). Ce décret avait notamment pour effet de révoquer explicitement les décrets présidentiels n° 12205 et n° 12211, mais pas le décret présidentiel n° 12170, ni l'article 535.201 de l'IACR, dont les parties conviennent qu'ils n'ont jamais été expressément révoqués ni abrogés. Selon le ministère de la justice, l'article 535.201 de l'IACR demeure en vigueur pour deux raisons : 1) certains biens iraniens bloqués — appartenant pour l'essentiel aux autorités diplomatiques et consulaires — se trouvent toujours aux Etats-Unis, et sont soumis au décret de blocage et à l'IACR ; et 2) le processus de règlement des différends, dont est saisi le tribunal des réclamations Etats-Unis/Iran de La Haye établi en vertu des accords d'Alger, n'est pas achevé (déclaration Newcomb ¶ 13 & Exh. D (notant le rapport du département du trésor au Congrès, qui indique que 23,2 millions de dollars d'actifs iraniens bloqués, appartenant aux autorités diplomatiques et consulaires pour l'essentiel, se trouvent toujours aux Etats-Unis)).

Pour appliquer le décret présidentiel n° 12282, l'OFAC a abrogé certaines dispositions de l'IACR et promulgué une «licence générale», qui fait l'objet de l'article 535.579 du titre 31 du code des règlements fédéraux (C.F.R) autorisant certaines transactions avec l'Iran⁴. La licence générale prévoit ce qui suit :

«a) Les transactions concernant des biens sur lesquels l'Iran ou une entité iranienne possède des droits sont autorisées si :

- 1) le bien devient soumis à la juridiction des Etats-Unis ou est sous le contrôle ou en la possession de toute personne soumise à la juridiction des *68 Etats-Unis après le 19 janvier 1981, ou
- 2) les droits sur le bien de l'Iran ou d'une entité iranienne (par exemple des exportations expédiées vers l'Iran ou une entité iranienne) sont nés après le 19 janvier 1981» (titre 31 du code des règlements fédéraux § 535.579a)).

Selon le ministère de la justice, les transactions autorisées par cette licence générale n'étaient plus soumises à l'interdiction-blocage relevant de l'article 535.201 de l'IACR. De fait, le paragraphe c) de l'article 535.502 prévoit qu'une «licence autorisant une transaction autrement interdite en vertu de la présente partie a pour effet de lever une ou plusieurs interdictions imposées à la transaction par le sous-alinéa B.» (titre 31 du code des règlements fédéraux § 535.502(c)). Ainsi, la licence générale du paragraphe a) de l'article 535.579 supprimait l'interdiction prévue à l'article 535.201.

A partir d'octobre 1987, de nouveaux programmes de sanctions ont été appliqués à l'Iran. Le 29 octobre 1987, le président Reagan a pris le décret présidentiel n° 12613, en application de la loi sur la sécurité internationale et la coopération au développement (*International Security and Development Cooperation Act*, ci-après l'«ISDCA») (titre 22 du code des Etats-Unis § 2349aa-9, et titre 3 du code des Etats-Unis, titre 301), interdisant les importations de l'Iran, à quelques exceptions

³ Par exemple, les décrets présidentiels n° 12276 et n° 12277 ont ordonné la création des comptes séquestres et le transfert des actifs bloqués de l'Etat iranien vers les comptes séquestres (voir décret présidentiel n° 12276, 46 Fed. Reg. 7913 (19 janvier 1981) (intitulé «Direction Relating to Establishment of Escrow Accounts»); décret présidentiel n° 12277, 46 Fed. Reg. 7915 (19 janvier 1981) (intitulé «Direction to Transfer Iranian Government Assets»); voir aussi décret présidentiel n° 12278, 46 Fed. Reg. 7917 (19 janvier 1981) (intitulé «Direction to Transfer Iranian Government Assets Overseas»); décret présidentiel n° 12279, 46 Fed. Reg. 7919 (19 janvier 1981) (intitulé «Direction to Transfer Iranian Government Assets Held by Domestic Banks»); décret présidentiel n° 12280, 46 Fed. Reg. 7921 (19 janvier 1981) (intitulé «Direction to Transfer Iranian Government Financial Assets Held by Non-Banking Institutions»)).

⁴ L'OFAC définit une «licence générale» comme suit : «disposition réglementaire autorisant certaines transactions sans nécessiter le dépôt d'une demande d'autorisation auprès de l'OFAC» [U.S. Treasury Dep't. Foreign Assets Control Regulations for the Financial Community, 4 (27 décembre 2002)].

près. (Voir le décret présidentiel n° 12613, 52 Fed. Reg. 41940 (29 octobre 1987).) Le décret présidentiel n° 12613 précisait qu'il avait été promulgué uniquement en réponse à des circonstances survenues après la conclusion des accords d'Alger (décret présidentiel n° 12163 § 5). Conformément au décret présidentiel n° 12613, le 17 novembre 1987, l'OFAC a adopté la réglementation relative aux transactions avec l'Iran (*Iranian Transaction Regulations*, ci-après l'«ITR») (titre 31 du code des règlements fédéraux pt. 560, 52 Fed. Reg. 44076 (17 novembre 1987)). L'ITR interdisait notamment l'importation de biens et services d'Iran et l'exportation, la réexportation et la vente ou la fourniture de biens, de technologies ou de services à l'Iran. (Voir titre 31 du code des règlements fédéraux §§ 560.201; 560.204.)

Le 15 mars 1995, le président Clinton a pris le décret présidentiel n° 12957, décrétant une urgence nationale suite à des actions et politiques de l'Iran, et imposant de nouvelles sanctions contre ce pays, en s'appuyant notamment sur l'IEEPA (voir décret présidentiel n° 12957, 60 Fed. Reg. 14615 (15 mars 1995)). Ce décret interdisait notamment la passation ou l'exécution par une personne sous juridiction américaine de contrats liés au développement de ressources pétrolières situées en Iran ou le financement du développement de ressources pétrolières situées en Iran (*ibid.* § 1).

Le 6 mai 1995, le président Clinton a pris le décret présidentiel n° 12959 élargissant la portée des sanctions imposées par les décrets présidentiels n° 12613 et n° 12957, invoquant notamment l'autorité de l'IEEPA et de l'ISDCA. (Voir décret présidentiel n° 12959, 60 Fed. Reg. 24757 (6 mai 1995).) Le décret présidentiel n° 12959 précisait que ces mesures étaient prises uniquement en réponse à des circonstances survenues après la conclusion des accords d'Alger (*ibid.* § 7). Le décret présidentiel n° 12959 interdisait notamment les nouveaux investissements en Iran ou dans des biens possédés ou contrôlés par l'Etat iranien ; le commerce d'importation, d'exportation et de réexportation avec l'Iran, l'Etat iranien, ou toute entité possédée ou contrôlée par l'Etat iranien ; et le financement ou les transactions de courtage par une personne des Etats-Unis relativement à des biens ou des services d'origine iranienne, ou possédés ou contrôlés par l'Etat iranien (*ibid.* § 1).

Le 19 août 1997, le président Clinton a pris le décret présidentiel n° 13059 afin de clarifier et de regrouper les dispositions des décrets présidentiels n° 12613, n° 12957 et n° 12959, invoquant de nouveau l'autorité, notamment, de l'IEEPA et de l'ISDCA. (Voir décret présidentiel n° 13059, 62 Fed.Reg.44531 (19 août 1997).) Le décret présidentiel n° 13059 précisait que ces mesures étaient prises uniquement en réponse à des circonstances survenues après la conclusion des accords d'Alger (*ibid.* § 9). L'ITR a ensuite été modifiée pour rendre compte des interdictions plus larges imposées par les décrets présidentiels n° 12613, n° 12957, n° 12959 et n° 13059, relatives à l'Iran et frappant les biens, les technologies, les services et les transactions financières afférentes, ainsi que les nouveaux investissements (voir titre 31 du code des règlements fédéraux §§ 560.204-.208).

***69 D. Les banques et leurs comptes BNY**

Pour ce qui est des banques et de leurs comptes BNY, la banque Melli se présente comme une société iranienne fondée en 1927 et soumise au régime du droit bancaire iranien. Elle indique posséder plus de 2600 succursales en Iran, ainsi que des succursales, des bureaux de représentation et des filiales dans tout le Moyen-Orient, l'Europe, l'Asie et à New York. L'Etat iranien est l'actionnaire de la banque Melli, mais celle-ci affirme être dirigée et gérée comme une personne morale indépendante par son conseil d'administration, qui nomme ses dirigeants et supervise son fonctionnement et ses affaires. La banque Melli a un président, qui est aussi directeur général. Le directeur général ainsi que tous les administrateurs à l'exception d'un seul sont nommés à l'issue d'un processus qui s'achève par l'approbation de l'«assemblée générale des banques» d'Iran (déclaration sous serment de Gholamreza Rahi («déclaration Rahi») ¶ 7). La banque Melli indique en outre que l'essentiel de ses activités porte sur des prêts et investissements, des transactions associées à des lettres de crédit, des recouvrements de créances et des ordres de paiement. Aux Etats-Unis, toutefois, la banque Melli affirme exercer des activités à titre de bureau de représentation régi par la loi bancaire de l'Etat de New York, en ne menant que des activités de recherche sur les

questions bancaires et financières, les activités bancaires non commerciales, comme le fait d'accepter des dépôts et d'accorder des prêts. A cet égard, la banque Melli affirme que son compte BNY est «géré dans le cadre d'une licence délivrée par l'OFAC en 1996» et «est utilisé pour régler les frais de gestion» de son bureau de représentation à New York (*ibid.* ¶ 24 & Exh. K (copie de la licence)). La licence spécifique⁵ émise par l'OFAC notamment dans le cadre de l'IEEPA et de l'ISDCA et signée par le directeur M. Newcomb, le 29 mars 1996, autorise le bureau de représentation de la banque Melli «à mener des activités liées à la recherche aux Etats-Unis» et «à jouer un rôle d'intermédiaire avec les détenteurs aux Etats-Unis de comptes dans des banques correspondantes» (*ibid.* Exh. K). Les fonds soumis à restrictions ont été transférés par virement électronique sur le compte de la banque Melli le 25 novembre 2002 (*ibid.* ¶ 25).

S'agissant de la banque Saderat, elle a fourni des pièces relatives à une autre procédure fédérale portée devant le tribunal de district sud de Californie et sans rapport avec la présente instance, l'affaire *Flatow v. Islamic Republic of Iran*, n° 99-MC-250, se présentant comme une société iranienne fondée en 1952 et soumise au régime du droit bancaire iranien. D'après ces éléments, en 1999, la banque Saderat possédait plus de 3000 succursales en Iran, ainsi que des succursales au Moyen-Orient, en Europe et à New York. L'Etat iranien est l'actionnaire de la banque Saderat, mais celle-ci affirme que ses activités sont régies par un conseil d'administration, qui nomme ses dirigeants et supervise son fonctionnement et ses affaires. Son directeur général et ses administrateurs sont nommés par l'«assemblée générale des banques» [déclaration de Mohammedreza Moghadasi en janvier 2000, ¶12 (voir Letter Brief of Steven W. Kerekes, avocat de la banque Saderat, Exh. E)]. Les activités de la banque Saderat sont présentées comme consistant essentiellement en crédits, investissements, transactions liées aux lettres de crédit, recouvrements de créances et ordres de paiement. Aux Etats-Unis, toutefois, la banque Saderat joue le rôle de bureau de représentation sous le régime de la législation bancaire de l'Etat de New York, c'est-à-dire qu'elle n'assure pas d'activités de banque commerciale comme le fait d'accepter des dépôts et d'accorder des prêts, et fournit plutôt des informations sur ses services de banque internationale. Avant 1997, il semblerait qu'elle ait été titulaire d'une licence d'agence pour la succursale de *70 New York, ce qui lui permettait d'assurer des fonctions de banque commerciale. Quant au compte BNY, celui de la banque Saderat est aussi géré conformément à une licence spécifique qui lui a été délivrée le 29 mars 1996 par l'OFAC, similaire à la licence spécifique de la banque Melli. (Voir affidavit of Jeffrey A. Miller («déposition Miller»), Exh. L.)

S'agissant du compte BNY de la banque Sepah, il est également géré conformément à une licence spécifique qui lui a été délivrée le 29 mars 1996 par l'OFAC, similaire à celles des banques Melli et Saderat.

D'après l'OFAC, les banques sont soumises aux programmes de sanctions contre l'Iran évoqués précédemment. Comme l'explique l'OFAC — ce dont les parties ne disconviennent pas — quand le décret de blocage de novembre 1979 a été pris, «les banques opéraient comme des «agences» de leur maison-mère basée en Iran, dispensant des services à d'autres banques et à des entreprises, en particulier en matière de transactions commerciales» (déclaration Newcomb ¶ 25). Après le blocage de 1979, l'OFAC «a délivré aux banques des licences spécifiques les autorisant à dispenser des services très restreints, principalement limités au traitement des remises de fonds aux étudiants iraniens aux Etats-Unis» (*ibid.*). La conséquence en a été que

«[I]es comptes des banques qui existaient aux Etats-Unis avant le 19 janvier 1981 ont été exemptés, par une licence spécifique, des directives de mobilisation et de transferts de fonds prévues dans les accords d'Alger, des décrets présidentiels et de la réglementation de l'OFAC qui se seraient appliquées autrement.» (*Ibid.*)

⁵ L'OFAC définit une «licence spécifique» comme suit : «autorisation ponctuelle accordée par l'OFAC à une société ... spécifique lui permettant de mener une activité qui serait autrement interdite par l'embargo ou le programme de sanctions» [U.S. Treasury Dep't. Foreign Assets Control Regulations for the Financial Community, 4 (27 décembre 2002)].

Après les accords d'Alger du 18 janvier 1981, l'OFAC a abrogé certaines dispositions de l'IACR et promulgué la «licence générale» inscrite au titre 31 du code des règlements fédéraux § 535.579, qui levait l'interdiction visée à l'article 535.201. *Ibid.* ¶ 26 (citant le paragraphe *c*) de l'article 535.502 du titre 31 du code des règlements fédéraux, prévoyant qu'une «licence autorisant une transaction autrement interdite dans la présente partie a pour effet de lever une ou plusieurs interdictions imposées à la transaction par le sous-alinéa *B*»).

De plus, selon l'OFAC, après la promulgation des décrets présidentiels n° 12957 et n° 12959 respectivement en mars en mai 1995 comme évoqué précédemment, d'importantes restrictions ont limité les activités des trois banques. L'OFAC note qu'il a déterminé qu'elles étaient «la propriété ou sous le contrôle de l'Etat iranien» [*ibid.* ¶ 28 & Exh. F (citant la partie 560, App. A du titre 31 du code des règlements fédéraux)], ce qui signifie qu'elles devaient être soumises aux interdictions prévues aux articles 560.201 et 560.204 de l'ITR relatives à l'Iran frappant les biens, les technologies, les services et transactions financières associées et les nouveaux investissements. [*ibid.* (citant les articles 560.201 et 560.204 du titre 31 du code des règlements fédéraux)]. De plus, les banques américaines qui, comme BNY, tiennent des comptes au nom de l'Etat iranien ou d'entités contrôlées par l'Iran, comme les banques, nécessitent supposément «des licences spécifiques de l'OFAC pour pouvoir gérer activement ces comptes, sans se limiter au seul versement des intérêts sur ces comptes». (*Ibid.* (citant les articles 560.517, 560.319 et 560.320).)

L'OFAC affirme que les actifs des banques sur les comptes BNY ne sont pas des «actifs bloqués» en vertu de la TRIA. Comme l'explique l'OFAC :

«[L]es fonds tenus par des établissements bancaires américains, en l'espèce [par BNY], ne sont ni bloqués ni gelés. Il est important de noter que [les banques] ont le droit de clore leurs comptes en une seule fois et de se faire transférer ces fonds sous forme d'un montant forfaitaire. (Voir titre 31 du code des règlements fédéraux § 560.517(a)(3)). En revanche, dans un régime de blocage, ni le titulaire du compte, ni la banque qui tient le compte bloqué ne bénéficie d'une autorisation générale, telle que celle prévue à l'alinéa 3) du paragraphe *a*) de l'article 560.517 lui permettant de transférer ou d'effectuer quelque opération que ce soit sur ces actifs.

Les interdictions imposées par les articles 560.201 et 560.204 ont eu pour effet de placer les banques dans une situation telle qu'elles ne pouvaient pas effectuer d'opérations bancaires ni recevoir quelque type que ce soit de biens ou services d'une personne des Etats-Unis, mais les établissements de dépôt américains étaient autorisés à *71 tenir les comptes des banques et à verser des intérêts sur ceux-ci. (Voir alinéa 3) du paragraphe *a*) de l'article 560.517.) Or, le 13 juin 1995, l'OFAC a accordé aux banques des licences spécifiques les autorisant à payer des frais généraux et à remplir les obligations existant en date du 6 juin 1995 («licences 1995»). Les banques ont été autorisées à déposer des fonds et à recevoir des virements électroniques sur des comptes d'opérations spécifiques afin de remplir leurs obligations existant en date du 6 juin 1995, mais n'étaient par ailleurs pas autorisées à effectuer des opérations bancaires après le 6 juin 1995. Il ne leur était par exemple pas permis de traiter les remises de fonds aux étudiants.

Les banques avaient jusqu'en mars 1996 pour terminer les transactions relatives aux obligations antérieures à l'embargo très large sur les échanges imposé en mai-juin 1995. En mars 1996, l'OFAC a délivré aux banques une nouvelle série de licences spécifiques (les «licences 1996»). Avec les licences 1996, les comptes autorisés par les licences 1995 devaient être fermés, et de nouveaux comptes spécifiques pouvaient être ouverts pour permettre le paiement des salaires et des frais généraux. En vertu de ces licences, [les banques] n'avaient droit qu'à un éventail limité d'opérations, c'est-à-dire qu'elles pouvaient mener des activités de recherche et jouer le rôle d'intermédiaire avec les titulaires américains de comptes bancaires correspondants. En réalité, elles ne

pouvaient maintenir aux Etats-Unis qu'une présence minimale se limitant à des «bureaux de représentation». (Elles avaient indiqué à l'OFAC qu'elles redoutaient de perdre leur licence bancaire pour l'Etat de New York si elles étaient contraintes de clore totalement leurs opérations en application de l'ITR.)

Il se peut que, parmi les comptes ayant bénéficié d'une licence 1995, certains aient, à un moment donné, été soumis au décret présidentiel de blocage de 1979, mais les comptes ouverts par les banques iraniennes après le 19 janvier 1981 et les fonds crédités à leurs comptes après le 19 janvier 1981 n'étaient pas bloqués. (Voir article 535.579 du code des règlements fédéraux). En d'autres termes, les transactions relatives aux comptes des banques ou aux fonds étaient régies par [l'ITR], titre 31 du code des règlements fédéraux, partie 560, mais les comptes ou les fonds n'étaient ni saisis ni gelés. De fait, comme il a été noté, la licence générale établie au titre 31 de l'article 560.517 du code des règlements fédéraux autorise la fermeture des comptes à la demande de la partie du compte.» (Déclaration Newcomb ¶¶ 28-31 & Exhs. H et I (citations et numéros de paragraphes omis).)

II. Exposé des motifs

Les parties appellent la cour à déterminer, sur la base des éléments présentés, si la TRIA autorise les demandeurs à obtenir l'exécution du jugement rendu en leur faveur sur les comptes BNY des banques. Les demandeurs estiment qu'ils ont le droit de faire exécuter le jugement sur ces actifs en vertu de la TRIA parce que les comptes des banques renferment des «actifs bloqués» et que chacune de ces banques est un «établissement ou organisme» de l'Iran. Les banques ripostent que les actifs de leurs comptes BNY ne sont pas des «actifs bloqués» et que, quoi qu'il en soit, aucune des banques n'est un «établissement ou organisme» de l'Iran au sens de la TRIA. Le gouvernement appuie l'affirmation des banques selon laquelle les actifs en question ne sont pas des «actifs bloqués» au terme de la TRIA et, par conséquent, ne peuvent faire l'objet d'une saisie en application de la TRIA.

A. Actifs bloqués

Les parties ne contestent pas que les comptes BNY des banques soient couverts par la licence générale autorisant les transactions avec l'Iran en vertu de l'article 535.579 de l'IACR, puisque les actifs sont indiscutablement passés sous juridiction américaine après le 9 janvier 1981 et que les comptes sont autorisés par les licences spécifiques délivrées en mars 1996. En revanche, les parties sont en désaccord notamment sur ce que signifient des licences générales et spécifiques pour le statut des actifs renfermés dans les comptes des banques *72, à savoir sur la question de savoir s'il s'agit d'«actifs bloqués» aux fins de la TRIA.

Selon la partie demanderesse, tous les actifs iraniens qui sont passés sous juridiction américaine depuis le 14 novembre 1979 inclus sont des «actifs bloqués» et tous les actifs iraniens «sous réglementation» ou «sous licence» de l'OFAC en vertu de l'IEEPA sont des «actifs bloqués» au regard de la TRIA. Du point de vue de la partie demanderesse, bien que la plupart des actifs iraniens bloqués en 1979 aient été restitués à l'Iran à la suite des accords d'Alger en 1981,

«tous les actifs restants et tous les actifs qui, le cas échéant, sont passés sous juridiction américaine, demeurent «bloqués». L'utilisation de ces actifs par l'Iran est soumise à réglementation et autorisée par une ou plusieurs licences du trésor américain. Ces licences n'annulent pas le fait que les actifs sont bloqués, [elles] ne font que réglementer leur utilisation.» (Exposé des motifs juridiques complémentaires de la partie demanderesse-intimée («Motifs complémentaires demandeurs»), 2 ; *ibid.*, 8 («Les actifs demeurent bloqués ; l'Iran possède toujours le titre de propriété mais l'utilisation des

actifs est soumise à réglementation et autorisation de (l'article 535.579 de l'IACR.)) ; mémoire des demandeurs-intimés en réponse à la déclaration d'intérêt des Etats-Unis («mémoire réponse demandeurs»), 9 («[T]ous les actifs frappés d'un décret de blocage en application de l'IEEP sont «des actifs bloqués» au sens de la TRIA, qu'ils bénéficient ou non d'une licence» (soulignement omis)).

D'après la partie demanderesse, la licence générale annule l'«effet pratique» du décret présidentiel n° 12170 (à savoir le décret de blocage de 1979), mais pas l'«effet juridique» de ce décret, qui définit «le statut juridique des actifs iraniens aux Etats-Unis.» (Mémoire réponse demandeurs, 9 (soulignement omis).)

S'agissant de l'argument de la partie demanderesse selon lequel les actifs «sous réglementation» ou «sous licence» de l'OFAC, conformément à l'IEEPA, sont des «actifs bloqués», la partie demanderesse rappelle que l'ITR a été promulgué en partie dans le cadre de l'IEEPA ; que l'OFAC définit le «blocage» comme une forme de «contrôle» des actifs ; et qu'un «compte bloqué» est «un compte sur lequel ni les paiements, ni les transferts, ni les retraits, ni aucune autre opération ne peuvent être effectués hormis s'ils sont autorisés par une licence de l'OFAC». [«Exposé des motifs juridiques de la partie demanderesse-intimée conformément à l'article 5239 des Civil Practice Law and Rules (CPLR) («motifs demandeur»), 22-23 (citant Foreign Assets Control Regulations for the Financial Community du département du trésor des Etats-Unis, 4 (27 décembre 2002)). Il en résulte, suivant le raisonnement de la partie demanderesse, qu'un «compte «bloqué» est un compte soumis à réglementation par l'OFAC», et que les transferts, les retraits et les autres opérations sont effectués conformément à une licence de l'OFAC (*ibid.*, 23 (le soulignement est dans l'original))]. D'après les demandeurs, l'ITR n'a pas d'incidence sur le décret présidentiel n° 12170 (le décret de blocage de 1979) ni sur l'article 535.579 de l'IACR (licence générale), mais se contente de «limiter l'effet de la licence générale établie dans l'article 535.579, en créant un nouveau régime de réglementation des transactions. L'ITR fonctionne en parallèle des dispositions de l'IACR et n'a pas d'incidence sur celles-ci.» («Motifs complémentaires demandeurs», 8.)

La partie demanderesse affirme également que son interprétation de la TRIA est corroborée par le sous-alinéa A) de l'alinéa 1) du paragraphe f) de l'article 1610 de la FSIA. Cette disposition a été ajoutée à la FSIA en 1998 pour autoriser l'exécution d'un jugement prononcé contre un Etat terroriste par des mesures de saisie ou d'exécution sur «tout bien que ... les articles 202 et 203 de l'[IEEPA] ... soumet[tent] à une interdiction ou à une réglementation des transactions financières le concernant». Titre 28 du code des Etats-Unis, article 1610(f)(1)(A). Toutefois, au moment où cette disposition était ajoutée à la FSIA, le Congrès a autorisé le président le droit de déroger aux exigences de cette disposition ; le président a immédiatement accordé une telle dérogation au motif que cette disposition «entraverait la capacité du président à conduire sa politique étrangère dans l'intérêt de la sécurité nationale et, en particulier, qu'elle nuirait à l'efficacité de ces interdictions et de ces réglementations sur les transactions financières.» (Voir Presidential Determination n° 99-1, 63 Fed. Reg. 59201 (21 octobre 1998).) Le président a accordé une nouvelle dérogation le 28 octobre 2000 dans le cadre de la loi sur la protection des victimes de la traite et de la violence (*Trafficking and Violence Protection Act*) *73 de 2000. (Voir Presidential Determination no. 2001-03, 65 Fed. Reg. 66483 (28 octobre 2000).)

La banque Melli fait notamment observer que l'interdiction-blocage imposée par le décret présidentiel n° 12170 et par l'article 535.201 de l'IACR a été levée pour la plupart des actifs iraniens en application des accords d'Alger et de la réglementation de l'OFAC, notamment l'article 535.579 de l'IACR ; que le compte de la banque Melli n'a jamais été «bloqué» en application de l'IACR puisque ce compte n'a été ouvert qu'en 1996 et que les fonds frappés de restrictions n'étaient pas sur le compte avant novembre 2002 ; et que l'ITR, ne formant pas un programme de «blocage» comme l'IACR, elle n'a pas pour effet de «bloquer» ou de «geler» des actifs.

Le gouvernement ne souscrit pas aux arguments de la partie demanderesse et s'associe en grande partie à ceux de la banque Melli. Selon lui, les comptes ne renferment pas d'«actifs bloqués»

parce qu'ils ont été créés bien après le décret de blocage de 1979 (c'est-à-dire le décret présidentiel n° 12170) et longtemps après la levée, sous l'effet de la licence générale de l'article 535.579 de l'IACR, de l'effet de ce décret de blocage sur les fonds entrés aux Etats-Unis après le 19 janvier 1981 ; et les réglementations qui régissent la manière dont les banques gèrent leurs bureaux de représentation n'ont pas pour effet de geler ou de bloquer les actifs, mais autorisent expressément les banques à clore les comptes à la demande de leur titulaire. En outre, l'Etat récuse l'argument de la partie demanderesse selon lequel les actifs «sous réglementation» ou «sous licence» de l'OFAC en vertu de l'IEEPA seraient des «actifs bloqués» au sens de la définition de la TRIA, c'est-à-dire signifiait «saisis ou gelés».

La banque Saderat affirme aussi que son compte BNY ne contient pas d'«actifs bloqués», s'appuyant sur le fait qu'en février 2000, dans le cadre de l'affaire *Flatow*, une responsable conformité senior de l'OFAC avait indiqué n'avoir «pas connaissance d'actifs de la banque Saderat aux Etats-Unis qui soient actuellement traités par l'OFAC comme actifs bloqués en application du décret présidentiel n° 12170 (14 novembre 1979), ou de la réglementation de contrôle des actifs iraniens (IACR) figurant en partie 535 du titre 31 du code des règlements fédéraux» (déclaration de Lorraine B. Lawlor, responsable conformité sénior, OFAC, le 10 février 2000, ¶ 5 (voir Letter brief of Steven W. Kerekes, avocat de la banque Saderat, Exh. A)).

La banque Melli indique quant à elle que ses actifs à BNY sont expressément exclus de la définition des actifs bloqués figurant au sous-sous-alinéa i) du sous-alinéa B) de l'alinéa 2) du paragraphe d) de l'article 201 de la TRIA. Le sous-sous-alinéa i) du sous-alinéa B) de l'alinéa 2) du paragraphe d) de l'article 201 de la TRIA prévoit que le terme «actifs bloqués» ne comprend pas

«les biens soumis à une autorisation délivrée par le Gouvernement des Etats-Unis en vue de leur paiement, transfert ou cession définitifs par ou à une personne soumise à la juridiction des Etats-Unis, dans le cadre d'une transaction pour laquelle la délivrance de ladite autorisation est spécifiquement prévue par un autre texte législatif que l'*International Emergency Economic Powers Act* [loi sur les pouvoirs économiques en cas d'urgence internationale] (articles 1701 et suivants du titre 50 du code des Etats-Unis) ou l'*United Nations Participation Act of 1945* [loi de 1945 sur la participation aux Nations Unies] (articles 287 et suivants du titre 22 du code des Etats-Unis)» (TRIA § 201(d)(2)(B)(i), 116 Stat. 2339-40).

Selon la banque Melli, cette disposition exclut les actifs de son compte BNY, car ce compte fait l'objet d'une licence spécifique délivrée non seulement dans le cadre de l'IEEPA, mais aussi de l'ISDCA, à savoir une loi autre que l'IEEPA. En réponse, la partie demanderesse note que, étant donné que certains actifs objets d'une licence sont exclus de la définition d'«actifs bloqués» par le sous-sous-alinéa i) du sous-alinéa B) de l'alinéa 2) du paragraphe d) de l'article 201, tous les actifs objets d'une licence délivrée en application de l'IEEPA — ou même d'une autre loi — n'entrent pas dans le cadre de l'exclusion mais dans la catégorie des «actifs bloqués». De l'avis du gouvernement, le fait que le Congrès ait exclu certains biens bloqués dont le paiement ou le transfert finals ont été autorisés par licence *74 en application de lois autres que l'IEEPA ne signifie pas que tous les types de biens faisant l'objet d'une licence IEEPA soient des biens bloqués (déclaration d'intérêt des Etats-Unis, «déclaration gouvernement», 24).

Pour déterminer si les actifs des banques à BNY sont des «actifs bloqués», le tribunal se fonde sur le texte de la loi. (Voir *In re Edelman*, 295 F.3d 171, 177 (2d Cir.2000)). Il ressort que la TRIA définit un «actif bloqué» comme tout actif qui est «saisi ou gelé» par les Etats-Unis en vertu des articles 202 et 203 de l'IEEPA. On peut regretter que ces termes ne soient pas définis plus avant dans la TRIA. Les termes «saisis» et «gelés» ne figurent pas dans les articles 202 et 203 de l'IEEPA, articles 1701 et 1702 du titre 50 du code des Etats-Unis. Selon la partie demanderesse, le tribunal devrait donc fonder son interprétation sur les travaux préparatoires du texte législatif qui, selon elle, montrent que le terme «actifs bloqués» au sens de la TRIA est «un terme générique qui englobe tous les actifs iraniens qui ont été bloqués, gelés, saisis, frappés de restrictions ou de toute autre limitation

par une déclaration, une ordonnance, une réglementation ou une licence émise en application de l'IEEPA». (Motifs demandeurs, 21.) A l'appui de cette interprétation, la partie demanderesse invoque notamment les déclarations suivantes du sénateur Tom Harkin, co-auteur du titre II de la TRIA :

«[L]e terme «actifs bloqués» a été défini de façon très générale pour inclure tout actif d'une partie terroriste qui a été saisi ou gelé par les Etats-Unis en application de la loi. Cette définition couvre tout actif sur lequel les transactions financières sont interdites ou restreintes par le trésor américain en vertu d'un décret de blocage pris en application de la loi sur le commerce avec l'ennemi, de la loi sur les pouvoirs économiques en cas d'urgence internationale ou d'une proclamation, ordonnance, réglementation ou d'une licence quels qu'ils soient.» (Travaux et débats du Sénat, deuxième session du 107^e Congrès, 148 Cong. Rec. S11528, daily ed., 19 novembre 2002, déclaration du sénateur Harkin.)

Après examen, le tribunal rejette les arguments de la partie demanderesse selon lesquels tous les actifs iraniens qui sont passés sous juridiction des Etats-Unis après le décret de blocage de 1979 (à savoir le décret présidentiel n° 12170) sont des «actifs bloqués» au sens de la TRIA, et que le terme «actifs bloqués» inclut tous les actifs «sous réglementation» ou «sous licence» de l'OFAC en application de l'IEEPA. Bien que, comme les parties en conviennent, le décret présidentiel n° 12170 n'ait pas été révoqué, l'interdiction-blocage imposée par ce décret a été levée sur la majorité des actifs iraniens en application des accords d'Alger et des décrets présidentiels et réglementations de l'OFAC pertinentes, notamment l'article 535.579 de l'IACR, qui éliminait l'interdiction-blocage des biens passés sous juridiction des Etats-Unis après le 19 janvier 1981. Contrairement à ce que soutient la partie demanderesse, selon laquelle la licence générale ne faisait qu'autoriser l'utilisation des actifs en question sans pour autant changer leur statut, le paragraphe *c*) de l'article 535.502 dispose précisément que la licence «a pour effet de lever une interdiction», à savoir l'interdiction-blocage. (Voir paragraphe *c*) de l'article 535.502 de l'IACR (qui prévoit qu'une «licence autorisant une transaction autrement interdite en vertu de la présente partie a pour effet de lever une ou plusieurs interdictions imposées à la transaction par le sous-alinéa *B*)»). Ainsi, les actifs concernés par la licence générale qui sont passés sous juridiction des Etats-Unis après le 19 janvier 1981 ne sont pas nécessairement «bloqués». En fait, comme le fait observer le gouvernement, la licence générale autorise les banques à clore leurs comptes et à faire passer leurs actifs hors de la juridiction des Etats-Unis (voir titre 31 du code des règlements fédéraux § 560.517 (a)(3)).

En outre, le tribunal n'estime pas, comme la partie demanderesse, que le terme «actifs bloqués» tel qu'il est défini doive se comprendre comme un «terme générique» qui englobe tous les actifs iraniens «sous réglementation» ou «sous licence» de l'OFAC en vertu de *75 l'IEEPA. L'interprétation que la partie demanderesse voudrait faire du terme «actifs bloqués» fait fi de la limitation imposée par la définition elle-même. La TRIA limite la définition des «actifs bloqués» aux actifs qui sont «saisis ou gelés» par les Etats-Unis en application de lois spécifiques, parmi lesquelles l'IEEPA. L'IEEPA autorise le président à prendre différentes mesures concernant les biens sur lesquels un pays étranger ou une personne possède des droits, notamment «faire enquête, bloquer pendant la durée de l'enquête, restreindre, ordonner et contraindre, annuler, invalider, empêcher ou interdire.» (Voir titre 50 du code des Etats-Unis § 1702(a)(1)(B)). Même avant que la mention «bloquer pendant la durée de l'enquête» ne soit ajoutée à l'IEEPA dans la loi *USA Patriot Act*⁶, la Cour suprême reconnaissait que le président avait compétence pour prendre des décrets de blocage en application de l'IEEPA. (Voir *Dames & Moore v. Regan*, 453 U.S. 654, 673, 101 S.Ct. 2972, 69 L.Ed.2d 918 (1981) ; *Smith v. Federal Reserve The Bank of New York*, 346 F.3d 264, 268 n. 2 (2d Cir.2003)). Mais le terme «bloquer» n'est pas défini, pas plus que «saisir» ou «geler». En revanche, le «blocage» est défini par l'OFAC comme constituant un «gel» d'actifs imposant une «interdiction totale de transferts ou de transactions de toutes sortes portant sur le bien.» (U.S. Treasury Dep't, Foreign Assets Control Regulations for the Financial Community, 4 (27 décembre

⁶ Voir Pub. L No. 107-56, § 106, 115 Stat. 272, 277 (26 octobre 2001).

2002).) Et si ni les parties, ni le gouvernement n'invoquent une définition du terme «saisir» par l'OFAC, le deuxième circuit, dans son interprétation de la TRIA, observait récemment que «[s]aisir ou geler des actifs revient à transférer les droits de *possession* sur ce bien» (*Smith*, 346 F.3d, 272) (les italiques sont dans l'original). De même, tel qu'il est utilisé dans la loi, le mot «saisir», dans le contexte qui nous occupe, signifie «to forcibly take possession of property», en français «prendre possession, par voie d'autorité, ... d'un bien» (*Black's Law Dictionary* 1363 7th ed.1999). Comme tous les types d'actions autorisées par l'IEEPA n'impliquent pas nécessairement la saisie ou le gel d'un bien, il s'ensuit que toutes les actions portant sur des biens relevant de l'IEEPA, notamment des biens «sous réglementation» ou «sous licence», n'entraînent pas le «blocage» de ce bien en application de la TRIA. Comme il a été noté, le terme «bloqué» dans la TRIA se limite spécifiquement aux actifs «saisis ou gelés» — limitation que le tribunal ne saurait ignorer. (Voir *Smith*, 346 F.3d, 271-72, concluant que

«le terme «actifs bloqués» s'entend largement comme englobant tout bien saisi ou gelé par les Etats-Unis. Mais il ne va pas jusqu'à inclure les biens confisqués. Saisir ou geler un bien revient à transférer les droits de *possession* sur ce bien. Mais la confiscation, conformément au sous-sous-alinéa C) de l'alinéa 1) du paragraphe a) de l'article 203 de l'IEEPA (à savoir, le titre 50 du code des Etats-Unis § 1702(a)(1)(C)) consiste à transférer la *propriété* du bien d'un terroriste en conférant les droits, les titres et intérêts à la discrétion du président» (citation omise).)

De plus, c'est à tort que la partie demanderesse invoque le sous-sous-alinéa A) de l'alinéa 1) du paragraphe f) de l'article 1610 de la FSIA, car cette disposition contient une définition des actifs saisissables sensiblement différente de celle de la TRIA. Cette disposition, à la différence de celle de la TRIA, autorise clairement des mesures de saisie ou d'exécution sur un bien «sous réglementation» de l'IEEPA.

De plus, bien que, comme le rappelle la partie demanderesse, l'historique rédactionnel de la TRIA indique que le terme «actif bloqué» comprend tout actif «sous réglementation» du département du trésor, le texte de la loi, apparemment clair, ne peut autoriser cette interprétation large, ni imposer le recours à l'historique rédactionnel pour son interprétation. (Voir *West Virginia Univ. Hasps. Inc. v. Casey*, 499 U.S. 83, 98, 111 S.Ct. 1138, 113 L.Ed.2d 68 (1991) ; *In re Edelman*, 295 F.3d at 177.)

*76 Par conséquent, le tribunal rejette également l'interprétation de la partie demanderesse de l'exception du sous-sous-alinéa i) du sous-alinéa B) de l'alinéa 2) du paragraphe d) de l'article 201, car cette interprétation nécessiterait forcément une interprétation plus large de la notion d'«actifs bloqués» que celle présentée. Rien dans la TRIA n'indique, comme le soutient le gouvernement, que cette exception inclut dans la notion d'«actifs bloqués» toutes les transactions sous licence, même s'agissant de biens qui n'ont jamais été «saisis ou gelés».

La partie demanderesse a notifié au tribunal que récemment, le 11 juillet 2003, le Sénat avait voté une proposition de modification de la TRIA intitulée «Clarification de la notion d'actifs bloqués aux fins de la loi de 2002 sur l'assurance contre le risque terroriste». (149 Cong. Ree. S9256). (Voir Letter from Jeffrey A. Miller, Esq., avocat des demandeurs, datée du 30 juillet 2003.) Avec la modification proposée, un «actif bloqué» est défini comme incluant en outre «tout actif ou tout bien qui, à quelque égard que ce soit, est soumis à toute interdiction, restriction, réglementation ou licence en application du chapitre V du titre 31 du code des réglementations fédérales (y compris les parties 515, 535, 550, 560, 575, 595, 596 et 597 de ce titre) ainsi que tout actif ou tout bien appartenant à une partie terroriste». D'après les demandeurs, cette modification «clarifie» la signification existante du terme «actif bloqué». En réponse, la banque Melli conteste la signification de la modification proposée, soulignant notamment que la proposition reconnaît en réalité que, d'après la définition actuelle, les actifs «sous réglementation» ne sont pas équivalents à des «actifs bloqués», et appelant le tribunal à trancher la question en fonction de la loi telle qu'elle existe actuellement, et non pas d'une proposition. (Voir Letter from John D. Winter, Esq., avocat de la banque Melli, datée du 4 août 2003.)

Malgré les arguments de la partie demanderesse, cette modification proposée consisterait à ajouter des éléments à la définition actuelle et non simplement à la clarifier, car elle modifierait notablement les termes limitatifs contenus dans la loi actuelle. En outre, comme la banque Melli l'y appelle, le tribunal est tenu de trancher cette question sur la base de la loi dans sa rédaction actuelle et non en fonction d'une modification proposée. (Voir *Plaut v. Spendthrift Farm, Inc.*, 514 U.S. 211, 227, 115 S.Ct. 1447, 131 L.Ed.2d 328 (1985) ; *Walsche v. First Investors Corp.*, 981 F.2d 649, 653 (2d Cir.1992).)

B. Etablissement ou organisme

Le tribunal ayant conclu que les actifs en question des banques ne sont pas des «actifs bloqués» au regard de la TRIA, il n'y a pas lieu qu'il détermine si les banques sont des «établissements ou organismes» aux fins d'une saisie en application de la TRIA⁷.

III. Conclusion

Pour les motifs exposés ci-dessus, le tribunal conclut que les actifs des banques sur leurs comptes BNY ne sont pas saisissables en application de la TRIA. Le tribunal entrera en contact avec les parties au sujet de la signification d'une ordonnance à cet effet, notamment de dispositions sur la suspension dans l'attente de toute appel éventuel.

IL EN EST AINSI ORDONNÉ.

Toutes les références

299 F.Supp.2d 63

⁷ En outre, le tribunal ayant déterminé que les actifs en question des banques ne sont pas saisissables en vertu de la TRIA, le tribunal n'a pas à examiner l'argument supplémentaire de la banque Melli selon lequel le deuxième avis de mise sous main de justice est invalide, car il a été signifié en l'absence d'une ordonnance du tribunal.

ANNEXE 308

**WEINSTEIN V. ISLAMIC REPUBLIC OF IRAN, 609 F.3D 43, 54
(DEUXIÈME CIRCUIT, 2010)**

[Traduction]

609 F.3d 43

Cour d'appel fédérale du deuxième circuit

Susan WEINSTEIN en son nom propre, en qualité de coexécuteur testamentaire d'Ira William Weinstein et en qualité de tutrice naturelle du demandeur David Weinstein,

Jeffrey Miller en qualité de coexécuteur testamentaire d'Ira William Weinstein, Joseph Weinstein, Jennifer Weinstein Hazi & David Weinstein, Jennifer Weinstein Hazi, demandeurs-intimés,

The Bank of New York, demanderesse,

c.

République islamique d'Iran, ministère iranien du renseignement et de la sécurité, l'Ayatollah Ali Hoseini Khamenei, Ali Akbar Hashemi-Rafsanjani, Ali Fallahian-Khuzestani, défendeurs,

Bureau de représentation à New York de la banque Melli Iran, défendeurs-appelants,

Bureau de représentation à New York de la banque Saderat Iran, bureau de représentation à New York de la banque Sepah Iran, défendeurs* :

Numéro d'inscription au rôle : 09-3034-CV.

Audience : 17 février 2010.

Arrêt : 15 juin 2010.

Résumé

Rappel des faits : Après l'enregistrement du jugement par défaut n° 184 F. Supp.2d 13 prononcé en faveur de la succession et des ayants droit d'un citoyen américain tué dans un attentat terroriste en Israël, contre la République islamique d'Iran et d'autres défendeurs, en vertu de l'exception pour terrorisme à la loi sur l'immunité des Etats étrangers [*Foreign Sovereign Immunities Act*] (ci-après la «FSIA»), les demandeurs, créanciers du jugement, ont sollicité la nomination d'un administrateur, au titre de la loi fédérale et de la loi de l'Etat de New York, pour procéder à la vente d'un bien situé à New York, propriété d'une banque iranienne. La banque a déposé une requête en rejet de l'action. Le juge Leonard D. Wexler du tribunal fédéral du district est de l'Etat de New York, 624 F.Supp.2d 272, a accueilli la requête des créanciers et la banque a interjeté appel.

Conclusions : la cour d'appel, représentée par le juge Jed S. Rakoff, juge fédéral de district siégeant par désignation, a statué que :

- la Cour avait compétence pour connaître de la demande des créanciers du jugement ;
- la nomination d'un administrateur ne portait pas atteinte aux principes de la séparation des pouvoirs ;

- la nomination d'un administrateur n'enfreignait pas le traité d'amitié entre les Etats-Unis et l'Iran ;
- la saisie et la vente d'un bien appartenant à la banque ne constituait pas une expropriation au sens du cinquième amendement ou du traité d'amitié ; et
- la saisie et la vente d'un bien appartenant à la banque n'enfreignait pas l'accord entre les Etats-Unis et l'Iran ayant permis la libération des otages détenus en Iran.

Le jugement est confirmé.

Avocats et cabinets d'avocats

*46 Laina C. Lopez, Berliner, Corcoran & Rove, LLP, Washington DC (Thomas G. Corcoran, Jr, Berliner, Corcoran & Rove, LLP, Washington, DC, John N. Romans, cabinet d'avocats de John N. Romans Mamaroneck, NY, nommés dans le mémoire), pour le défendeur-appelant.

Robert J. Tolchin, Jaroslawicz & Jaros, New York, NY, pour le demandeur-intimé.

Juges KEARSE et HALL, juges de circuit, et Rakoff, juge de district.**

Exposé des motifs

M. RAKOFF, juge de district

Le 25 février 1996, Ira Weinstein, citoyen américain résidant dans l'Etat de New York, a été grièvement blessé dans un attentat-suicide à Jérusalem organisé par le groupe terroriste Hamas. Le 13 avril 1996, Ira Weinstein est mort de ces blessures. Voir *Weinstein v. Islamic Rep. Of Iran*, 184 F.Supp.2d 13, 16-17 (D.D.C.2002). Le 27 octobre 2000, sa veuve, un autre exécuteur testamentaire, et ses enfants ont intenté une action contre la République islamique d'Iran (l'«Iran»), le ministère iranien du renseignement et de la sécurité et trois hauts responsables iraniens, pour décès provoqué par un acte illicite et autres faits préjudiciables, accusant la partie défenderesse d'avoir apporté une aide financière importante aux attentats terroristes du Hamas (voir *ibid.*, p. 21-22). A l'issue de l'audience, à laquelle les défendeurs ne se sont pas présentés, le tribunal de district a déterminé que la partie demanderesse avait établi sa «demande ou son droit d'obtenir réparation au moyen d'éléments jugés satisfaisants par le Tribunal», (titre 28 du code des Etats-Unis § 1608 e)), et a prononcé par défaut un jugement accordant aux demandeurs une réparation d'environ 183 200 000 dollars (voir *ibid.*, p. 16, 22-26).

Les demandeurs ont enregistré le jugement auprès du tribunal fédéral du district est de l'Etat de New York le 8 octobre 2002 et adressé à BNY un avis d'injonction de communiquer sur les créances judiciaires (*information subpoena*), ce qui, à terme, a conduit à désigner la banque Melli Iran («banque Melli»), défendeur, comme étant un possible établissement de l'Etat iranien (voir *Weinstein v. Islamic Rep. Of Iran*, 299 F.Supp.2d 63, 64-65 (E.D.N.Y. 2004)). Le tribunal fédéral de district a établi qu'il n'était pas nécessaire de déterminer si la banque Melli était un «établissement ou un organisme» de l'Iran aux fins de la loi de 2002 sur l'assurance contre les risques associés au terrorisme [*Terrorism Risk Insurance Act*] (ci-après la «TRIA»), car il a déterminé que les comptes de la banque Melli auprès de The Bank of New York n'étaient pas susceptibles de saisie (*ibid.*, p. 74-76). Toutefois, le 31 octobre 2007, l'un des demandeurs et créanciers du jugement, Jennifer Weinstein Hazi («Hazi») a déposé une demande dans le cadre de la procédure du district est pour obtenir la nomination d'un administrateur judiciaire (en application de la règle n° 69 des règles fédérales de procédure civile [Federal Rules of Civil Procedure] et de l'article 5228 a) des lois et règlements de l'Etat de New York en matière de pratique civile [New York Civil Practice Law and

Rules], pour procéder à la vente d'un bien immobilier situé à Forest Hills (Queens) propriété du défendeur, la banque Melli, dont le demandeur demandait la saisie et la vente en exécution partielle du jugement obtenu contre les défendeurs. Hazi estimait que le bien immobilier de Forest Hills était maintenant susceptible de saisie en application du paragraphe *a*) de l'article 201 de la TRIA (Pub.L. No. 107-297, 116 Stat. 2322, 2337, inscrit dans le code en note à l'article 1610 du titre 28 du code des Etats-Unis) car, le 25 octobre 2007, la banque Melli avait été désignée par le bureau de contrôle des actifs étrangers [Office of Foreign Assets Control] (ci-après l'«OFAC») du département du trésor des Etats-Unis comme étant un «agent de prolifération d'armes de destruction massive» et ses actifs *47 avaient été gelés (voir décret présidentiel n° 13382, 70 Fed Reg 38, 567 (28 juin 2005))¹.

Le 21 février 2008, la banque Melli a déposé une requête en rejet de la procédure qui la visait et demandé la suspension de la nomination d'un administrateur judiciaire dans l'attente de la décision sur sa requête en rejet de la demande. Dans sa requête, la banque Melli notait notamment que la saisie et la vente du bien immobilier sis à Forest Hills constitueraient une violation du traité d'amitié entre les Etats-Unis et l'Iran, qu'elles représenteraient une expropriation ne servant pas un objectif public et non accompagnée d'une juste indemnisation, en violation des clauses relatives à l'expropriation du cinquième amendement de la Constitution des Etats-Unis et de l'alinéa 2 de l'article IV du traité d'amitié, et que le blocage de ses actifs violait les accords d'Alger, la saisie et la vente constituant ainsi une violation supplémentaire des accords. Le 5 juin 2009, après avoir reçu les arguments de Hazi et de la banque Melli², le tribunal fédéral de district (juge Wexler) a rejeté la requête en rejet de la procédure de la banque Melli et accueilli la demande de nomination d'un administrateur judiciaire soumise par Hazi, ordonnant toutefois de sursoir à la procédure en attendant l'issue de l'action en appel.

EXPOSÉ DES MOTIFS

A. Compétence

Dans cette procédure en appel, la banque Melli affirme pour la première fois que le tribunal fédéral de district n'avait pas la compétence accessoire requise pour se prononcer sur la demande de nomination d'un administrateur soumise par Hazi. D'après la banque Melli, la requête de Hazi n'était pas une simple procédure de recouvrement des actifs d'un débiteur, mais «un différend distinct avec une nouvelle partie tierce visant à lui transférer la responsabilité», voir *Epperson v. Entm't Express, Inc.*, 242 F.3d 100, 106 (2d Cir.2001) ; voir aussi *Peacock v. Thomas*, 516 U.S. 349, 357, 116 S.Ct. 862, 133 L.Ed.2d 817 (1996)], pour lequel le paragraphe *a*) de l'article 201 de la TRIA ne fournissait pas une source de compétence indépendante. Bien qu'elle n'ait pas été examinée par le tribunal inférieur, la question de la compétence *ratione materiae* peut être soulevée à tout moment (*Grupo Dataflux v. Atlas Global Group, L.P.*, 541 U.S. 567, 576, 124 S.Ct. 1920, 158 L.Ed.2d 866 (2004) ; *Cave v. E. Meadow Union Free Sch. Dist.*, 514 F.3d 240, 250 (2d Cir.2008)), et la Cour doit par conséquent se prononcer sur ce point préliminaire³.

¹ Le décret présidentiel n° 13382 a été pris par le président en application de la loi sur les pouvoirs économiques en cas d'urgence internationale (titre 50 du code des Etats-Unis §§ 1701, 1702) et prévoyait que tous les biens et droits afférents situés aux Etats-Unis appartenant à des personnes ou des entités figurant sur la liste jointe au décret ou inscrits sur cette liste ultérieurement «sont bloqués et ne peuvent faire l'objet d'aucun transfert, paiement, exportation, retrait ou autre opération que ce soit» (décret présidentiel n° 13382, 70 Fed.Reg. 38,567 (28 juin 2005)). La banque Melli a été ajoutée à la liste le 25 octobre 2007.

² Bien que le tribunal fédéral de district ait également invité les Etats-Unis à soumettre leurs conclusions concernant les questions de cette espèce, ceux-ci n'ont pas souhaité le faire.

³ Toutefois, le tribunal fédéral de district a invoqué, à d'autres fins, la décision d'un tribunal de niveau inférieur qui portait également sur la question de la compétence. Voir *Weininger v. Castro*, 462 F.Supp.2d 457, 490 (S.D.N.Y.2006) (concluant que la TRIA «fourmit [une] base indépendante de compétence *ratione materiae* dans cette procédure d'exécution contre ces entités [étrangères souveraines]).

La FSIA (titre 28 du code des Etats-Unis, § 1602 et suiv.) établit la base exclusive de compétence *ratione materiae* pour toutes les actions civiles contre des Etats étrangers défendeurs ; par conséquent, pour qu'une juridiction exerce sa compétence *ratione materiae* à l'égard d'un défendeur, l'action doit relever d'une des exceptions à l'immunité des Etats étrangers prévues par la FSIA (voir par exemple *Saudi Arabia v. Nelson*, 507 U.S. 349, 351, 113 S.Ct. 1471, 123 L.Ed.2d 47 (1993) ; *Argentine Rep. v. Amerada Hess Shipping Corp.*, 488 U.S. 428, 434-35, 109 S.Ct. 683, 102 L.Ed.2d 818 (1989) ; *48 *Verlinden B.V. v. Cent. Bank of Nig.*, 461 U.S. 480, 493, 103 S.Ct. 1962, 76 L.Ed.2d 81 (1983)). Dans l'action sous-jacente qui a donné lieu au jugement pour lequel le demandeur cherche maintenant à obtenir le versement des sommes adjudgées, le tribunal fédéral de district a exercé sa compétence *ratione materiae* à l'égard de l'Iran et des autres défendeurs en application de l'alinéa 7 du paragraphe a) de l'article 1605 du titre 28 du code des Etats-Unis, qui supprime l'immunité pour les Etats étrangers officiellement désignés comme Etats soutenant le terrorisme par le département d'Etat lorsque l'Etat étranger commet un acte terroriste ou apporte un appui matériel à la commission d'un acte terroriste et que l'acte en question entraîne un préjudice corporel subi par un citoyen américain ou son décès⁴ (voir *Weinstein*, 184 F.Supp.2d, 20-21). Quand une telle exception s'applique, «la responsabilité de l'Etat étranger est engagée de la même manière et dans la même mesure que celle d'un particulier qui se trouverait dans la même situation» (titre 28 du code des Etats-Unis § 1606 ; voir aussi *Verlinden*, 461 U.S., 488-89, 103 S.Ct. 1962).

La banque Melli n'était pas elle-même défenderesse dans l'action sous-jacente. Toutefois, la FSIA contient un article distinct, l'article 1609, qui dispose que, lorsqu'une décision de justice valide a été prononcée contre un Etat étranger, les biens dudit Etat ne sont pas susceptibles de saisie et de mesures d'exécution *sauf* dans les cas prévus aux articles suivants, à savoir les articles 1610 et 1611, titre 28 du code des Etats-Unis, article 1609. Le paragraphe a) de l'article 201 de la TRIA, codifié en note à l'article 1610 de la FSIA, prévoit ce qui suit :

«Nonobstant toute autre disposition de la loi, mais sous réserve du paragraphe b), dans tous les cas où il est fait droit à la demande formée contre une partie terroriste et fondée sur un acte de terrorisme, ou pour laquelle la partie terroriste est privée de l'immunité par application de l'alinéa 7) du paragraphe a) de l'article 1605 du titre 28 du code des Etats-Unis, les actifs bloqués de cette partie terroriste (*y compris ceux de tout établissement ou organisme de celle-ci*) sont saisissables en exécution dudit jugement à concurrence des dommages-intérêts compensatoires au paiement desquels ladite partie terroriste aura été condamnée.» (TRIA § 201(a), 116 Stat., 2337 (les italiques sont de nous).)

Il n'est contesté par aucune des parties que tous les éléments du paragraphe a) de l'article 201 sont réunis ici. L'Iran, ayant été désigné comme partie terroriste au titre du paragraphe j) de l'article 6 de la loi de 1979 sur la gestion des exportations [*Export Administration Act*] (50 U.S.C. App. § 2405(j)) à compter du 19 janvier 1984 (voir *Weinstein*, 184 F.Supp.2d, 20), est par conséquent une «partie terroriste» au sens de l'alinéa 4 du paragraphe d) de l'article 201 de la TRIA (116 Stat., 2340). Le tribunal fédéral de district qui a jugé l'action sous-jacente s'est déclaré compétent en application de l'alinéa 7) du paragraphe a) de l'article 1605 du titre 28 du code des Etats-Unis, et l'Iran n'avait pas droit à l'immunité de juridiction dans la procédure initiale (voir *ibid.*, 20-21). Les actifs de la banque Melli ont été «bloqués» à compter d'octobre 2007, désignés comme tels en application du décret présidentiel n° 13382 et des articles 1701 et 1702 du titre 50 du code des Etats-Unis. Enfin, la banque Melli reconnaît être un organisme de l'Iran.

⁴ En 2008, le Congrès a abrogé l'alinéa 7 du paragraphe a) de l'article 1605 et adopté un nouvel article spécifiquement consacré à l'exception à l'immunité de juridiction des Etats étrangers en cas de terrorisme (voir Pub.L. 110-181, Div. A, § 1803, 28 janvier 2008, 122 Stat. 341 (abrogeant la disposition 1605(a)(7) du titre 28 du code des Etats-Unis et adoptant la disposition 1605A du titre 28 du code des Etats-Unis). Aux fins de la présente espèce, l'article 1605A prévoit les mêmes exceptions à l'immunité des Etats étrangers que l'article abrogé.

Toutefois, la banque Melli fait valoir que les termes de la TRIA cités ci-dessus ne constituent pas une base de compétence indépendante à l'égard d'un organisme d'Etat étranger lorsque cet organisme n'était pas lui-même partie à l'action en responsabilité délictuelle initiale ayant donné lieu à la condamnation que le demandeur cherche maintenant à faire exécuter. Selon la banque Melli, le paragraphe *a*) de l'article 201 de la TRIA fournit uniquement un motif supplémentaire pour lever l'immunité de saisie sur une partie condamnée par un jugement exécutoire, mais ne donne pas compétence *49 à un tribunal pour autoriser la saisie de biens d'une partie qui n'était pas elle-même visée par le jugement initial.

Pour nouveau qu'il soit⁵, l'argument de Melli est contredit en termes clairs par le paragraphe *a*) de l'article 201 ainsi qu'au vu de ses travaux préparatoires et de son objet. Le paragraphe *a*) de l'article 201 dispose clairement que «dans tous les cas où il est fait droit à la demande formée contre une partie terroriste ..., les actifs bloqués de cette partie terroriste (*y compris* ceux de tout établissement ou organisme de celle-ci) sont saisissables en exécution dudit jugement» (TRIA § 201(a), 116 Stat., 2337 (les italiques sont de nous)). Si l'on suivait l'interprétation de la banque Melli, le contenu de la parenthèse du paragraphe *a*) de l'article 201 de la TRIA, qui autorise la saisie de fonds appartenant à des établissements ou à des organismes, deviendrait superflu puisque l'établissement ou l'organisme aurait été lui-même une «partie terroriste» visée par le jugement sous-jacent (voir par exemple *Corley v. United States*, 556 U.S. 303, --, 129 S.Ct. 1558, 1566, 173 L.Ed.2d 443 (2009) («une loi doit être interprétée de manière à donner effet à toutes ses dispositions, afin qu'aucun de ses éléments ne soit inopérant, superflu, vide de sens ou inutile»)) (citant *Hibbs v. Winn*, 542 U.S. 88, 101, 124 S.Ct. 2276, 159 L.Ed.2d 172 (2004))). En revanche, cette loi fait une différence claire entre la partie visée par le jugement sous-jacent lui-même, qui peut être n'importe quelle partie terroriste (ici l'Iran) et les parties dont les actifs bloqués sont susceptibles d'être soumis à une procédure d'exécution et de saisie, parties qui peuvent être non seulement la partie terroriste, mais aussi «tout établissement ou organisme de cette partie terroriste». Si cette disposition ne revenait pas à établir indépendamment la compétence des tribunaux à l'égard des établissements et organismes, la parenthèse serait sans objet.

Bien que, comme le fait observer la banque Melli, le paragraphe *a*) de l'article 201 de la TRIA ait été codifié sous forme de note à l'article 1610 plutôt que dans les articles de la FSIA plus directement consacrés aux exceptions à l'immunité de juridiction, il ne saurait être fait abstraction de cette disposition, formulée clairement, du simple fait de son insertion dans la structure de la loi. Voir *Padilla v. Rumsfeld*, 352 F.3d 695, 721 (2d Cir.2003) («aucun principe reconnu d'interprétation des textes législatifs n'autorise que le «placement» supplante le texte, en particulier lorsque, comme c'est le cas ici, le texte est clair et notre lecture est pleinement corroborée par les travaux préparatoires»), *décision annulée pour d'autres motifs par Rumsfeld v. Padilla*, 542 U.S. 426, 124 S.Ct. 2711, 159 L.Ed.2d 513 (2004) ; voir aussi *Fla. Dep't of Revenue v. Piccadilly Cafeterias, Inc.*, 554 U.S. 33, 128 S.Ct. 2326, 2336, 171 L.Ed.2d 203 (2008) (notant que la manière dont une disposition législative est insérée dans un article particulier «ne saurait prendre le pas sur le dispositif»). C'est d'autant plus vrai ici, où le dispositif est introduit par l'expression «[n]onobstant toute autre disposition de la loi», qui indique sans ambiguïté que la portée de l'article s'étend à tous les cas).

Tout doute quant au sens d'une loi «est généralement levé «dès lors que le libellé est dénué d'ambiguïté et que la structure de la loi est logique et cohérente» (*Barnhart v. Sigmon Coal Co.*, 534 U.S. 438, 450, 122 S.Ct. 941, 151 L.Ed.2d 908 (2002) (citant *Robinson v. Shell Oil Co.*, 519 U.S. 337, 340, 117 S.Ct. 843, 136 L.Ed.2d 808 (1997) (autres guillemets internes omis *50)) ; voir aussi *Universal Church v. Geltzer*, 463 F.3d 218, 223 (2d Cir.2006)). Mais même si, ce qui n'est pas le cas, il existait une ambiguïté dans le cas présent, l'examen des travaux préparatoires conduirait à

⁵ A ce jour, aucune juridiction d'appel ne s'est prononcée sur cette question, mais plusieurs tribunaux fédéraux de district ont statué que la TRIA confère une compétence *ratione materiae* à l'égard des procédures d'exécution et de saisie contre des parties condamnées dans un jugement sous-jacent. Voir par exemple *Weininger*, 462 F.Supp.2d, 477-89 ; *Rubin v. Islamic Rep. of Iran*, 456 F.Supp.2d 228 (D.Mass.2006).

trancher en faveur de la partie demanderesse. Selon les termes du sénateur Harkin, l'un des rédacteurs de la TRIA :

«L'objet du titre II est de traiter globalement le problème de l'exécution des décisions de justice prononcées en faveur de victimes du terrorisme dans n'importe quelles juridictions américaines en leur permettant d'assurer l'exécution de ces décisions au moyen des actifs gelés de parties terroristes... Le titre II a pour effet de priver un Etat terroriste de son immunité d'exécution ou de saisie-exécution en faisant en sorte que les actifs bloqués de cet Etat terroriste, y compris ceux de ses établissements et organismes, soient susceptibles de saisie ou de mesures d'exécution d'un jugement prononcé contre lui. Ainsi, aux fins de l'exécution d'une décision de justice prononcée contre un Etat terroriste, le titre II ne reconnaît aucune distinction juridique entre un Etat terroriste et ses établissements ou organismes.» 148 Cong. Ree. SI 1524, SI 1528 (19 novembre 2002) (déclaration du sénateur Harkin).

Le sénateur Harkin a poursuivi en affirmant que la TRIA «établit une fois pour toutes que de tels jugements doivent être exécutés en utilisant tous les actifs disponibles aux Etats-Unis, et que le pouvoir exécutif n'est pas autorisé par les textes à s'opposer à une telle exécution par voie judiciaire habituelle, sauf dans les cas expressément prévus dans cette loi». *Ibid.*

Par conséquent, selon nous, il ne fait pas de doute que le paragraphe *a*) de l'article 201 de la TRIA confère aux tribunaux une compétence *ratione materiae* à l'égard des procédures d'exécution et de saisie après jugements portant sur les biens détenus par un établissement du débiteur condamné, même si l'établissement lui-même n'est pas nommément désigné dans le jugement.

B. Constitutionnalité de la TRIA

Le jugement sous-jacent dont le demandeur cherche à obtenir l'exécution a été prononcé en février 2002, mais la TRIA n'a été promulguée qu'en novembre 2002 et la banque Melli n'a été désignée «agent de prolifération d'armes de destruction massive» qu'en 2007. Dans un autre argument qui n'avait pas été soulevé avant la procédure en appel, la banque Melli soutient que la TRIA, ainsi qu'elle est appliquée ici, est inconstitutionnelle parce qu'elle «nécessite la réouverture d'un jugement final, en violation de la séparation des pouvoirs énoncée dans l'article III de la Constitution des Etats-Unis». Donc, pour éviter tout problème constitutionnel, la banque Melli invite la Cour à lire la TRIA comme ne s'appliquant, de manière prospective, qu'aux décisions qui sont devenues finales après l'entrée en vigueur de la TRIA, et donc à ne pas l'appliquer ici.

Bien que la partie demanderesse note, non sans raison, que ce point d'ordre constitutionnel ne peut être invoqué puisqu'il n'a pas été soulevé devant le tribunal inférieur, l'argument de l'empiètement d'un acte législatif sur les pouvoirs des tribunaux est le type d'argument qui peut être considéré ici, même s'il l'est pour la première fois. Voir *Freytag v. Comm'r*, 501 U.S. 868, 879, 111 S.Ct. 2631, 115 L.Ed.2d 764 (1991) (rejetant la renonciation et considérant l'argument constitutionnel en raison du «grand intérêt qu'a le pouvoir judiciaire fédéral à préserver la structure constitutionnelle de la séparation des pouvoirs») (guillemets intérieurs omis).

L'argument constitutionnel de la banque Melli s'inspire fortement de l'affaire *Plaut v. Spendthrift Farm, Inc.*, 514 U.S. 211, 115 S.Ct. 1447, 131 L.Ed.2d 328 (1995) dans laquelle la Cour suprême avait statué qu'un article de la loi de 1934 sur les marchés financiers [*Securities Exchange Act*] portait atteinte à la séparation des pouvoirs en contraignant rétroactivement des tribunaux fédéraux à rouvrir des procès ayant déjà donné lieu à un jugement définitif en lesquels des requêtes avaient été rejetées comme étant hors délai. Voir *ibid.*, 219, 115 S.Ct. 1447. «[U]n acte législatif à effet rétroactif qui décide de sa propre application *51 dans une affaire qui a fait l'objet d'un jugement final ... équivaut ni plus ni moins à «bafouer le principe de l'autorité de la chose jugée,

dans une affaire spécifique» [et par là] outrepassa les pouvoirs du Congrès.» (*Ibid.*, 225, 115 S.Ct. 1447, citant *The Federalist* No. 81, 545 (J. Cooke, ed., 1961).)

Dans le cas présent, toutefois, la décision de 2002 n'est nullement contredite par la saisie du bien de la banque Melli en application de la TRIA. La décision elle-même n'est en fait pas affectée. La TRIA a eu pour effet de revenir sur l'interprétation de la Cour suprême dans l'affaire *First Nat'l City Bank v. Banco Para El Comercio Exterior de Cuba*, 462 U.S. 611, 627-28, 103 S.Ct. 2591, 77 L.Ed.2d 46 (1983) («*Bancec*») selon laquelle «les agences dûment établies d'un Etat étranger sont présumées posséder une personnalité juridique indépendante» (*ibid.*, 627, 103 S.Ct. 2591.). Cette présomption avait trait à l'applicabilité des décisions de justice aux établissements appartenant à des Etats, mais elle n'avait rien à voir avec le prononcé du jugement lui-même. De plus, même dans l'affaire *Bancec*, la présomption a pu être surmontée (*ibid.*, 629). La TRIA n'avait donc pour effet que de faciliter l'exécution d'une décision de justice contre une partie tierce affiliée. Rien dans la décision elle-même n'a été modifié, et il n'a nullement été porté atteinte à la séparation des pouvoirs⁶.

La banque Melli prétend également que, tels qu'ils sont appliqués ici, les pouvoirs délégués au département du trésor pour déterminer quelles entités verraient leurs actifs «bloqués» reviennent à confier de manière inconstitutionnelle «le pouvoir de réviser des décisions des tribunaux relevant de l'article III à des responsables du pouvoir exécutif» (*Plaut*, 514 U.S., 218, 115 S.Ct. 1447 ; voir *Hayburn's Case*, 2 U.S. 408, 2 Dall. 409, 1 L.Ed. 436 (1792)). Or, dans le cas qui nous occupe, il est clair qu'aucun responsable du pouvoir exécutif n'a un droit de regard direct sur la décision du tribunal de district concernant la saisie et les mesures d'exécution sur des actifs en application de la TRIA. L'OFAC n'a fait que déterminer, en s'appuyant sur des faits avérés, que la banque Melli était un agent de prolifération d'armes de destruction massive, en conséquence de quoi les actifs de la banque Melli ont été «bloqués». En agissant ainsi, l'OFAC n'a nullement révisé ni modifié le jugement par défaut rendu initialement.

En outre, en se fondant sur les conclusions de l'OFAC pour exercer sa compétence *ratione materiae*, le tribunal de district n'a en rien enfreint le principe de la séparation des pouvoirs. Dans l'affaire *Jones v. United States* (137 U.S. 202, 11 S.Ct. 80, 34 L.Ed. 691 (1890)), la Cour suprême avait statué que le tribunal de district avait compétence *ratione materiae* dans une affaire de meurtre parce que les faits s'étaient déroulés sur une île et que le département d'Etat avait estimé que ce territoire «relevait des Etats-Unis» (*ibid.*, 224, 11 S.Ct. 80). Dans cette affaire, l'exercice de la compétence *ratione materiae* fondée sur les conclusions émanant du pouvoir exécutif n'avait pas outrepassé les limites fixées dans l'article III. De même, dans l'affaire *Matimak Trading Co. v. Khalily*, 118 F.3d 76, 83-84 (2d Cir.1997), dont la décision avait été en partie annulée pour d'autres motifs dans le procès *JPMorgan Chase Bank v. Traffic Stream (BVI) Infrastructure Ltd.* (536 U.S. 88, 122 S.Ct. 2054, 153 L.Ed.2d 95 (2002)), la Cour avait statué que les règles de compétence à l'égard des Etats étrangers et de leurs ressortissants pouvaient dépendre de la question de savoir si le pouvoir exécutif avait considéré qu'une entité étrangère donnée était un *52 «Etat» et, l'entité étrangère en question n'ayant pas été reconnue comme un Etat, la compétence était considérée comme non établie.

Il est vrai que, dans l'affaire *Rein* (162 F.3d, 763), la Cour avait soulevé, dans un *obiter dictum*, la question de savoir si, après l'entrée en vigueur de la FSIA, la désignation d'un Etat étranger comme Etat soutenant le terrorisme par une autre entité que le Congrès pouvait poser un problème au regard de la séparation des pouvoirs. Plus précisément, dans l'affaire *Rein*, nous avons rejeté l'argument avancé par la Libye selon lequel la désignation, par le département d'Etat, de la Libye comme Etat

⁶ Il convient de noter que Jennifer Hazi souhaite obtenir la saisie du bien en exécution partielle de la seule portion du jugement sous-jacent concernant des dommages-intérêts en sa faveur. Voir *Rein v. Socialist People's Libyan Arab Jamahiriya*, 162 F.3d 748, 762 (2d Cir.1998) («Lorsqu'une loi rétroactive relève du droit civil et non du droit pénal, c'est uniquement s'ils sont *punitifs* que l'imposition de dommages-intérêts peut, dans certaines circonstances, soulever un problème de constitutionnalité.»). Sur un total de 183 200 000 dollars, seuls 33 200 000 dollars correspondent à des dommages-intérêts compensatoires, dont 5 000 000 dollars ont été attribués à Jennifer Hazi (*Weinstein*, 184 F.Supp.2d, 22-25).

soutenant le terrorisme portait atteinte au principe de la séparation des pouvoirs, puisque la Libye avait déjà été qualifiée en tant que telle depuis l'adjonction de l'alinéa 7) du paragraphe a) de l'article 1605 à la FSIA ; nous avons tout de même cherché à déterminer si la question de la délégation «aurait une tournure différente si un autre Etat étranger — qui n'aurait pas été désigné comme Etat soutenant le terrorisme au moment de l'adoption de l'alinéa 7) du paragraphe a) de l'article 1605 — était inscrit sur cette liste par le département d'Etat et, se voyant assigné en justice devant un tribunal fédéral, invoquait la même défense que celle que la Libye prétend utiliser dans cette espèce» (162 F.3d, 764 ; voir aussi *Miller v. FCC*, 66 F.3d 1140, 1144 (11th Cir.1995) (notant que le Congrès ne peut déléguer les pouvoirs d'aucun organe fédéral en vue «de priver les tribunaux des Etats et les tribunaux fédéraux de district de leur compétence *ratione materiae*»); *United States v. Mitchell*, 18 F.3d 1355, 1360 n. 7 (7th Cir.1994) (émettant des doutes sur la possibilité pour le Congrès de déléguer à un organe ou une commission son contrôle sur la compétence des tribunaux fédéraux)).

En fait, la question que soulève maintenant la banque Melli est du même ordre, quoique moins directement, que celle qui était restée sans réponse dans l'affaire *Rein*. Comme la Libye, l'Iran était déjà considéré comme un Etat soutenant le terrorisme lorsque la disposition pertinente de la FSIA a été appliquée pour le priver de l'immunité souveraine d'Etat devant le tribunal fédéral de district. Cependant, ici, la compétence du tribunal fédéral de district à l'égard d'une procédure visant à saisir les actifs de la banque Melli dépendait, du moins en partie, de la détermination ultérieure de l'OFAC selon laquelle la banque Melli était un agent de prolifération d'armes de destruction massive. Compte tenu uniquement de la variante du point évoqué dans l'*obiter dictum* de l'affaire *Rein*, nous estimons que le Congrès, en établissant la compétence *ratione materiae* à l'égard des procédures de saisie et d'exécution fondées en partie sur la détermination par l'OFAC des actifs bloqués, n'a pas opéré une délégation inconstitutionnelle de son autorité au pouvoir exécutif.

La TRIA reconnaît la compétence en matière d'exécution et de saisie en vue de l'exécution d'un jugement lorsque cette compétence existait déjà en vertu de la FSIA (laquelle n'est pas contestée ici) dès lors que certains éléments réglementaires sont réunis. Le fait que la satisfaction d'un de ces éléments — à savoir le fait que les actifs de la banque Melli aient été bloqués — repose sur la détermination factuelle, émanant d'une branche du gouvernement, selon laquelle la banque Melli finançait des activités terroristes ne signifie pas, en soi, que le Congrès ait délégué son autorité sur la compétence *ratione materiae* des tribunaux, dépassant en cela les limites fixées par l'article III. La TRIA délègue uniquement à une branche de l'exécutif le pouvoir d'établir les faits permettant d'établir en partie la compétence (voir par exemple *Owens v. Rep. of Sudan*, 531 F.3d 884, 891 (D.C.Cir.2008) (rejetant l'argument du Soudan selon lequel la FSIA aboutit à déléguer la compétence *ratione materiae* au pouvoir exécutif, en violation de la Constitution, car la FSIA habilite uniquement à établir les faits permettant d'établir partiellement la compétence)). Cette détermination des faits, de plus, est particulièrement du ressort de l'exécutif, fait que le Congrès lui-même a reconnu implicitement en adoptant la TRIA.

En résumé, aucun des arguments de constitutionnalité tardivement avancés par la banque Melli ne convainc la Cour que l'application de la TRIA ait été en quoi que soit inappropriée dans cette affaire.

C. TRIA et traité d'amitié

Passons maintenant aux arguments que la banque Melli a présentés devant le tribunal de district, dont le premier concerne le traité *53 d'amitié («le traité») signé en 1955 par les Etats-Unis et l'Iran (alors gouverné par le chah), entré en application en 1957, et toujours en vigueur (traité d'amitié, de commerce et de droits consulaires (U.S.-Iran, 15 août 1955, 8 U.S.T. 899)). Le paragraphe 1) de l'article III du traité prévoit que «[l]e statut juridique des sociétés constituées sous le régime des lois et règlements de l'une des Hautes Parties contractantes applicables en la matière sera reconnu dans les territoires de l'autre Haute Partie contractante» (*ibid.*, art. III.1). Le

paragraphe 2 de l'article IV précise que «[l]a protection et la sécurité des biens appartenant aux ressortissants et aux sociétés de l'une des Hautes Parties contractantes, y compris les participations dans des biens, seront assurées de la manière la plus constante dans les territoires de l'autre Haute Partie contractante, et ne seront inférieures en aucun cas aux normes fixées par le droit international» (*ibid.*, art. IV.2).

La banque Melli prétend que ces dispositions, considérées conjointement, signifient que les sociétés iraniennes doivent être traitées comme des entités distinctes et indépendantes de l'Etat dont elles dépendent. Cela est incorrect. Comme l'a noté le tribunal de district, la disposition clé, le paragraphe 1) de l'article III, est «en substance identique» à une disposition contenue dans un certain nombre de traités d'amitié, de commerce et de navigation («ACN») négociés par les Etats-Unis au lendemain de la seconde guerre mondiale. Dans l'affaire *Sumitomo Shoji America, Inc. v. Avagliano* (457 U.S. 176, 102 S.Ct. 2374, 72 L.Ed.2d 765 (1982)), la Cour suprême a considéré que ces dispositions sont conçues non pour reconnaître un statut juridique distinct aux établissements de l'Etat souverain, mais simplement «pour conférer aux sociétés de chacun des signataires du traité un statut légal sur le territoire de l'autre partie et de leur permettre de mener des activités dans l'autre pays dans des conditions comparables à celles des entreprises nationales» (*ibid.*, 185-86).

La banque Melli prétend que l'arrêt *Sumitomo* s'intéresse uniquement à l'élément de la disposition du traité ACN entre les Etats-Unis et le Japon qui précise qu'une société «constituée sous le régime des lois et règlements applicables dans le territoire d'une partie sera considérée comme une société de ce pays» mais reste muet sur le reste de la disposition, à savoir «et leur statut juridique sera reconnu dans les territoires de l'autre partie». S'il est vrai que la Cour a centré son analyse sur l'expression «sera considérée comme une société de ce pays», elle a poursuivi en précisant que l'intention qui motive les traités ACN en général est simplement d'accorder un statut juridique aux sociétés de chacun des pays signataires dans le territoire de l'autre, plaçant ainsi les sociétés étrangères sur un pied d'égalité avec les sociétés nationales (457 U.S., 185-86, 102 S.Ct. 2374). Il n'existe donc pas de conflit entre la TRIA et le traité.

De plus, même si l'on supposait, pour les besoins de l'argumentation, qu'un conflit existât entre ces deux textes, la TRIA devrait être considérée comme l'emportant sur cette partie du traité. Bien qu'«un traité ne sera pas considéré comme abrogé ou modifié par une loi adoptée ultérieurement sauf si le Congrès a clairement indiqué que telle était son intention» (*Trans World Airlines, Inc. v. Franklin Mint Corp.*, 466 U.S. 243, 252, 104 S.Ct. 1776, 80 L.Ed.2d 273 (1984) (citant *Cook v. United States*, 288 U.S. 102, 120, 53 S.Ct. 305, 77 L.Ed. 641 (1933))), le paragraphe a) de l'article 201 de la TRIA précise explicitement qu'il autorise la saisie des actifs des établissements d'un Etat étranger en vue d'exécuter un jugement lié au terrorisme condamnant l'Etat étranger en question, «[n]onobstant toute autre disposition de la loi» (les italiques sont de nous) (voir *Cisneros v. Alpine Ridge Group*, 508 U.S. 10, 18, 113 S.Ct. 1898, 123 L.Ed.2d 572 (1993) (notant que les cours d'appel ont régulièrement interprété de telles dispositions introduites par «nonobstant» comme «prenant le pas sur toutes les autres lois»); voir aussi *Ministry of Defense and Support for the Armed Forces of the Islamic Rep. of Iran v. Elahi*, 556 U.S. 366, 129 S.Ct. 1732, 173 L.Ed.2d 511 (2009); *54 *Hill v. Rep. of Iraq*, No. 99 CV 03346TP, 2003 WL 21057173, *2, 2003 U.S. Dist. LEXIS 3725, *10-11 (D.D.C., 11 mars 2003) (considérant que la «disposition introduite par nonobstant» est «dénuée d'ambiguïté et l'emporte sur toutes les lois antérieures»)).

D. Clause relative aux expropriations

Dans les arguments qui suivent, soulevés devant le tribunal inférieur, la banque Melli soutient que la saisie en question en l'espèce constitue en soi une expropriation d'un bien physique ne servant pas une cause d'utilité publique et non accompagnée d'une juste indemnité, et que pour cette raison elle porte atteinte au cinquième amendement de la Constitution des Etats-Unis, ainsi qu'au paragraphe 2 de l'article IV du traité d'amitié (voir U.S. Const., amend. V («nulle propriété privée ne pourra être expropriée dans l'intérêt public sans une juste indemnité»); paragraphe 2 de

l'article IV du traité (les biens de sociétés iraniennes «ne pourront être expropriés que pour cause d'utilité publique et moyennant le paiement rapide d'une juste indemnité»)).

Cet argument est dénué de tout fondement. La banque Melli a été inscrite sur la liste de l'OFAC pour s'être livrée à des actes illicites de soutien du terrorisme. Ce faisant, elle ne pouvait ignorer qu'en vertu de la TRIA, adoptée cinq ans auparavant, ces actes pouvaient conduire à sa désignation et au blocage de ses actifs en application de la TRIA, ce qui pouvait ensuite les rendre susceptibles de saisie (voir *Paradissiotis v. United States*, 304 F.3d 1271, 1275-76 (Fed.Cir.2002) (rejetant une demande fondée sur la clause relative aux expropriations, selon laquelle le gel par l'OFAC des options sur titres du demandeur, qui ont fini par perdre toute valeur, constituait une expropriation sans juste compensation) ; voir aussi *Branch v. United States*, 69 F.3d 1571, 1576 (Fed.Cir.1995) (notant que la saisie d'actifs pour compenser une dette fiscale ou payer une amende civile ne constituait pas une expropriation)).

Dans la présente procédure, où le jugement en cause contre l'Iran n'a pas été contesté, la saisie des biens de la banque Melli en sa qualité d'organisme iranien et en exécution du jugement en cause ne constitue pas une «expropriation» au sens de la clause relative aux expropriations. (Voir *Branch*, 69 F.3d, 1577 (notant l'absence de «tout principe légal en matière d'expropriation selon lequel l'imputation de la responsabilité est considérée en soi comme une expropriation pour toute partie se trouvant dans l'impossibilité de payer»)). En revanche, le propre rôle joué par la banque Melli dans le financement d'armes de destruction massive a engagé sa responsabilité au regard de décisions de justice prononcées antérieurement contre l'Iran. Voir par exemple *Meriden Trust and Safe Deposit Co. v. FDIC*, 62 F.3d 449,455 (2d Cir.1995) (citant plusieurs décisions selon lesquelles la confiscation de biens en conséquence d'actes commis volontairement ne saurait constituer une «expropriation»).

Comme l'a noté la Cour suprême, la clause relative aux expropriations a pour objet «d'empêcher que la puissance publique «ne contraigne certains individus à supporter seuls des fardeaux publics qui, en toute équité et en toute justice, devraient être supportés par l'ensemble du public»» (*Enters. v. Apfel*, 524 U.S. 498, 522, 118 S.Ct. 2131, 141 L.Ed.2d 451 (1998) (citant *Armstrong v. United States*, 364 U.S. 40, 49, 80 S.Ct. 1563, 4 L.Ed.2d 1554 (1960))). Dans la présente affaire, où les actifs de la banque Melli sont susceptibles de saisie en exécution d'une décision de justice prononcée contre l'Etat étranger dont elle ressort, la finalité sous-jacente de la clause relative aux expropriations n'est nullement contrariée par la saisie des actifs de la banque Melli.

Enfin, la banque Melli n'avance aucun argument démontrant que la disposition du traité d'amitié relative aux expropriations conduirait à une analyse différente (cf. *Kahn Lucas Lancaster v. Lark Int'l*, 186 F.3d 210, 215 (2d Cir.1999) (les traités sont envisagés de manière assez semblable aux lois et les interprétations des tribunaux fédéraux de district peuvent faire l'objet d'examen *de novo*)).

E. Accords d'Alger

Dans les derniers arguments qu'elle a soulevés devant le tribunal inférieur, la banque Melli a soutenu que la saisie *55 en question en l'espèce constituait une violation des accords dits d'Alger («les accords»). En 1980, les Etats-Unis et l'Iran, sous l'égide du Gouvernement algérien, ont conclu ces accords pour régler un certain nombre de différends entre les deux pays, en particulier des problèmes nés de la crise des otages survenue le 4 novembre 1979 à Téhéran, lorsque le Gouvernement iranien a pris d'assaut l'ambassade des Etats-Unis et pris en otage 52 citoyens

américains⁷. Auparavant, en réponse à la crise des otages, le président Carter avait pris le décret présidentiel n° 12170, ordonnant «le blocage de tous biens et droits afférents de l'Etat iranien, de ses établissements et des entités sous son contrôle, ainsi que de la banque centrale iranienne, se trouvant actuellement ou à l'avenir sous juridiction américaine...» (décret présidentiel n° 12170, 44 Fed.Reg. 65,729 (14 novembre 1979)). Par ces accords, les Etats-Unis acceptaient notamment de «rétablir dans la mesure du possible la position financière de l'Iran telle qu'elle était avant le 14 novembre 1979» et de «s'engager à garantir la mobilité et le libre transfert de tous les actifs iraniens sous leur juridiction» (20 I.L.M., 224). Les Etats-Unis s'engageaient également, à quelques exceptions près, à «organiser, sous réserve des dispositions légales américaines applicables avant le 14 novembre 1979, le transfert à l'Iran de tous les biens iraniens qui sont situés aux Etats-Unis et à l'étranger.» *Ibid.*, 227.

La banque Melli soutient que, puisque les obligations imposées aux Etats-Unis par les accords sont toujours en vigueur et qu'elle était le propriétaire du bien immobilier de Forest Hills en question avant le 14 novembre 1979 (ce qui signifie qu'il était un actif bloqué en vertu du décret présidentiel n° 12170), ce bien est soumis à ces accords toujours en vigueur et, par conséquent, le «blocage» des actifs décrété ultérieurement en application du décret présidentiel n° 13382 violait les accords.

Cet argument confond l'obligation pour les Etats-Unis de débloquent les actifs qui avaient été bloqués sur la base de violations perpétrées avant les accords avec les blocages postérieurs aux accords, résultant de violations perpétrées après les accords. Comme l'a noté le tribunal fédéral de district dans une décision antérieure, après la signature des accords entre les Etats-Unis et l'Iran, la plupart des actifs iraniens ont été débloquent automatiquement. Voir *Weinstein*, 299 F.Supp.2d, 67-68. Le bien de Forest Hills n'étant plus bloqué après les accords, la banque Melli a pu jouir de tous les droits de propriété, notamment celui de vendre, jusqu'à ce que le bien soit bloqué le 25 octobre 2007. Bien que la banque Melli affirme que les accords n'étaient assortis d'aucune date d'expiration, et donc que les obligations des Etats-Unis sont toujours en vigueur, rien dans les accords n'interdit aux Etats-Unis de bloquer des actifs iraniens en riposte à des faits survenus postérieurement et sans rapport avec la crise des otages. D'ailleurs, après les accords, les Etats-Unis ont mis en œuvre plusieurs programmes de sanctions contre l'Iran qui ont eu pour effet de limiter la mobilité de biens iraniens. Voir, par exemple, le décret présidentiel n° 12613, 52 Fed.Reg. 41940 (29 octobre 1987), interdisant certaines importations iraniennes, en application de l'article 301 du titre 3 du code des Etats-Unis, à l'article 505 de la loi de 1985 sur la sécurité internationale et la coopération au développement [*International Security and Development Cooperation Act*] et de l'article 2349aa-9 du titre 22 du code des Etats-Unis ; voir aussi *Weinstein*, 299 F.Supp.2d, 58 (recensant les décrets présidentiels imposant des sanctions *56 frappant des biens propriété de l'Iran ou sous contrôle de l'Iran).

L'affaire *Roeder v. Islamic Rep. of Iran*, 333 F.3d 228 (D.C.Cir.2003), sur laquelle la banque Melli s'appuie abondamment, ne lui est pas d'un plus grand secours. Dans *Roeder*, le tribunal fédéral de circuit du district de Columbia a statué que, malgré la modification apportée par le Congrès à la FSIA précisément dans le but de priver l'Iran de son immunité dans cette affaire particulière, il y avait tout de même lieu de rejeter l'action des demandeurs parce qu'elle concernait des événements liés à la crise des otages du 4 novembre 1979 et que les accords «exclu[ai]ent l'ouverture de poursuites contre l'Iran pour toute demande actuelle ou future ... présentée par un ressortissant des Etats-Unis en conséquence» de la capture et de la détention des 52 citoyens américains (*ibid.*, 236 (guillemets internes omis)). Le tribunal a conclu que cette modification de la FSIA ne concernait en rien les accords et, compte tenu de l'exclusion expresse de telles actions dans les accords, s'est refusé à interpréter la modification de la FSIA, bien qu'elle ait été adoptée précisément pour permettre aux

⁷ L'accord se compose principalement de deux documents : la déclaration du Gouvernement de la République démocratique et populaire d'Algérie (19 janvier 1981) et la déclaration du Gouvernement de la République démocratique et populaire d'Algérie concernant le règlement de demandes des Etats-Unis d'Amérique et du Gouvernement de la République islamique d'Iran (19 janvier 1981) (réimpression en 20 I.L.M. 223 (1981) ; 81 Dep't of State Bull. No.2047, février 1981, 1. Voir *Iran Aircraft Industries v. Avco Corp.*, 980 F.2d 141, 143 (2d Cir.1992).

demandeurs de faire valoir leurs droits, comme annulant ou modifiant cet accord sans une déclaration expresse à cet effet du Congrès (*ibid.*, 237-38). Si les accords excluent toute poursuite en liaison avec la crise des otages, leur libellé ne suggère en rien que les actifs iraniens soient à l'abri de tout blocage pour l'éternité. Le blocage des actifs ordonné par le président Carter par son décret présidentiel était lié aux événements particuliers de novembre 1979, et les accords ont débloquent ces actifs. Comme rien dans les accords ne suggère que les Etats-Unis ont l'obligation illimitée de veiller à ce que les actifs iraniens ne soient jamais saisis en conséquence d'événements sans rapport avec la crise des otages, il est simplement faux de prétendre, comme le fait la banque Melli, que le blocage de ses actifs et leur saisie subséquente violeraient les accords.

CONCLUSION

La Cour a considéré les autres arguments de la banque Melli et les a jugés infondés. Par conséquent, pour les raisons qui précèdent, la Cour confirme la décision du tribunal de district, faisant droit à la requête de la partie demanderesse de désigner un administrateur pour saisir les biens de la banque Melli, en exécution partielle du jugement prononcé contre l'Iran et rejette la requête en rejet de l'action de la banque Melli.

Toutes citations

609 F.3d 43

* Instruction est donnée au greffier de la cour de modifier le nom de l'affaire officiel afin de l'harmoniser avec la liste des parties ci-dessus.

** Le juge Jed S. Rakoff, juge fédéral du district sud de l'Etat de New York, siégeant par désignation.

ANNEXE 310

**BENNETT V. ISLAMIC REPUBLIC OF IRAN, 604 F.SUPP.2D 152
(DISTRICT DE COLUMBIA, 2009)**

[Traduction]

**604 F.Supp.2d 152
Tribunal fédéral du district de Columbia**

Michael Bennet et Linda Bennett, en leur nom propre et en qualité de coexécuteurs testamentaires de Marla Ann Bennett, partie demanderesse,

c.

République islamique d'Iran, et al., partie défenderesse.

No. 03-CV-1486 (RCL).

31 mars 2009.

Résumé

Rappel des faits : Après le prononcé du jugement par défaut 507 F.Supp.2d 117 dans une action engagée en vertu de l'exception à la loi sur l'immunité des Etats étrangers [*Foreign Sovereign Immunities Act*] (ci-après la «FSIA») en cas d'actes de terrorisme parrainés par les Etats, dans laquelle la République islamique d'Iran et son ministère du renseignement et de la sécurité (MOIS) étaient accusés d'avoir apporté un soutien matériel à des terroristes responsables d'un attentat à la bombe dans une université en Israël, provoquant la mort d'une citoyenne américaine, les Etats-Unis ont déposé une requête en annulation de cinq mandats de saisie conservatoire [*writs of attachment*] délivrés contre des biens appartenant à l'Etat iranien.

Décisions : Le tribunal fédéral de district, représenté par son président Royce C. Lamberth, a statué ce qui suit :

- les biens immobiliers anciennement dévolus aux services diplomatiques de la République islamique d'Iran jouissent de l'immunité de saisie conservatoire, et
- les Etats-Unis ont qualité pour demander l'annulation des mandats de saisie conservatoire.

Requête accordée.

Avocats et cabinets d'avocats

*154 Ronald Alvin Karp, Karp, Frosh, Lapidus, Wigodsky & Norwind, P.A., Rockville, MD, Thomas Fortune Fay, Washington, DC, pour la partie demanderesse.

JUGEMENT (MEMORANDUM OPINION)

Président Royce C. LAMBERTH.

Les Etats-Unis ont introduit une requête en annulation de cinq mandats de saisie conservatoire délivrés contre des biens immobiliers appartenant à la République islamique d'Iran (pièce n° 34). Ces biens se composent principalement d'un complexe immobilier qui abritait l'ambassade d'Iran à Washington, D.C., l'ancienne résidence de l'ambassadeur, l'ancienne chancellerie de l'ambassade d'Iran, ainsi qu'une résidence diplomatique séparée et deux parkings¹. La partie demanderesse a obtenu les mandats de saisie conservatoire sur ces biens appartenant à l'Iran en vue de l'exécution d'un jugement rendu en sa faveur en application de l'alinéa 7 du paragraphe a) de l'article 1605 du titre 28 du code des Etats-Unis (voir pièces n°s 20 à 22). Pour les raisons exposées ici, le tribunal fait droit à la demande d'annulation des mandats de saisie conservatoire formée par les Etats-Unis.

Rappel des faits et historique de la procédure

Marla Ann Bennett, citoyenne américaine résidente de l'Etat de Californie, avait tout juste vingt-quatre ans lorsqu'elle a été assassinée par des terroristes. Elle a trouvé la mort après que des agents du Hamas ont fait exploser une bombe dans la cafétéria de l'Université hébraïque de Jérusalem en juillet 2002. Cherchant à obtenir réparation de leur préjudice, les parents de Marla ont engagé des poursuites civiles contre l'Iran et son ministère du renseignement et de la sécurité (MOIS) sur la base de l'alinéa 7 du paragraphe a) de l'article 1605. Les Bennett ont démontré, au moyen d'éléments de preuve qui ont satisfait le tribunal (voir paragraphe e) de l'article 1608), que l'Iran et le MOIS avaient apporté un soutien matériel au Hamas au service d'objectifs terroristes (voir *Bennett v. Islamic Republic of Iran*, 507 F.Supp.2d 117 (D.D.C.2007) (Lamberth, J.)). Le procès, remporté par les demandeurs, s'est soldé par une condamnation de l'Iran à payer plus de 12 millions de dollars. A cette date, cette somme n'a pas été versée.

Pour pouvoir faire exécuter le jugement obtenu contre l'Iran, les demandeurs ont obtenu les mandats de saisie conservatoire des biens en question. Mais en raison de la manière dont les demandeurs ont procédé pour la saisie conservatoire de ces anciens biens diplomatiques, l'historique procédural de cette affaire est pour le moins étrange et tortueux. Contrairement à la procédure habituelle de délivrance des mandats de saisie conservatoire, dans *155 laquelle la requête est traitée directement par le bureau du greffe conformément aux procédures établies de longue date par le tribunal de céans, l'avocat de la partie demanderesse a déposé une requête distincte dans laquelle il demandait au juge d'ordonner spécifiquement au greffier du tribunal de délivrer les cinq mandats (voir pièce n° 22). L'avocat de la partie demanderesse a ensuite soumis un mémoire additionnel pour accompagner la requête de mandats de saisie conservatoire (voir pièce n° 24). Dans ce mémoire, il observait que, dans l'affaire *Flatow v. Islamic Republic of Iran*, le juge avait annulé cinq mandats de saisie conservatoire visant certains des mêmes biens immobiliers (voir pièce n° 24, p. 2 (citant 76 F.Supp.2d 16 (D.D.C.1999) (Lamberth, J.)))². Toutefois, affirmait l'avocat, tant les faits pertinents

¹ Les cinq biens en question sont situés aux adresses suivantes : 3003 Massachusetts Avenue, NW ; 3005 Massachusetts Avenue, NW ; 3410 Garfield Street, NW ; Lot 8, Square 2145, NW ; et Lot 0820, Square 2145, NW (voir pièce n°s 26-31). Ces cinq biens sont décrits de manière assez détaillée dans la déposition écrite de M. Claude Nebel datée du 11 juillet 2008 (voir pièce n° 34 Exh. 1). A la date de cette déclaration, M. Nebel était vice-secrétaire d'Etat adjoint à la sécurité diplomatique et directeur adjoint du bureau des missions étrangères au département d'Etat. Les Etats-Unis se sont appuyés sur la déclaration de M. Nebel pour soutenir leur requête en annulation des cinq mandats de saisie conservatoire. La déclaration précisait : le bien situé au 3003 Massachusetts Avenue, NW, était la résidence de l'ambassadeur d'Iran. Le 3500 Massachusetts Avenue, NW, abritait la chancellerie de l'ambassade. Le 3410 Garfield Street, NW, était utilisé comme résidence diplomatique de l'ambassade. Les biens correspondant au lot 8, Square 2145, NW, et au lot 0820, Square 2145, NW, faisaient partie du complexe immobilier de l'ambassade et servaient essentiellement de parkings à l'ambassade. L'Iran est propriétaire de tous les biens en question, l'Etat iranien en ayant fait l'acquisition, pour l'essentiel, en 1959.

² La décision dans l'affaire *Flatow* concernait trois des biens en question aujourd'hui : le 3003 Massachusetts Avenue, NW, le 3005 Massachusetts Avenue, NW, et le 3410 Garfield Street, NW, ainsi qu'un autre bien appartenant à l'Iran, situé 2954 Upton Street, NW (voir 76 F.Supp.2d, 19, n. 3). Exactement quatre ans plus tard, ce juge a de nouveau annulé des mandats de saisie conservatoire portant sur les mêmes biens et produit une brève opinion sur la question, non publiée à ce jour (voir *Elahi v. Islamic Republic of Iran*, 99-cv-02802 (D.D.C.2003) (Lamberth, J.)).

que le droit applicable avaient changé depuis la décision de l'affaire *Flatow* et dans la situation nouvelle, les biens iraniens de Washington ne jouissaient plus de l'immunité de saisie (*ibid.*, 2-7).

Au moment du dépôt du mémoire additionnel, les Etats-Unis n'avaient pas encore comparu dans cette action, et n'avaient, bien sûr, pas encore introduit leur requête en annulation des mandats de saisie conservatoire déposés par les demandeurs. Pourtant, l'avocat de la partie demanderesse indiquait dans son mémoire additionnel que les Etats-Unis n'avaient pas qualité pour requérir auprès du tribunal l'annulation des mandats de saisie conservatoire délivrés contre les locaux de l'ancienne ambassade d'Iran, en dépit du fait que leur requête en annulation des mandats de saisie dans l'affaire *Flatow* avait été accueillie (voir pièce n° 24, p. 7-10). L'argument de l'avocat s'appuyait fortement — mais non exclusivement — sur l'affaire *Rubin v. Islamic Republic of Iran*, jugée dans le district Nord de l'Illinois, dans laquelle le tribunal avait estimé que l'Université de Chicago n'avait pas qualité pour contester les mandats de saisie conservatoire délivrés contre la collection d'objets d'art persan prêtés par l'Iran à l'Université (voir *ibid.* (citant 408 F.Supp.2d 549 (N.D.Ill.2005))³).

L'avocat de la partie demanderesse a finalement retiré sa requête tendant à la délivrance de mandats de saisie conservatoire, mais lesdits mandats ont été délivrés par le greffe du tribunal environ une semaine plus tard, soit le 1^{er} avril 2008 (voir pièce n° 26). L'avocat a alors déposé les bordereaux d'exécution des mandats le 5 juin 2008 (voir pièce n°s 27-31). Il semble d'ailleurs, au vu du dossier, que l'avocat de la partie demanderesse ait retiré sa requête afin d'obtenir les mandats auprès du bureau du Greffe, conformément aux pratiques établies de longue date du tribunal. Si, d'ordinaire, le tribunal de céans ne considère pas les requêtes ou autres actes qui ont été retirés par les avocats, il acceptera toutefois la requête retirée ainsi que le mémoire additionnel, uniquement en vue d'établir que l'avocat pensait avoir un argument de bonne foi pour obtenir les mandats de saisie conservatoire des anciens locaux diplomatiques de l'Iran.

*156 Faisant abstraction des arguments péremptoires de la partie demanderesse, les Etats-Unis ont déposé une requête en annulation des cinq mandats de saisie le 18 juillet 2008 (voir pièce n° 34). La partie demanderesse a déposé son opposition dans les délais impartis et les Etats-Unis ont également déposé leur réponse dans les temps (voir pièce n°s 35 & 36). Or, plus de deux mois plus tard, et sans la permission du tribunal, la partie demanderesse a déposé un mémoire additionnel et plusieurs pièces supplémentaires pour appuyer son opposition à la requête en annulation de l'Etat américain (pièce n° 37). Les Etats-Unis ont alors déposé une réponse au mémoire additionnel de la partie demanderesse quatre jours plus tard, le 21 octobre 2008 (voir pièce n° 40). Dans cette réponse, le gouvernement demandait que le mémoire supplémentaire de la partie demanderesse soit retiré du dossier ou qu'il n'en soit pas tenu compte.

Arguments des parties

Etats-Unis

Les Etats-Unis affirment que les mandats de saisie conservatoire de la partie demanderesse doivent être annulés parce que les biens en question jouissent de l'immunité de saisie, citant à l'appui plusieurs sources légales importantes. Ils attirent l'attention du tribunal sur la convention de Vienne sur les relations diplomatiques («convention de Vienne») (23 U.S.T. 3227, T.I.A.S. No. 7502 (1972)), sur la loi sur les missions étrangères [*Foreign Mission Act*] (titre 22 du code des Etats-Unis §§ 4301, et suiv.), sur la loi sur l'immunité des Etats étrangers [*Foreign Sovereign Immunities Act*] (ci-après la «FSIA») (titre 28 du code des Etats-Unis §§ 1602, et suiv.), sur la loi sur l'assurance

³ L'avocat de la partie demanderesse s'est également exprimé dans ces termes : «Affirmer qu'il est de l'intérêt des Etats-Unis de céder face à un terroriste est une insulte faite à la raison, à la logique et à la décence. Nous espérons tous qu'il n'existe pas de relations étroites entre une administration américaine, quelle qu'elle soit, et le premier soutien du terrorisme au monde» (pièce n° 24, p. 10). Peut-être de tels propos n'avaient-ils pour but que de dissuader les Etats-Unis d'intervenir dans cette affaire. Quoi qu'il en soit, sa tentative semble avoir été vaine et, comme il le sera démontré plus loin, elle présente de manière totalement faussée la nature des intérêts des Etats-Unis dans ces questions.

contre les risques associés au terrorisme [*Terrorism Risk Insurance Act*] (ci-après la «TRIA») (Pub.L. No. 107-297, Title II, § 201 (26 novembre 2002), inscrite au titre 28 du code des Etats-Unis en note à l'article 1610), ainsi que sur plusieurs décrets présidentiels et réglementations fédérales relatifs aux biens situés aux Etats-Unis et appartenant à l'Iran (voir pièce n° 34). L'Etat souligne que les anciens locaux diplomatiques iraniens sont sous sa garde, conformément à la loi sur les missions étrangères, et dans le respect des obligations incombant au Gouvernement fédéral en vertu de la convention de Vienne (voir *ibid.*, p. 1, 8-10, Exh. 1). Les Etats-Unis expliquent que, pour s'acquitter des responsabilités qui sont les leurs du fait de la convention de Vienne et de la loi sur les missions étrangères, le bureau des missions étrangères du département d'Etat a périodiquement mis en location ces biens immobiliers de l'Iran à d'autres Etats étrangers ou à des clients privés et a utilisé le produit de la location pour financer les travaux nécessaires d'entretien et de réparation de ces biens (voir pièce n° 34, p. 10).

Compte tenu de ces obligations qui découlent d'un traité multilatéral et de la loi, et au vu de l'importance plus large des intérêts de politique étrangère en cause ici, les Etats-Unis soulignent qu'ils disposent d'au moins deux éléments indépendants pour fonder leur qualité à agir. Premièrement, l'article 517 du code des Etats-Unis, qui confère à l'*Attorney General* une compétence générale «pour envoyer tout agent du département de la justice «faire valoir les intérêts des Etats-Unis dans une action pendante devant une juridiction des Etats-Unis.»» (*ibid.*, p. 11). Deuxièmement, les Etats-Unis soulignent que, quel que soit le champ d'application d'une source légale contenue dans l'article 517 du titre 28 du code des Etats-Unis, d'après une jurisprudence établie de longue date, le Gouvernement fédéral a qualité pour faire valoir et protéger ses propres intérêts importants de politique étrangère (voir *ibid.* ; voir aussi pièce n° 36, p. 1-5).

Le gouvernement observe que, à au moins deux reprises, le tribunal de céans a déterminé que les biens en cause ici jouissaient de l'immunité de saisie (voir *ibid.*, p. 20-21 (citant *Flatow v. Islamic Republic of Iran*, 74 F.Supp.2d 18 (D.D.C.1999) ; *Mousa v. Islamic Republic of Iran*, 00-cv-2096, 2003 WL 24207777 (D.D.C.2003) (Bryant, J.)). D'après les Etats-Unis, aucun changement n'est advenu dans les faits pertinents ni dans la législation de nature à rendre ces biens susceptibles de saisie (voir *ibid.*, 13-21 ; pièce n° 36, p. 6-7). En particulier, les Etats-Unis soulignent qu'il n'était pas *157 dans l'intention du Congrès, en promulguant l'article 1083 de la loi de 2008 sur le budget de la défense nationale [*National Defense Authorization Act*] (ci-après la «NDAA») et la nouvelle exception pour les Etats soutenant le terrorisme prévue à l'article 1605A, d'autoriser la saisie de biens appartenant aux missions diplomatiques (voir pièce n° 34, p. 13-16).

Enfin, le gouvernement demande au tribunal de céans de rayer ou d'ignorer les soumissions additionnelles des demandeurs sur ce point (voir pièce n° 40). Les Etats-Unis soulignent que les éléments additionnels ont été déposés en contravention avec les règles locales, sans l'autorisation du tribunal et que, en tout état de cause, ils ne sont pas pertinents aux fins de ce litige (voir *ibid.*).

Michael et Linda Bennett, partie demanderesse

L'argument principal de la partie demanderesse est que les Etats-Unis n'ont pas qualité pour contester les mandats de saisie conservatoire délivrés contre les biens qui abritaient les locaux diplomatiques iraniens (voir pièce n° 35, p. 1-5). Dans la plaidoirie des demandeurs, l'avocat, qui n'est pas avare d'effets rhétoriques, critique vertement la position des Etats-Unis, affirmant qu'elle «fait insulte à l'intelligence du peuple américain» (*ibid.*, p. 4). D'après lui, les Etats-Unis prennent, de fait, la défense de l'Iran, et devraient être empêchés de le faire en l'espèce, puisque l'Iran s'est montré tout à fait capable de se défendre lui-même, tant dans ce même district que devant d'autres tribunaux fédéraux des Etats-Unis (*ibid.*, 2-5). Il s'appuie une nouvelle fois sur l'affaire *Rubin v. Islamic Republic of Iran*, pendante à Chicago, dans laquelle le tribunal fédéral de district a déterminé que certains requérants privés, parmi lesquels l'Université de Chicago, n'avaient pas qualité pour agir sur la base de l'immunité des Etats dans une action dans laquelle certains bénéficiaires de

jugements contre l'Iran cherchaient à obtenir la saisie ou des mesures d'exécution sur certains artefacts prêtés par l'Iran à l'Université de Chicago (voir pièce n° 35, p. 2-5).

Sur l'examen au fond, la partie demanderesse affirme que ni la convention de Vienne ni la loi sur les missions étrangères ne font obstacle à la saisie de biens anciennement utilisés à des fins diplomatiques lorsque, comme c'est le cas ici, les Etats-Unis et l'Etat étranger n'entretiennent plus de relations diplomatiques officielles et que les biens en question sont vacants, en déshérence et délabrés (voir *ibid.*, p. 5-8). L'avocat affirme que les locaux de l'ancienne ambassade en cause dans cette affaire sont actuellement dans un tel état de déshérence et de délabrement qu'ils ne peuvent plus être utilisés à des fins diplomatiques, et que les biens n'ont donc de valeur que leur valeur de placement (voir *ibid.* at p. 6-9). De plus, la partie demanderesse fait valoir que, même si le département d'Etat avait une obligation légale ou qualité pour revendiquer la garde ou le contrôle de biens d'une mission étrangère, l'état de délabrement qui est actuellement celui de l'ancienne ambassade d'Iran témoigne de la totale abdication par les Etats-Unis de leur responsabilité en la matière. Par conséquent, de l'avis de la partie demanderesse, les biens devraient maintenant, au minimum, faire l'objet d'une saisie en application de l'exception prévue par la FSIA relativement aux activités commerciales (voir *ibid.*, 7-10).

Toujours selon la partie demanderesse, indépendamment de la question de savoir si les biens de l'Iran dans ce cas auraient ou non pu jouir, d'ordinaire, de la protection diplomatique ou de toute autre immunité de saisie, des modifications sont intervenues récemment dans la FSIA — d'importants changements induits par l'article 1038 de la NDAA adopté l'année dernière — qui rendent les locaux diplomatiques d'Etats soutenant le terrorisme susceptibles de saisie et de mesures d'exécution. La partie demanderesse soutient que, aux fins de procéder à la saisie des biens immobiliers de l'Iran, il importe peu que son action entre dans le cadre de l'ancienne version de l'exception pour Etats soutenant le terrorisme (alinéa 7 du paragraphe *a*) de l'article 1605) ou dans celui de l'article 1605A, puisque, selon elle, la nouvelle loi ne fait que supprimer toute immunité de saisie et de mesures d'exécution dont les locaux diplomatiques d'Etats terroristes auraient autrement pu jouir.

***158** Plus de deux mois après la conclusion de l'exposé des parties dans cette affaire, la partie demanderesse a soumis un mémoire additionnel accompagné de pièces, pour appuyer, semble-t-il, sa position selon laquelle les biens jadis utilisés par l'Iran comme ambassade ici à Washington ne bénéficiaient plus de l'immunité de saisie (voir pièce n° 37). Le mémoire, déposé sans l'autorisation du tribunal, résume les tentatives vaines de la partie demanderesse pour obtenir du département d'Etat des informations sur la location et l'entretien des biens en question, ainsi que d'autres éléments relatifs aux échanges entre les Etats-Unis et l'Iran sur le statut des biens immeubles de l'ambassade d'Iran⁴.

Le reste du mémoire additionnel ne fait que résumer les éléments contenus dans les deux pièces supplémentaires. La première pièce est une transcription écrite de la déposition d'un témoin affirmant que l'ancienne ambassade des Etats-Unis à Téhéran (Iran) a été utilisée, au cours des trois dernières années, comme école pour les gardiens de la révolution de l'Iran (voir pièce n° 37, p. 3 & Exh. F). La pertinence de ce témoignage n'est pas évidente et aucune explication n'est fournie à cet égard par l'avocat de la partie demanderesse. Peut-être la partie demanderesse tente-t-elle de suggérer que l'Iran commet une violation substantielle de ses obligations en vertu de la convention de Vienne, et que les Etats-Unis n'ont plus l'obligation de protéger les anciens locaux diplomatiques de l'Iran ici aux Etats-Unis. La deuxième pièce jointe au mémoire additionnel est la transcription de la déposition

⁴ La partie demanderesse a adressé au département d'Etat une injonction de produire des pièces à ce sujet [*information subpoena*], mais le département d'Etat lui a opposé une fin de non-recevoir par courrier écrit (voir pièce n° 37). Entre autres motifs, le département d'Etat notait que cette injonction était entachée d'un vice de procédure, était excessivement fastidieuse, et que l'information demandée n'avait aucune pertinence pour cette affaire (voir pièce n° 37 & Exh. 4 ; pièce n° 40, p. 3-4). Pour les raisons exposées ci-après, le tribunal estime que les informations demandées par la partie demanderesse au département d'Etat sont sans rapport avec la question de savoir si le tribunal doit annuler les mandats de saisie conservatoire.

d'un témoin se présentant comme ouvrier du bâtiment ayant, par le passé, effectué des travaux sur les biens actuellement soumis au mandat de saisie conservatoire de la partie demanderesse (voir pièce n° 37, p. 3 & Exh. G). La déposition du témoin corrobore largement les assertions de la partie demanderesse selon lesquelles les anciens locaux diplomatiques ne sont actuellement pas utilisés et se trouvent dans des états variés de délabrement⁵.

Le tribunal répondra tour à tour aux arguments de chacune des parties. Toutefois, avant de procéder à l'analyse de ces arguments, le tribunal juge important d'apporter quelques éléments juridiques et factuels de contexte essentiels à la compréhension des enjeux de ce litige. Dix ans se sont écoulés depuis que le tribunal a jugé une première fois, dans l'affaire *Flatow v. Islamic Republic of Iran*, que les anciens locaux de l'ambassade dont il est question aujourd'hui ne pouvaient faire l'objet de saisie et de mesures d'exécution en application de la FSIA. Tant la partie demanderesse que les Etats-Unis citent un certain nombre d'évolutions de la législation survenues depuis cette décision qui ont trait à cette affaire. Si le tribunal n'est pas convaincu *159 que la loi ait été modifiée de telle manière à aboutir à une issue différente en l'espèce, c'est avec le plus sincère respect pour les demandeurs dans cette action que le tribunal passera brièvement en revue les sources légales pertinentes, ainsi que les principaux faits qui ont trait aux relations diplomatiques entre les Etats-Unis et l'Iran, afin d'examiner avec attention si la réparation refusée aux Flatow il y a dix ans devrait être accordée aux Bennett aujourd'hui.

Examen du contexte juridique et factuel des anciens locaux de l'ambassade d'Iran à Washington, D.C.

Cinq sources de droit occupent une place centrale dans la résolution de ce litige. La première, qui sous-tend l'ensemble de cette affaire, est la convention de Vienne sur les relations diplomatiques. La deuxième est la loi sur les missions étrangères qui, à d'importants égards, concrétise la mise en œuvre des obligations incombant aux Etats-Unis en vertu de la convention de Vienne. La troisième est la loi sur l'immunité des Etats étrangers dans ses articles 1609 et 1610, ainsi que les modifications importantes apportées en application de la loi sur l'assurance contre les risques associés au terrorisme, qui créent un certain nombre d'exceptions à la règle générale d'immunité de saisie ou de mesures d'exécution accordée aux biens d'un Etat étranger. La quatrième source de droit pertinente pour cette question sensible de relations étrangères est constituée par les mesures officielles prises par le pouvoir exécutif en réponse à la rupture des relations diplomatiques avec l'Iran. Cette source de droit se compose tant de décrets présidentiels que de déclarations adressées par les Etats-Unis à l'Iran concernant le statut des biens de son ambassade situés ici aux Etats-Unis. Enfin, cinquièmement, le tribunal passera en revue les quelques décisions prises par lui et par d'autres juridictions qui ont eu à connaître de la question de savoir si les biens iraniens qui ne sont plus utilisés par l'Iran à des fins diplomatiques devraient maintenant faire l'objet de saisies en exécution de décisions de justice. Il ressort de l'examen de ces cinq sources que les lois des Etats-Unis n'autorisent pas le tribunal à faire droit aux mandats de saisie conservatoire de la partie demanderesse.

1) Convention de Vienne

En 1972, les Etats-Unis ont ratifié la convention de Vienne sur les relations diplomatiques (23 U.S.T. 3227, T.I.A.S. No. 7502). Aux termes de ce traité, les Etats-Unis, en tant qu'Etat accréditaire, ont l'obligation de protéger et de respecter les locaux des missions étrangères situés sur

⁵ Dans sa synthèse, où il cherche à démontrer la pertinence du témoignage de l'ouvrier du bâtiment, l'avocat affirme : «D'après le témoin, les immeubles situés sur les terrains au 3003 Massachusetts Avenue, 30005 Massachusetts Avenue et 3410 Garfield Street ne sont pas utilisés du tout et n'ont donc d'autre valeur que foncière. Les autres biens, qui n'ont jamais été juridiquement rattachés aux trois biens immobiliers dont les adresses sont indiquées ci-dessus, étaient des parkings vides et n'avaient jamais utilisés ; il ne pouvait donc pas s'agir de locaux diplomatiques au sens de l'article 22 de la convention de Vienne sur les relations diplomatiques. Ces biens ne jouissent d'aucune immunité face à la saisie décidée dans le jugement rendu contre le défendeur, l'Iran.» (Pièce n° 37, p. 4.)

leur territoire. L'article 22 de la convention définit les responsabilités essentielles de l'Etat accréditaire à l'égard des biens d'une mission étrangère. Il rappelle que les locaux d'une mission étrangère sont «inviolables», et que l'Etat accréditaire a «l'obligation spéciale de prendre toutes mesures appropriées afin d'empêcher que les locaux de la mission ne soient envahis ou endommagés». De plus, «[l]es locaux de la mission, leur ameublement et les autres objets qui s'y trouvent, ainsi que les moyens de transport de la mission, *ne peuvent faire l'objet d'aucune perquisition, réquisition, saisie ou mesure d'exécution*» (paragraphe 3 de l'article 22) (les italiques sont de nous).

Il ressort clairement de l'article 45 de la convention de Vienne que l'obligation de protéger et de respecter les locaux d'une mission étrangère subsiste même dans les cas où les relations diplomatiques sont rompues, où la mission est définitivement rappelée, et même lors des conflits armés. L'article 45 se lit comme suit :

«En cas de rupture des relations diplomatiques entre deux Etats, ou si une mission est rappelée définitivement ou temporairement :

- a) L'Etat accréditaire est tenu, même en cas de conflit armé, de respecter et de protéger les locaux de la mission, ainsi que ses biens et ses archives*160 ;
- b) L'Etat accréditant peut confier la garde des locaux de la mission, avec les biens qui s'y trouvent, ainsi que les archives, à un Etat tiers acceptable pour l'Etat accréditaire ;
- c) L'Etat accréditant peut confier la protection de ses intérêts et de ceux de ses ressortissants à un Etat tiers acceptable pour l'Etat accréditaire.»

Ainsi, même pendant les périodes où les Etats-Unis ont une relation extrêmement tendue, voire totalement hostile, avec un Etat étranger, ils demeurent tenus de protéger les locaux diplomatiques de cet Etat.

2) Loi sur les missions étrangères

La loi sur les missions étrangères (titre 22 du code des Etats-Unis §§ 4301, et suiv.) investit le département d'Etat d'un large pouvoir d'appréciation quant au traitement à accorder aux missions étrangères ici aux Etats-Unis (*Palestine Information Office v. Shultz*, 853 F.2d 932, 936 (D.C.Cir.1988)). Plus précisément, le paragraphe c) de l'article 4301 du titre 22 du code des Etats-Unis prévoit ce qui suit :

«Le traitement à accorder à une mission étrangère sera déterminé par le secrétaire d'Etat après considération attentive des avantages, privilèges et immunités accordés aux Etats-Unis dans le pays ou le territoire représenté par cette mission étrangère, ainsi que d'aspects liés aux intérêts des Etats-Unis.»

Le département d'Etat «agit au niveau le plus éminent de son domaine d'action» lorsqu'il exerce son pouvoir sur les missions étrangères ici aux Etats-Unis parce qu'il «dispose des pouvoirs combinés des branches exécutive et législative» (*Palestine Information Office*, 853 F.2d, 937).

La loi sur les missions étrangères autorise expressément le secrétaire d'Etat à protéger les biens des missions étrangères ici aux Etats-Unis, même lorsque ces biens ne sont pas utilisés par un Etat étranger. Spécifiquement, le secrétaire d'Etat peut «protéger et préserver les biens d'une mission étrangère» même lorsque cette «mission étrangère a cessé d'entretenir des activités diplomatiques, consulaires et d'autres activités régaliennes aux Etats-Unis et n'a pas désigné d'Etat tiers ou d'autre agent approuvé par le secrétaire d'Etat pour assumer la protection des biens de cette mission

étrangère» (§ 4305 *c*). Ainsi, les anciens locaux diplomatiques situés ici aux Etats-Unis sont placés, en définitive, sous l'autorité et le contrôle du secrétaire d'Etat.

Le bureau des missions étrangères est la branche du département d'Etat qui agit dans le cadre de la large compétence dévolue au secrétaire d'Etat en matière de traitement et de surveillance des biens des missions étrangères, y compris des anciens locaux diplomatiques, situés ici aux Etats-Unis (voir 4303 ; pièce n° 34, Exh. 1, p. 1-2). Conformément à la convention de Vienne, la loi sur les missions étrangères prévoit aussi que les biens des missions étrangères soumis au contrôle du département d'Etat ne sont pas susceptibles de saisie ou de mesures d'exécution. Le paragraphe *f* de l'article 4308 prévoit ce qui suit :

«Les biens appartenant au département d'Etat ou contrôlés par lui, où qu'ils se situent, qui sont utilisés par une mission étrangère ou réservés pour être utilisés par une mission étrangère *ne peuvent être soumis à une saisie, à une mesure d'exécution, une injonction ou à quelque autre acte, qu'il soit temporaire ou définitif.*» (Les italiques sont de nous.)

Ainsi, la loi sur les missions étrangères renforce l'interprétation minimale, selon laquelle les biens d'une mission étrangère, y compris ceux qui ne sont pas actuellement utilisés par une mission étrangère, bénéficient généralement d'une immunité de saisie ou de mesures d'exécution.

3) Articles 1609 et 1610 de la loi sur l'immunité des Etats étrangers, y compris les dispositions incorporées par la loi sur l'assurance contre les risques associés au terrorisme

La loi sur l'immunité des Etats étrangers prévoit que les biens d'un Etat étranger *161 jouissent généralement de l'immunité de saisie ou d'exécution, sous réserve d'un petit nombre d'exceptions soigneusement délimitées (voir titre 28 du code des Etats-Unis §§ 1609, 1610). Les exceptions à cette immunité sont citées dans l'article 1610. L'une des exceptions bien établies au principe général de l'immunité de saisie ou de mesures d'exécution est celle dite des «activités commerciales» (voir § 1610(a)(7) ; *Republic of Argentina v. Weltover*, 504 U.S. 607, 112 S.Ct. 2160, 119 L.Ed.2d 394 (1992)). Cette exception prévoit qu'un bien appartenant à un Etat étranger *ne bénéficie pas* de l'immunité de saisie ou d'exécution si le bien est «utilisé à des fins commerciales» par l'Etat étranger en question (§ 1610(a)(7)).

Le Congrès a créé une exception à l'immunité pour tout bien appartenant à un Etat soutenant le terrorisme (voir Pub.L. 105-277, Div. A., Title I, § 117 (21 octobre 1998)). Cette exception, maintenant intégrée au code des Etats-Unis à l'article 1610, permettrait autrement la saisie d'actifs bloqués d'Etats terroristes, y compris d'anciens locaux diplomatiques, mais le Congrès a conféré au président le pouvoir exprès de lever cette exception dans l'intérêt de la sécurité nationale, et le président a promptement usé de ce pouvoir dès la promulgation de cette loi. (Voir Pres. Determination No. 99-1, 63 FR 59201. (1998).)

Dès la mandature suivante, le Congrès a tenté d'abroger la dérogation présidentielle prévue au paragraphe *f* de l'article 1610 avec la loi de 2000 sur la protection des victimes de trafics et de violence [*Victims of Trafficking and Violence Protection Act*] (ci-après la «VTVPA») (voir Pub.L. 106--386, § 2002, 114 Stat. 1541 (28 octobre 2000)), mais une fois encore le Congrès a inclus dans la loi le pouvoir exprès pour le président d'écarter l'application du paragraphe *f* de l'article 1610. Immédiatement, le président a écarté une deuxième fois l'application du sous-alinéa A) de l'alinéa 1) du paragraphe *f* de l'article 1610 dès la promulgation de la VTVPA ; l'article 1610 est donc entaché de nullité (voir Pres. Determination No 2001-03, 65 Fed. Reg. 66483 (2000)).

En définitive, le Congrès et le président se sont accordés concernant la saisie et les mesures d'exécution sur certains actifs bloqués d'Etats terroristes et ont, en 2002, adopté la loi sur l'assurance contre les risques associés au terrorisme («TRIA»), qui autorise les victimes d'actes de terrorisme

ayant obtenu gain de cause par voie judiciaire en application de l'alinéa 7 du paragraphe a) de l'article 1605 à obtenir l'exécution des condamnations au versement de dommages-intérêts au moyen «d'actifs bloqués de terroristes, d'organisations terroristes et d'Etats soutenant le terrorisme». (Voir Pub.L. No. 107-297, Title II, 201 (26 novembre 2002) maintenant inscrite dans le titre 28 du code des Etats-Unis en note à l'article 1610.)

Spécifiquement, l'article 201 de la TRIA prévoit que les actifs bloqués d'un Etat terroristes *sont saisissables en exécution dudit jugement à concurrence du montant des dommages-intérêts compensatoires au paiement desquels ladite partie terroriste aura été condamnée* (les italiques sont de nous).

Toutefois, la définition des «actifs bloqués» au sens de la TRIA exclut expressément les «biens relevant de la convention de Vienne sur les relations diplomatiques ... ou jouissant de privilèges et immunités équivalents en vertu des lois des Etats-Unis, et utilisés exclusivement à des fins diplomatiques ou consulaires». Section 201(d)(2)(B)(ii). La TRIA définit les biens diplomatiques et consulaires comme suit :

«L'expression «bien relevant de la convention de Vienne sur les relations diplomatiques et de la convention de Vienne sur les relations consulaires» et l'expression «actif relevant de la convention de Vienne sur les relations diplomatiques et de la convention de Vienne sur les relations consulaires» s'entendent de tout bien ou actif, respectivement, dont la saisie après jugement ou toute mesure d'exécution le visant constituerait une violation d'une obligation que les Etats-Unis tiennent de la convention de Vienne sur les relations diplomatiques ou de la convention de Vienne sur les relations consulaires selon le cas.» (Article 201(d)(3).)

***162** Par conséquent, les biens visés par la convention de Vienne qui sont conservés uniquement à des fins diplomatiques ne sont pas saisissables en vertu de la TRIA.

Lors de la dernière mandature, avec l'adoption de l'article 1083 de la NDAA, le Congrès a apporté des changements à la FSIA afin de définir plus clairement les circonstances dans lesquelles les biens d'un Etat étranger soutenant le terrorisme peuvent faire l'objet de saisie et de mesures d'exécution (voir Pub.L. No. 110-181, 122 Stat. 3, § 1083). Le résultat est maintenant inscrit dans le code des Etats-Unis au titre 28 au paragraphe g) de l'article 1610. Ce nouvel article prévoit ce qui suit :

«1) Sous réserve des dispositions de l'alinéa 3), les biens de l'Etat étranger contre lequel un jugement est rendu en application de l'article 1605 A, ainsi que ceux des établissements et organismes de cet Etat, y compris les biens constituant une entité juridique distincte ou une participation détenue directement ou indirectement dans une telle entité, sont saisissables en exécution de ce jugement, conformément au présent article, et ce, indépendamment :

- A) du degré de contrôle économique exercé par le gouvernement de l'Etat étranger sur les biens en question ;
- B) de la question de savoir si les bénéfices tirés de ces biens reviennent ou non à ce gouvernement ;
- C) de la mesure dans laquelle les fonctionnaires de ce gouvernement interviennent dans la gestion desdits biens ou les activités dont ils font l'objet ;
- D) de la question de savoir si ce gouvernement est, à l'égard des biens, le seul titulaire de l'intérêt bénéficiaire ;

E) de la question de savoir si la constitution des biens en entité distincte conférerait quelque avantage à l'Etat étranger devant les tribunaux américains tout en l'exonérant de ses obligations.»

On notera que le paragraphe g) de l'article 1610 est muet en ce qui concerne les biens diplomatiques ; il ne cite ni la convention de Vienne, ni la loi sur les missions étrangères, ni la TRIA, et ne manifeste par ailleurs aucune intention d'autoriser la saisie de locaux diplomatiques. Ainsi, même si le champ d'application du paragraphe g) de l'article 1610 n'est pas entièrement clair, une simple lecture de la nouvelle loi n'offre pas une base suffisante pour justifier la suppression de l'immunité accordée de longue date aux biens diplomatiques.

Cette lecture simple et de bon sens de la loi est corroborée par le rapport de la conférence sur l'article 1083, qui laisse fortement penser que l'intention du Congrès au paragraphe g) de l'article 1610 n'était pas d'autoriser la saisie ou les mesures d'exécution sur les biens diplomatiques. Le rapport contient la déclaration suivante : «Les participants souhaitent que les biens utilisés pour abriter une mission diplomatique ou consulaire ou la résidence du chef de mission, qui ne sont pas susceptibles de mesures d'exécution ou de saisie aux fins de l'exécution d'un jugement, ne puissent pas être assujettis à une sûreté judiciaire aux termes de cette disposition.» (Voir Conf. Rep. to H.R. 1585, p. 10010 (6 décembre 2007).) Ainsi, il apparaît que le Congrès a rédigé le paragraphe g) de l'article 1610 en supposant que les biens diplomatiques n'étaient pas susceptibles de saisie. De plus, le paragraphe g) de l'article 1610, par ses termes exprès, ne s'applique qu'aux «jugement[s] ... rendu[s] en application de l'article 1605A» ; cette nouvelle disposition n'est donc pas utilisable par les demandeurs, comme les Bennett dans cette action, qui ont obtenu un jugement en application de l'alinéa 7 du paragraphe a) de l'article 1605.

4) Actes de l'exécutif concernant les biens de la mission diplomatique de l'Iran

Les efforts de la partie demanderesse pour saisir les biens qui étaient utilisés comme complexe immobilier de l'ambassade iranienne concernent directement la politique étrangère des Etats-Unis, y compris des enjeux sensibles de sécurité nationale et, par conséquent, le statut que le tribunal doit reconnaître à ces biens et, à terme, la question de savoir s'ils sont susceptibles d'être saisis *163 dépendent en grande partie des décisions de politique étrangère du président et d'autres mesures du pouvoir exécutif. Comme la Cour suprême l'a indiqué à de multiples reprises, «[I]es questions qui se rapportent à la conduite des relations étrangères ... relèvent d'un domaine si exclusivement réservé aux branches politiques du gouvernement qu'elles sont en grande partie hors de portée de toute intrusion ou de toute immixtion du pouvoir judiciaire» (*Regan v. Wald*, 468 U.S. 222, 242, 104 S.Ct. 3026, 82 L.Ed.2d 171 (1984) (citant *Harisiades v. Shaughnessy*, 342 U.S. 580, 72 S.Ct. 512, 96 L.Ed. 586 (1952))). C'est particulièrement vrai lorsque, comme c'est le cas ici, le Congrès a investi le département d'Etat d'un large pouvoir sur la gestion des anciens locaux diplomatiques situés aux Etats-Unis (*Palestine Information Office*, 853 F.2d, 937 ; voir *Dames & Moore v. Regan*, 453 U.S. 654, 669, 101 S.Ct. 2972, 69 L.Ed.2d 918 (1981)). Un examen des décisions politiques dans ce domaine révèle clairement que le pouvoir exécutif s'est constamment tenu à la position selon laquelle les biens qui ont été utilisés par la mission iranienne doivent être protégés par la convention de Vienne et jouissent donc de l'immunité de saisie.

La relation entre l'Iran et les Etats-Unis s'est détériorée par suite de la crise des otages déclenchée le 4 novembre 1979, quand un grand groupe d'étudiants islamistes s'est emparé de l'ambassade des Etats-Unis à Téhéran et a pris en otage 52 membres du personnel de l'ambassade. En riposte à cette crise, le président Carter a pris un décret bloquant tous les actifs iraniens aux Etats-Unis (décret présidentiel 12170, 44 FR 65729 (14 novembre 1979)). A cette époque, l'Iran a

continué d'utiliser les locaux de sa mission étrangère aux Etats-Unis, y compris les locaux diplomatiques situés ici dans la capitale⁶.

Quelque cinq mois plus tard, alors que la crise des otages tirait à sa fin, le président Carter a rompu les relations diplomatiques entre les deux pays. Conformément à la directive du président, le 7 avril 1979, le secrétaire d'Etat a informé par note diplomatique l'ambassade d'Iran que tous les locaux diplomatiques de l'Iran devraient être fermés et mis sous scellés, hormis si ces locaux pouvaient être utilisés, avec l'approbation du département d'Etat, par une puissance protectrice désignée de l'Iran.

Environ un an plus tard, le 14 avril 1980, l'Algérie a été approuvée par le département d'Etat comme puissance protectrice des intérêts de l'Iran *164 aux Etats-Unis⁷. Or, au même moment, le département d'Etat a informé l'Algérie que les locaux diplomatiques de l'Iran demeureraient sous la garde des Etats-Unis jusqu'à ce que ceux-ci, ou leur puissance protectrice, reprennent possession de leur ambassade à Téhéran. Le département d'Etat a par la suite souligné que son refus de restituer les biens diplomatiques iraniens à l'Algérie était «une mesure de réciprocité prise en réponse à la violation par l'Iran de ses engagements découlant de la convention de Vienne, qui font obligation de respecter et de protéger les biens diplomatiques et consulaires des Etats-Unis et de permettre à la Suisse, puissance protectrice des Etats-Unis en Iran, d'assurer la garde de ces biens» (pièce n° 34, Exh. 1, p. 4).

Ainsi, le département d'Etat a assumé le contrôle des locaux diplomatiques de l'Iran aux Etats-Unis et l'Algérie n'a jamais été autorisée à en assurer la garde. En réponse aux inquiétudes exprimées par l'Algérie quant à la sécurité et à l'entretien des locaux diplomatiques de l'Iran, le département d'Etat a donné à l'Algérie l'assurance qu'il prendrait les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et la protection des locaux diplomatiques de l'Iran aux Etats-Unis (voir pièce n° 34, Exh. 1, p. 3).

En 1982, le Congrès a adopté la loi sur les missions étrangères qui, comme il est expliqué plus haut, portait création du bureau des missions étrangères et formalisait la compétence et les responsabilités du département d'Etat en ce qui concerne les biens des missions diplomatiques aux Etats-Unis. Après avoir réfléchi aux moyens d'entretenir les biens officiels en accord avec la convention de Vienne, le bureau des missions étrangères a fini par décider que, dans la mesure du possible, il mettrait en location les biens de l'Iran afin de s'acquitter de ses obligations de protection de ces biens découlant de la convention de Vienne. Le département d'Etat de l'administration Reagan, a promptement informé l'Algérie de sa décision, par une note diplomatique datée du 10 mars 1983. La partie pertinente de cette note précise :

⁶ Dans cette partie de l'exposé des motifs, le tribunal s'appuie pour une large part sur la déclaration adressée au tribunal par M. Claude J. Nebel, alors vice-secrétaire d'Etat adjoint à la sécurité diplomatique et chef du bureau des missions étrangères. Sa déclaration, citée plus haut (*supra*, note de bas de page 1), est présentée par les Etats-Unis en tant que pièce à l'appui de leur requête en annulation des mandats de saisie conservatoire et est jointe à leur mémoire (Exhibit 1) à l'appui de leur requête (voir pièce n° 34, Exh. 1). Le tribunal s'appuie aussi sur certains documents fournis en relation avec la déclaration de M. Nebel, vice-secrétaire d'Etat adjoint, et joints à sa déclaration sous forme de pièces distinctes. Parmi ces documents se trouvent des recueils de déclarations et de directives du président Carter en relation avec la cessation des relations diplomatiques avec l'Iran, ainsi que des copies et des recueils de sources secondaires de notes diplomatiques et d'autres extraits de la correspondance du département d'Etat concernant la rupture des relations diplomatiques avec l'Iran et le statut des locaux de la mission étrangère de l'Iran aux Etats-Unis. Ces éléments d'origines diverses sont joints au dossier comme pièces d'accompagnement à la déclaration du vice-secrétaire d'Etat adjoint, M. Nebel. La partie demanderesse n'a pas contesté la déclaration de M. Nebel ni aucun des documents joints à cette déclaration. De plus, la déclaration évoque des faits dont la partie demanderesse semble estimer qu'ils sont pertinents pour ce litige, à savoir le fait que les locaux en cause sont inoccupés et nécessitent des travaux de réparation (voir *ibid.*, p. 6-8). Aux fins de cet exposé, le tribunal supposera exacte l'assertion de la partie demanderesse selon laquelle les biens immeubles de l'Iran «ne sont pas correctement entretenus, ne sont pas loués et nécessitent des travaux de réhabilitation» (pièce n° 35, p. 7).

⁷ Dans un premier temps, l'Algérie fut désignée puissance protectrice de l'Iran pour représenter ses intérêts aux Etats-Unis. Ce rôle est maintenant assumé par le Pakistan.

«Depuis qu'il a assumé la garde des biens iraniens à la suite de la rupture des relations diplomatiques, le département d'Etat a entrepris de les respecter et de les protéger conformément à l'article 45 de la convention de Vienne sur les relations diplomatiques.

.....

Le département considère que la location protégerait les intérêts de l'Iran afférents à ces biens en permettant de maintenir leur valeur commerciale.

Il serait apprécié que l'ambassade de la République démocratique et populaire d'Algérie transmette dès que possible le présent message au Gouvernement de la République islamique d'Iran.» (Département d'Etat, Washington, 10 mars 1983⁸.)

Depuis 1983, le bureau des missions étrangères a périodiquement loué les locaux diplomatiques de l'Iran à des Etats étrangers et pour des événements étatiques privés. Ainsi, l'immeuble de l'ambassade et la résidence diplomatique située sur Garfield Street ont été loués à des particuliers pendant ces années ; l'ancienne chancellerie située au 3005 Massachusetts Avenue a été louée à la Turquie pendant un certain temps ; et les parkings ont été loués périodiquement à d'autres missions étrangères ou à des particuliers (*ibid.*, p. 6-8). Actuellement, les biens ne sont toutefois pas loués et les immeubles *165 nécessitent des travaux de réparation (*ibid.* ; pièce n° 35, p. 7).

D'après le vice-secrétaire d'Etat adjoint Nebel, les mesures du bureau des missions étrangères «en relation avec l'entretien et la location des biens des représentations diplomatique et consulaire de l'Iran ont été, et sont prises exclusivement à des fins diplomatiques et consulaires, aux fins de remplir les obligations des Etats-Unis en tant qu'Etat accréditaire, qui sont de protéger les biens en application des conventions de Vienne» (*ibid.*, p. 5). Les revenus de la location des biens sont utilisés pour financer les travaux d'entretien et de réparation des biens et tout excédent «est placé sur un compte diplomatique iranien bloqué, et n'est employé à aucune autre fin» (*ibid.*).

On notera que le bureau des missions étrangères «protège et préserve les biens de la représentation diplomatique de l'Iran d'une manière conforme à sa gestion des biens diplomatiques d'autres pays lorsque, en l'absence de relations diplomatiques, leur garde n'a pas été confiée à une puissance protectrice» (*ibid.*, p. 5). Ainsi, dans les années 1980, le bureau des missions étrangères a rénové et mis en location les biens immeubles des représentations diplomatiques du Vietnam et du Cambodge. Depuis que les Etats-Unis ont repris des relations diplomatiques normales avec ces pays, l'un et l'autre ont rétabli leurs missions étrangères dans leurs locaux respectifs aux Etats-Unis. De plus, le vice-secrétaire d'Etat adjoint Nebel précise que, «en réaction aux mesures prises par les Etats-Unis pour protéger ses biens pendant la période d'absence de relations et les lui restituer une fois les relations rétablies, le Vietnam a restitué aux Etats-Unis de nombreux biens immeubles de la représentation diplomatique des Etats-Unis au Vietnam» (*ibid.*, p. 6).

Le président Clinton, qui a normalisé les relations diplomatiques des Etats-Unis avec le Vietnam, a procédé à deux reprises à une dérogation aux dispositions de la FSIA qui auraient autrement autorisé la saisie de locaux diplomatiques propriété d'Etats soutenant le terrorisme, comme il a été expliqué précédemment. La première fois qu'elle a eu recours à sa prérogative expresse de dérogation afin de protéger les biens des représentations diplomatiques d'Etats soutenant le terrorisme, la Maison Blanche a publié la déclaration suivante :

«[L]e combat contre le terrorisme sortirait affaibli, et non renforcé, de l'application d'une certaine disposition de l'*Omnibus Appropriations Act* pour l'exercice 1999. Cette disposition permettrait à des personnes bénéficiaires de

⁸ La note diplomatique est insérée dans les éléments joints à la déclaration du vice-secrétaire adjoint Nebel (pièce n° 34, Exh. 1 à Exh. 1).

jugements rendus contre des pays figurant sur la liste des Etats terroristes du département d'Etat de saisir les ambassades et certains autres biens appartenant à des Etats étrangers, en dépit d'obligations inscrites dans le droit américain et dans des traités internationaux qui s'opposent à cette saisie.

La nouvelle loi permet au président de déroger à cette disposition pour des motifs liés à la sécurité nationale des Etats-Unis. Le président Clinton a promulgué cette loi et, dans l'intérêt de la protection de la sécurité des Etats-Unis, a fait usage de son droit de dérogation. Si les Etats-Unis autorisaient la saisie des locaux diplomatiques, les autres pays pourraient agir de même en représailles, ce qui ferait courir de graves risques à nos ambassades et à nos concitoyens à l'étranger. Notre capacité à utiliser les biens étrangers comme instrument de négociation dans les litiges de politique étrangère serait aussi compromise.» (Déclaration du porte-parole (21 octobre 1998) (reproduit dans *Suits Against State Sponsors of Terrorism, Congressional Research Serv. Rep.* RL31258, p. 51) (mis à jour le 8 août 2008).)

Comme l'explique clairement la Maison Blanche dans sa déclaration, l'administration Clinton craignait que, en autorisant les bénéficiaires de jugements en application de la FSIA à saisir «les ambassades et certains autres biens appartenant à des Etats étrangers», les obligations conventionnelles des Etats-Unis s'en trouveraient bafouées, avec des répercussions négatives graves en matière de sécurité nationale et de relations étrangères.

*166 L'été dernier, le département de la justice, alors sous l'administration Bush, a déposé la requête pendante en annulation des cinq mandats de saisie conservatoire de biens de la représentation diplomatique iranienne délivrés dans cette affaire au nom de Michael et Linda Bennett et de la succession de leur fille, Marla Ann Bennett. Comme l'indique clairement le vice-secrétaire d'Etat adjoint Nebel dans sa déclaration, la position du département d'Etat à ce moment, et probablement encore à ce jour, est en parfaite cohérence avec celle qu'il tient depuis une vingtaine d'années : à maintes reprises, le département d'Etat a souligné que les biens de la représentation diplomatique de l'Iran sont sous la garde conservatoire du bureau des missions étrangères afin de permettre au Gouvernement fédéral de respecter et protéger ces locaux comme le prévoient les articles 22 et 45 de la convention de Vienne.

Il ressort de l'examen des décisions et des mesures pertinentes prises par le pouvoir exécutif depuis la cessation des relations diplomatiques avec l'Iran en 1980 que l'accord a été unanime — comme l'ont exprimé spécifiquement au moins quatre administrations présidentielles différentes pendant plus de trente ans de préservation ininterrompue des biens de la mission diplomatique de l'Iran — pour considérer que la protection de ces biens est un objectif important de la politique étrangère des Etats-Unis.

5) Décisions rendues par le passé face aux tentatives de saisir les anciens locaux de la mission diplomatique de l'Iran

Comme il a déjà été noté, cette affaire n'est pas la première dans laquelle le bénéficiaire d'un jugement rendu contre l'Iran a cherché à saisir les biens qui abritaient jadis la mission diplomatique de l'Iran. Le tribunal a d'ailleurs statué à trois reprises sur les tentatives de saisir plusieurs des biens de l'ambassade d'Iran concernés en l'espèce (voir *Flatow*, 76 F.Supp.2d 16 ; *Mousa v. Iran*, 00-cv-2096, 2003 WL 2420777 (D.D.C.2003) (Bryant, J.) ; *Elahi v. Islamic Republic of Iran*, 99-cv02802 (D.D.C.2003) (Lamberth, J)). De plus, d'autres tribunaux ont eu l'occasion d'opposer une fin de non-recevoir à des tentatives similaires de saisie de biens de représentations diplomatiques ou consulaires de l'Iran relevant de leurs juridictions respectives. Voir *Hegna v. Islamic Republic of Iran*, 376 F.3d 485 (5th Cir.2004) ; *Hegna v. Islamic Republic of Iran*, 287 F.Supp.2d 608 (D.Md.2003)).

Tous les tribunaux qui ont eu à connaître de cette question ont, sans exception, statué que les biens jadis utilisés par l'Iran pour des fonctions diplomatiques aux Etats-Unis ne pouvaient pas faire l'objet de saisie ou de mesures d'exécution. Par exemple, dans l'affaire *Flatow*, le tribunal de céans a statué que l'exception à la FSIA pour les activités commerciales (alinéa 7 du paragraphe a) de l'article 1610) ne permettait pas la saisie des biens immeubles de l'Iran utilisés par le passé à des fins diplomatiques, lorsque ces biens étaient détenus et entretenus sous la garde conservatoire du bureau des missions étrangères (76 F.Supp.2d, 23). De plus, dans une décision non publiée dans l'affaire *Elahi*, le tribunal de céans a statué que la saisie de ces biens constituerait une violation des obligations multilatérales incombant aux Etats-Unis en vertu des deux conventions de Vienne (00-cv-02802, p. 2-3). Le tribunal avait donc statué dans cette affaire que la TRIA avait exclu ces deux anciens locaux diplomatiques de la définition des «actifs bloqués» et que ces biens conservaient donc leur immunité de saisie en vertu de la FSIA. Voir *ibid*. Le juge Bryant, pour le tribunal, le juge Motz du district du Maryland et la cour d'appel du cinquième circuit sont tous parvenus à la même conclusion. (Voir *Hegna*, 376 F.3d, 495-96 ; *Mousa*, 00-cv-02096, p. 8 ; *Hegna*, 287 F.Supp.2d 608, 610-611.)

Analyse

L'examen par le tribunal des sources juridiques pertinentes — considérées à la lumière de *167 l'affirmation ininterrompue par le bureau des missions étrangères de son autorité sur les anciens locaux diplomatiques en vertu de la loi sur les missions étrangères — conduit inévitablement à conclure que les biens immeubles en question jouissent actuellement de l'immunité de saisie en vertu des lois des Etats-Unis et que, par conséquent, il y a lieu d'accueillir la requête en annulation des Etats-Unis. Sur la base des raisonnements juridiques sous-tendant sa décision, le tribunal abordera maintenant brièvement les principaux arguments soulevés par les parties en l'espèce.

1) Les Etats-Unis ont qualité pour demander l'annulation des mandats de saisie

L'assertion de la partie demanderesse selon laquelle les Etats-Unis n'ont pas qualité pour agir dans la présente action est sans fondement et, pour l'essentiel, abusive. Le présent circuit a toujours considéré que les Etats-Unis avaient qualité pour intenter les actions nécessaires à l'acquittement de leurs obligations de politique internationale découlant d'accords internationaux, en particulier concernant l'Iran. Voir par exemple *Roeder v. Islamic Republic of Iran*, 333 F.3d 228, 233-34 (D.C.Cir.2003) ; *Persinger v. Islamic Republic of Iran*, 729 F.2d 835, 837 (D.C.Cir.1984). Le tribunal de céans a d'ailleurs, à de multiples reprises, considéré que les Etats-Unis avaient qualité, en application de l'article 517 du titre 28 du code des Etats-Unis, pour déposer une requête en annulation de mandats de saisie conservatoire émis contre les biens de la mission étrangère de l'Iran et d'autres actifs sous protection. Voir par exemple *Weinstein v. Islamic Republic of Iran*, 274 F.Supp.2d 53, 55 n. 1 (D.D.C.2003) (Lamberth, J.) ; *Flatow*, 76 F.Supp.2d, 18 n. 1. De plus, une longue jurisprudence de la Cour suprême établit que l'*Attorney General* a qualité pour engager des actions civiles afin de s'acquitter des obligations qui lui incombent en vertu d'accords internationaux. Voir *Sanitary Dist. Of Chicago v. United States*, 266 U.S. 405, 425--426, 45 S.Ct. 176, 69 L.Ed. 352 (1925).

Les décisions rendues par le tribunal du district nord de l'Illinois dans l'affaire *Rubin*, quoi qu'on puisse en penser, sont tout simplement dénuées de pertinence ici. Voir *Rubin v. Islamic Republic of Iran*, 408 F.Supp.2d 549 (N.D.111.2005), *aff'd*, 436 F.Supp.2d 938 (N.D.111.2006). Dans l'affaire *Rubin*, un juge de première instance [*magistrate judge*] a considéré les efforts déployés par des entités privées, à savoir notamment l'Université de Chicago, en vue d'obtenir l'annulation de mandats de saisie conservatoire d'objets d'art persans prêtés à l'Université par l'Iran. L'Université de Chicago estimait avoir qualité pour contester les mandats en vertu des principes d'immunité souveraine, ou pour agir au nom de l'Iran en l'espèce. Ainsi, dans l'affaire *Rubin*, la partie demanderesse souhaitait littéralement représenter les intérêts de l'Iran.

A la différence de l'affaire *Rubin*, où il s'agissait de faire valoir des intérêts privés, dans la présente action, les Etats-Unis cherchent à respecter leurs propres engagements de politique extérieure qui découlent de la convention de Vienne et de la loi sur les missions étrangères. Ainsi qu'il est expliqué précédemment, le devoir de protection et de respect des biens des missions diplomatiques des autres Etats qui incombe au Gouvernement fédéral ne saurait dépendre de l'état actuel des relations des Etats-Unis avec ces puissances étrangères. Le niveau d'hostilité qui peut régner entre les Etats-Unis et l'Iran ne change rien. Bien au contraire, aux termes de l'article 45 de la convention de Vienne, les Etats-Unis doivent remplir leurs obligations de protection et de respect des biens des missions diplomatiques même lorsque, comme dans le cas qui nous occupe, les relations diplomatiques sont devenues tendues, voire parfois ouvertement hostiles.

Plus fondamentalement, l'avocat de la partie demanderesse semble omettre que le juge de première instance dans l'action *Rubin* a évoqué la décision du tribunal de céans dans l'affaire *Flatow* et a expressément reconnu que les Etats-Unis avaient bien qualité, conformément à leurs obligations qui relèvent de la loi sur les missions étrangères, pour contester des mandats de saisie conservatoire visant *168 les locaux de la mission diplomatique de l'Iran (voir 408 F.Supp.2d, 558-59). En rendant sa décision, le juge de première instance a souligné la différence entre l'affaire dont il avait à connaître, impliquant des tiers privés et de grands enjeux du pouvoir exécutif en matière de politique étrangère en rapport avec la FSIA, et le devoir spécifique du Gouvernement fédéral de protection et de respect des missions diplomatiques étrangères. Le tribunal a donc du mal à comprendre en quoi la décision *Rubin* pourrait renforcer la thèse de la partie demanderesse. De plus, le tribunal s'étonne de ce que l'avocat de la partie demanderesse l'ait poussé avec véhémence à adopter sa lecture sélective de la jurisprudence du district nord de l'Illinois, sans commenter, ni encore moins citer, le précédent déterminant de notre tribunal fédéral de district et du circuit de Washington, D.C.

Enfin, le tribunal observe que l'avocat de la partie demanderesse, tout comme celui dans l'affaire *Roeder*, travestit constamment la nature des intérêts que les Etats-Unis entendent faire valoir dans cette action (voir *Roeder v. Islamic Republic of Iran*, 195 F.Supp.2d 140, 155 (D.D.C.2002)). Comme il est souligné dans tout cet exposé, les Etats-Unis ne comparaissent pas dans cette action pour défendre la République islamique d'Iran, contrairement à ce que l'avocat de la partie demanderesse suggère ; les Etats-Unis, au contraire, tiennent simplement à s'acquitter de leurs obligations en vertu de traités multilatéraux, qui servent de grands objectifs de politique internationale. La déclaration de la Maison Blanche, sous administration Clinton, en 1998 (voir *supra*, p. 165-66) semble fournir une bonne synthèse des intérêts de politique étrangère et de sécurité nationale des Etats-Unis dans ce dossier extrêmement tendu et politiquement sensible.

Le tribunal constate que la partie demanderesse juge que les Etats-Unis commettent une erreur en matière de politique étrangère en cette affaire. Toutes les victimes participant à ces actions pourraient avoir le sentiment que les Etats-Unis leur tournent le dos pour prendre la défense d'Etats soutenant le terrorisme. Toutefois, l'argumentation de l'avocat n'est ni rigoureuse ni objective, et elle n'établit en rien un fondement qui justifierait que le tribunal conteste la qualité pour agir des Etats-Unis en l'espèce. Les demandeurs ont le droit d'exprimer leur frustration à l'égard de la politique étrangère des Etats-Unis, mais cette frustration devrait être dirigée contre ceux qui

déterminent la politique étrangère au sein du pouvoir exécutif ou au Congrès, qui auraient le pouvoir d'accorder aux plaignants la réparation qu'ils souhaitent obtenir⁹.

***169 2) Les éléments additionnels déposés par la partie demanderesse ne sont pas parvenus selon les voies adéquates au tribunal, qui les rayera donc du dossier**

Les pièces additionnelles de la partie demanderesse (pièce n° 37) ont été déposées tardivement et sans l'autorisation du tribunal ; par conséquent, elles seront rayées du dossier. Voir par exemple *D.L. v. District of Columbia*, 450 F.Supp.2d 11, 20 (D.D.C.2006) (Lamberth, J.). En outre, le mémoire additionnel et les éléments qui l'accompagnent n'ont aucune pertinence aux fins de la présente action, et le tribunal n'a donc pas à les prendre en considération. Voir *Judicial Watch, Inc. v. U.S. Dep't of Commerce*, 224 F.R.D. 261, 263 (D.D.C.2004) (Lamberth, J.).

3) Pour les raisons énoncées dans l'affaire *Flatow*, l'exception pour activités commerciales n'est pas applicable en l'espèce

Depuis dix ans que la décision a été rendue dans l'affaire *Flatow*, l'aspect factuel des circonstances se rapportant aux biens de l'ambassade d'Iran n'a pas changé d'une manière qui appelle que la cour réviser sa décision antérieure en ce qui concerne l'exception pour activités commerciales prévue par la FSIA (§ 1610(a)(7)). Les arguments de la partie demanderesse sur ce point sont sans fondement. Comme le tribunal l'a expliqué dans l'affaire *Flatow*, l'exception pour activités commerciales s'applique lorsque l'Etat étranger — en l'occurrence l'Iran — utilise les biens en question à des fins commerciales (*Flatow*, 76 F.Supp.2d, 23). L'Iran utilisait les locaux en cause exclusivement à des fins diplomatiques lorsque les Etats-Unis ont rompu les relations diplomatiques en 1979. Si des activités commerciales ont été menées en relation avec ces biens — par exemple, la location de ces biens à des personnes privées —, elles l'ont été par les Etats-Unis conformément aux dispositions de la loi sur les missions étrangères. «En clair, bien que la location d'un bien par une personne privée puisse avoir un caractère commercial, le fait d'assumer la garde d'un bien

⁹ D'après la partie demanderesse, le rôle assumé par le bureau des missions étrangères résulterait d'une interprétation erronée des obligations incombant aux Etats-Unis en vertu de la convention de Vienne. A l'appui de cette assertion, la partie demanderesse note que, si l'article 22 précise que les locaux diplomatiques jouissent de l'immunité de saisie et de mesures d'exécution, l'article 45 est muet sur ce point. La partie demanderesse affirme donc qu'en vertu de l'article 45 de la convention de Vienne, les locaux des missions étrangères sont susceptibles de saisie et de mesures d'exécution dès lors que les relations diplomatiques sont rompues. L'interprétation que fait la partie demanderesse de l'article 45 n'est pas défendable. Premièrement, rien dans l'article 45 n'indique une intention d'abroger ou de supprimer de quelque autre manière que ce soit la protection et le respect dus par l'Etat accréditaire aux locaux des missions étrangères conformément à l'article 22. D'ailleurs, l'article 45, grâce à sa formulation claire, précise et renforce le devoir de respect et de protection qu'a l'Etat accréditaire envers les biens des missions étrangères, même lorsque les relations avec l'Etat en question sont dégradées, voire hostiles. Outre qu'il souligne le caractère inviolable de la responsabilité de protection et de respect de l'Etat accréditaire à l'égard des biens des missions étrangères, l'article 45 propose à l'Etat accréditaire différentes approches pratiques pour s'acquitter de ces obligations lorsque les relations diplomatiques ont été rompues. Par exemple, l'Etat accréditaire *peut* confier la garde des locaux de la mission à un Etat tiers (voir article 45 *b*) ; ainsi, loin de supplanter l'article 22, comme le suggère la partie demanderesse, l'article 45 ne fait que compléter cette disposition en proposant des approches pratiques auxquelles l'Etat accréditaire peut recourir à sa discrétion pour remplir ses obligations découlant de l'article 22. Plus fondamentalement toutefois, ce que la partie demanderesse exprime dans cette affaire peut être qualifiée de désapprobation et de frustration à l'égard de la politique étrangère des Etats-Unis vis-à-vis des biens des missions diplomatiques des Etats soutenant le terrorisme. Mais comme nous l'expliquons dans cette partie de l'exposé des motifs, cette désapprobation et cette frustration devraient plutôt s'adresser à ceux qui déterminent les politiques dans les deux branches politiques du Gouvernement fédéral. Le tribunal ne saurait nier la qualité pour agir des Etats-Unis en vue de défendre leurs positions de politique étrangère à l'égard des traités multilatéraux, pas plus qu'il n'a compétence pour s'exprimer sur le bien-fondé de ces choix de politique étrangère (voir par exemple *Holmes v. Laird*, 459 F.2d 1211, 1215 (D.C.Cir.1972) (soulignant que les discussions relatives à la portée des obligations conventionnelles des Etats-Unis à l'égard des autres Etats étrangers sont des questions politiques qui n'ont pas leur place dans les prétoires) ; *Kucinich v. Bush*, 236 F.Supp.2d 1, 16 (D.D.C.2002) (soulignant que les questions relatives à l'interprétation des traités et des autres accords entre Etats «sont des questions essentiellement politiques dont la résolution incombe aux branches politiques du gouvernement et non aux tribunaux»)).

diplomatique en vertu d'un pouvoir conféré par une loi fédérale est incontestablement une activité à caractère souverain» (*ibid.*, 23).

Il est sans conséquence que les biens de la mission étrangère de l'Iran à Washington soient actuellement vacants et, semble-t-il, en mauvais état. La loi sur les missions étrangères (en particulier le paragraphe *c*) de l'article 4301 et l'article 4305) confère au département d'Etat une très large latitude, voire une totale discrétion, quant à la préservation de ces biens. Dans l'exercice de cette discrétion, le bureau des missions étrangères doit certainement prendre en considération un certain nombre d'aspects et la hiérarchie des priorités dans un contexte de ressources limitées. Il n'appartient pas au tribunal de juger de l'opportunité des décisions prises par cet organe du pouvoir exécutif sur ce point.

De plus, la loi sur les missions étrangères dispose expressément que les biens sous garde du département *170 d'Etat ne sont pas susceptibles de saisie ou de mesures d'exécution (voir § 4308 *f*). Ainsi, la manière dont le bureau des missions étrangères a exercé sa prérogative d'entretien des biens de la mission diplomatique iranienne dont il avait la garde n'a absolument rien à voir avec la question de savoir si, en dernière analyse, ces biens doivent jouir de l'immunité de saisie. Pour exprimer les choses simplement, même si les biens en question ont été si mal entretenus qu'ils sont devenus inutilisables, comme le suggère la partie demanderesse, cela ne signifie en rien que, du fait de cette négligence, les Etats-Unis aient renoncé à tous droits sur ces biens au profit des bénéficiaires de décisions judiciaires rendues contre l'Iran.

4) Le paragraphe g) de l'article 1610 ne prive pas d'immunité les locaux diplomatiques de l'Iran

Comme il a été constaté précédemment, la partie demanderesse n'est pas fondée à invoquer le paragraphe *g*) de l'article 1610, car le jugement obtenu au titre de la FSIA relève de l'alinéa 7 du paragraphe *a*) de l'article 1605, et elle n'a pas choisi d'invoquer la récente disposition relative aux Etats soutenant le terrorisme, l'article 1605A. Plus fondamentalement, toutefois, le tribunal estime que, même si les demandeurs pouvaient soudainement fonder leur action sur l'article 1605A, l'issue de leurs mandats de saisie conservatoire resterait la même. Comme il a été noté, rien dans le paragraphe *g*) de l'article 1610 n'indique que le Congrès avait l'intention de supprimer l'immunité conférée de longue date aux locaux diplomatiques. Cette interprétation simple et directe du paragraphe *g*) de l'article 1610 est corroborée par les travaux préparatoires de sa rédaction. De plus, dans d'autres législations relevant de la FSIA, comme la TRIA et la VTVPA, le Congrès a clairement et directement traité la question de savoir si, et dans quelle mesure, les biens des missions diplomatiques d'Etats terroristes devraient jouir de l'immunité de saisie et de mesures d'exécution. Le fait que le Congrès passe totalement cette question sous silence dans ses lois les plus récentes indique que l'intention n'était pas de revenir sur l'immunité conférée de longue date aux biens des missions diplomatiques.

Même si, en présentant une interprétation dénaturée de l'article 1610, la partie demanderesse pouvait appuyer son assertion selon laquelle les biens de la mission diplomatique de l'Iran sont maintenant saisissables, le tribunal ne pourrait résoudre cette ambiguïté de la loi qu'en faveur des Etats-Unis, étant donné l'immunité indéniablement conférée à ces biens par la loi sur les missions étrangères et par la convention de Vienne (voir par exemple *Trans World Airlines, Inc. v. Franklin Mint Corp.*, 466 U.S. 243, 252, 104 S.Ct. 1776, 80 L.Ed.2d 273 (1984) ; *Hegna*, 287 F.Supp.2d, 610-611). De plus, priver d'immunité ces biens diplomatiques en l'absence d'indication expresse du Congrès constituerait, de l'avis du tribunal, un empiètement inadmissible sur les pouvoirs présidentiels en matière de conduite de la politique étrangère.

En statuant que les mandats de saisie conservatoire de la partie demanderesse doivent être annulés, le tribunal a pleinement conscience du parcours judiciaire long et difficile qu'ont eu à endurer les Bennett et tant d'autres victimes du terrorisme. Toutefois, compte tenu de l'état actuel de

la loi, le tribunal n'a d'autre choix que de faire droit à la requête en annulation des Etats-Unis. Dans l'éventualité où, à une date ultérieure, le Congrès ou le président déciderait que les biens de missions diplomatiques comparables à ceux en cause en l'espèce devaient être susceptibles de saisie, il est bien évident que le tribunal réexaminerait la question.

Une ordonnance séparée conforme à cette opinion est rendue ce jour.

Toutes citations

604 F.Supp.2d 152

ANNEXE 311

**ORDONNANCE, *BENNETT V. ISLAMIC REPUBLIC OF IRAN*, AFFAIRE N° 11-CV-5807
(DISTRICT NORD DE CALIFORNIE, 24 AVRIL 2020), ECF 210**

[Traduction]

Tribunal fédéral du district nord de Californie
Division de San Francisco

AFFAIRE 11-CV-5807-CRB-RMI

**ORDONNANCE FAISANT DROIT À LA REQUÊTE TENDANT À LEVER
LA SUSPENSION DE PROCÉDURE ET À ACCORDER UN RETRAIT**

MICHAEL BENNETT, *et al.*,
demandeurs,
contre
La République islamique d'Iran, *et al.*,
défendeurs.

VISA INC. et FRANKLIN RESOURCES, INC.,
tiers demandeurs,
contre
BANQUE MELLI,
tiers défendeurs,

et

Succession de Meir Kahane, *et al.*,
tiers défendeurs et
demandeurs sur reconvention.

Le tribunal est saisi d'une requête tendant à lever la suspension de procédure et à accorder un retrait qui a été déposée par Michael Bennett, *et al.*, demandeurs, par Carlos Acosta, *et al.*, tiers défendeurs et demandeurs sur reconvention, par Steven Greenbaum, *et al.*, tiers défendeurs et demandeurs sur reconvention, par la succession de Michael Heiser, *et al.*, tiers défendeurs et demandeurs sur reconvention, par Visa Inc., tiers demandeur, et par Franklin Resources, Inc., tiers demandeur. Après examen de la requête, il est par la présente :

Ordonné qu'il soit **fait droit** à la requête.

Il est en outre ordonné que les suspensions de procédure décidées le 3 décembre 2018 (docket n° 192) et le 19 décembre 2018 (docket n° 196) soient **levées**.

Il est en outre ordonné que Baker & McKenzie LLP, conseil de Visa Inc. et de Franklin Resources, Inc., soit par la présente autorisé à effectuer auprès du greffe du tribunal un retrait à hauteur de 324 130,60 dollars, qui seront prélevés sur le montant de 17 648 962,76 dollars, lequel avait été viré au greffe du tribunal le 8 mai 2012 ou aux alentours de cette date (docket n° 89).

Il est en outre ordonné que Baker & McKenzie LLP inscrive cette action au registre dans un délai de trois jours ouvrables après avoir reçu du greffe du tribunal le montant de 324 130,60 dollars, ainsi qu'il est susmentionné.

Il est en outre ordonné que Stroock & Stroock & Lavan LLP, conseil de Carlos Acosta, *et al.*, et de Steven Greenbaum, *et al.*, soit par la présente autorisé, au nom de Carlos Acosta, *et al.*, de Steven Greenbaum, *et al.*, de Michael Bennett, *et al.*, et de la succession de Michael Heiser, *et al.*, à effectuer un retrait à hauteur du solde des 17 648 962,76 dollars, virés au greffe du tribunal le 8 mai 2012 ou aux alentours de cette date (docket n° 89), y compris les intérêts et retours sur investissement, après que Baker & McKenzie LLP a inscrit l'action au registre, ainsi qu'il est susmentionné.

Il est en outre ordonné que, dans un délai de trois jours ouvrables après avoir reçu le solde des 17 648 962,76 dollars, ainsi qu'il est indiqué dans le paragraphe précédent, Stroock & Stroock & Lavan LLP transfère une partie de ces fonds à Bond & Norman Law, PC, conseil de Michael Bennett, *et al.*, et à DLA Piper LLP (US), conseil de la succession de Michael Heiser, *et al.*, ainsi qu'il est prévu dans l'accord de coopération et de règlement des litiges, conclu le 1^{er} mai 2012 par les Acosta, les Greenbaum, les Bennett et les Heiser.

Date : le 24 avril 2020.

(Signé) Le juge de district.

ANNEXE 313

**DEMANDE, *BENNETT V. ISLAMIC REPUBLIC OF IRAN*, AFFAIRE N° 11-CV-5807
(DISTRICT NORD DE LA CALIFORNIE, 2 DÉCEMBRE 2011)**

[Traduction]

Jane Carol Norman, esq.
N° 66998 du barreau de Californie
Bond & Norman, PLLC
777 Sixth Street, NW
Suite 410
Washington, DC 20001
Téléphone : 202/423-3863
Télécopie : 202/207-1041

Reçu le 2 décembre
2011

Greffe du tribunal
fédéral du district nord
de Californie

Tribunal fédéral du district nord de Californie

Michael Bennett
Linda Bennett
Administrateurs et coadministrateurs de
la succession de feu Marla Ann Bennett
c/o Thomas Fortune Fay, esq.
601 Pennsylvania Ave., NW
Suite 900 - South Building
Washington, DC 20004

Dépôt en ligne
Affaire CV 11 5807

Demandeurs

La République islamique d'Iran
Ministère des affaires étrangères
Khomeini Avenue
United Nations Street
Téhéran, Iran,

et

Le ministère du renseignement et de la sécurité de l'Iran
Pasdaran Avenue
Golestan Yekom
Téhéran, Iran,

et

Franklin Resources Inc
dba Franklin Templeton Fiduciary Trust
Adresse de service : CT Corporation Services, 818 W. 7th Street,
Suite 200, Los Angeles, CA 90017

et

Visa Inc
dba Visa International Service Association

Adresse de service : CT Corporation Services, 818 W. 7th Street,
Suite 200, Los Angeles, CA 90017

Défendeurs

DEMANDE

1. Le tribunal de céans a compétence à l'égard de l'objet de la présente action conformément au paragraphe 3 de l'alinéa g) de l'article 1605A et à l'article 1331 du titre 28 du code des Etats-Unis (ci-après le «titre 28»). Il s'agit d'une action réelle intentée conformément aux dispositions de l'article 1655 du titre 28. Les défendeurs, la République islamique d'Iran et son ministère du renseignement et de la sécurité, sont poursuivis en justice devant les tribunaux des Etats-Unis en vertu de la loi sur l'immunité des Etats étrangers [*Foreign Sovereign Immunities Act*], de l'article 1605A et du paragraphe 7 de l'alinéa a) de l'article 1605 du titre 28, qui était en vigueur avant la promulgation de l'article 1605A. Le tribunal de céans est compétent conformément au paragraphe 3 de l'alinéa f) de l'article 1391 du titre 28. Il s'agit d'une action réelle intentée en vue d'obtenir l'exécution d'un privilège, ainsi que le prévoient le paragraphe 3 de l'alinéa g) de l'article 1605A et l'article 1655 du titre 28.

2. Le défendeur, Franklin Resources Inc., dba Franklin Templeton Fiduciary Trust (ci-après «Franklin») est une société constituée en vertu du droit de l'Etat du Delaware qui, tout au long de la période considérée en la présente action, exerçait une activité dans l'Etat de Californie, en ce qui concerne le bien qui fait l'objet de la présente procédure réelle. Au cours de ladite activité, il a accepté des investissements, désignés comme le bien du défendeur, Visa, Inc., dont le propriétaire bénéficiaire était en réalité le défendeur, la République islamique d'Iran, pendant toute la période considérée en la présente action. Le défendeur, Visa, Inc., dba Visa International Service Association, (ci-après «Visa») est une société constituée en vertu du droit de l'Etat du Delaware qui, tout au long de la période considérée en la présente action, exerçait une activité dans l'Etat de Californie, en ce qui concerne le bien qui fait l'objet de la présente procédure réelle.

3. Les demandeurs, Michael Bennett et Linda Bennet, domiciliés dans l'Etat de Californie, sont les parents de la défunte, Marla Ann Bennet, qui a succombé aux blessures qu'elle a subies lors d'un attentat terroriste commis à Jérusalem, le 31 juillet 2002. Ils sont les coadministrateurs de la succession de celle-ci et, à ce titre, représentent, conformément au droit fédéral et au droit de l'Etat de Californie, l'autre bénéficiaire de ladite succession, Lisa Bennett, sœur de la défunte. Le 30 août 2007, une décision a été rendue en leur faveur et à l'encontre des défendeurs, la République islamique d'Iran et son ministère du renseignement et de la sécurité, à concurrence de 12 904 548,00 dollars, dont 404 548,00 dollars adjugés à la succession de Marla Bennett pour décès consécutif à un fait illicite, 5 000 000,00 dollars à Linda Bennett, 5 000 000,00 dollars à Michael Bennett et 2,5 millions de dollars à Lisa Bennett. A la date de la présente demande, ce montant reste dû dans son intégralité. Le 25 janvier 2011, le tribunal fédéral du district de Columbia a rendu une ordonnance conformément à l'alinéa c) de l'article 1610 du titre 28, autorisant les demandeurs à procéder à des saisies conservatoires et à des mesures d'exécution.

4. Le défendeur, la République islamique d'Iran, est un Etat étranger qui, à la date du 31 juillet 2002, était désigné en tant qu'Etat soutenant le terrorisme conformément au paragraphe j) de l'article 6 de la loi américaine de 1979 sur la gestion des exportations [*Export Administration Act*] (paragraphe j) de l'article 2405 de l'annexe du titre 50 du code des Etats-Unis) et l'est toujours à ce jour. Le défendeur, le ministère du renseignement et de la sécurité de l'Iran, est le service de renseignements iranien par lequel l'Iran a soutenu le groupe terroriste qui a causé les exécutions extrajudiciaires décrites ci-après.

5. La défunte Marla Ann Bennett, une ressortissante américaine de 24 ans, étudiait à l'Université de Californie, à Berkeley, et envisageait de devenir enseignante. Etudiante de troisième cycle, elle travaillait à son master en études juives au Pardes Institute of Jewish Studies à Berkeley et participait, au moment de son décès, au programme d'enseignement juif du Melton Center à l'Université hébraïque de Jérusalem. Le mercredi 31 juillet 2002, elle déjeunait en compagnie de deux de ses amis, Harris-Gershon et Benjamin Blutstein¹, à la cafétéria de l'Université hébraïque de Jérusalem. Elle s'apprêtait à passer un examen final plus tard cet après-midi-là, le dernier de la session d'été. Elle devait prendre l'avion pour San Diego avec son petit ami, Michael Simon, deux jours plus tard.

6. A 13 h 40 (heure locale), une bombe artisanale à clous a explosé dans la cafétéria bondée, tuant Marla Ann Bennett ainsi que six autres personnes et en blessant plus de 80 autres, principalement des étudiants. La bombe, contenue dans un sac, avait été déposée par un agent du Hamas dans la cafétéria, puis déclenchée au moyen d'un téléphone cellulaire. D'après les conclusions du président Lamberth du tribunal fédéral du district de Columbia, ces faits ont été commis par un agent du Hamas, avec le soutien matériel du défendeur, la République islamique d'Iran.

7. Au titre de l'article 1702 du titre 50 du code des Etats-Unis, le président peut :

«A) examiner, régir ou interdire

- i) toute opération de change,
- ii) tout transfert de solde créditeur ou paiement entre, par, via ou vers toute institution bancaire, dès lors qu'un pays ou un ressortissant étranger y a un intérêt,
- iii) l'import ou l'export de devises ou de valeurs mobilières, par toute personne ou en ce qui concerne tout bien relevant de la juridiction des Etats-Unis». Voir annexe A ci-jointe.

Le 9 avril 1980, aux termes des articles 1701 à 1706 du titre 50 du code des Etats-Unis (Registre fédéral, vol. 45, p. 24432), le président, par règlement, a exercé son autorité comme suit (annexe B) :

«Article 535.201. Transactions impliquant des biens auxquels l'Iran ou des entités iraniennes ont un intérêt. Aucun bien relevant de la compétence des Etats-Unis ou en la possession ou à la disposition d'un ressortissant des Etats-Unis, auquel, à la date effective ou après celle-ci, l'Iran a un intérêt de quelque nature que ce soit, ne peut faire l'objet d'un transfert, paiement, exportation, retrait ou autre opération, sauf autorisation exceptionnelle.»

Le bureau de contrôle des actifs étrangers [Office of Foreign Assets Control] du département du trésor des Etats-Unis confirme qu'aucun des défendeurs n'a d'autorisation pour effectuer des opérations d'investissements pour la République islamique d'Iran.

8. Le 2 novembre 2011, les demandeurs, par l'intermédiaire de leur conseil, ont déposé une notification d'action en cours contre le défendeur Franklin en vertu des dispositions du paragraphe 1 de l'alinéa g) de l'article 1605A du titre 28, ayant pour effet de créer un privilège sur le bien meuble corporel du défendeur, la République islamique d'Iran, consistant en valeurs détenues à des fins

¹ Benjamin Blutstein a succombé aux blessures qu'il a subies lors de l'attentat décrit dans la présente demande.

d'investissement par le défendeur Franklin sur un compte au nom du défendeur Visa. Ce privilège est exécuté conformément au chapitre 111 du titre 28 (article 1655).

9. L'assignation à comparaître signifiée aux Etats étrangers est régie par les dispositions du paragraphe *a)* de l'article 1608 du titre 28, dont la partie pertinente prévoit différents moyens d'assignation : 1) par toute convention particulière passée avec le défendeur ; 2) par toute convention internationale en vigueur ; 3) sous n'importe quelle forme requérant la signature d'un accusé de réception ; ou si l'assignation ne peut être signifiée par l'un des moyens susmentionnés, par la voie diplomatique. En outre, le paragraphe *d)* de l'article 1608 du titre 28 dispose que l'Etat étranger «doit déposer ses conclusions écrites ou autre réponse ... dans les soixante jours suivant la date à laquelle l'assignation lui a été signifiée».

Pour cette raison, compte tenu de ce qui précède, les demandeurs prient le tribunal de bien vouloir :

- 1) ordonner au greffier du tribunal de céans de signifier une assignation à comparaître au défendeur, la République islamique d'Iran, exigeant que celui-ci dépose des conclusions écrites ou autre réponse dans les soixante jours ;
- 2) ordonner au greffier du tribunal de céans de signifier une assignation à comparaître aux défendeurs, Franklin Resources Inc., dba Franklin Templeton Fiduciary Trust et Visa, Inc., dba Visa International Service Association, exigeant que chacun d'eux dépose des conclusions écrites ou autre réponse dans les trente jours ;
- 3) ordonner, après audience, au défendeur, la République islamique d'Iran, la remise d'actifs à concurrence suffisante pour exécuter la décision, avec paiement d'intérêts au taux en vigueur prévu par la loi, et condamner le défendeur aux dépens qu'il fixera.

Le 2 décembre 2011.

(Signé) Jane Carol NORMAN, esq.
N° 66998 du barreau de Californie
Bond & Norman, PLLC
777 Sixth Street, NW
Suite 410
Washington, DC 20001
Téléphone : 202/423-3863
Télécopie : 202/207-1041
Courriel : JNormas425@aol.com

(Signé) Thomas Fortune FAY.
D.C. Bar Id. 23929
Thomas Fortune Fay, P. A.
601 Pennsylvania Ave., N.W.
Suite 900
Washington, DC 20004
Téléphone : (202) 638-4534
Avocat des demandeurs
Courriel : ThomasFay@aol.com

ANNEXE A

ARTICLE 1702 DU TITRE 50 DU CODE DES ETATS-UNIS

Article 1702 — Pouvoirs présidentiels

a) Généralité

1) Au moment et dans la mesure prévus à la section 202 [article 1701 du titre 50 du code des Etats-Unis], le président peut, en application de toute réglementation qu'il pourrait publier, par voie de directives, d'autorisations ou autres —

A) examiner, régir ou interdire

i) toute opération de change,

ii) tout transfert de solde créditeur ou paiement entre, par, via ou vers toute institution bancaire, dès lors qu'un pays ou un ressortissant étranger y a un intérêt,

iii) l'import ou l'export de devises ou de valeurs mobilières, par toute personne ou en ce qui concerne tout bien relevant de la juridiction des Etats-Unis ;

B) examiner, bloquer pendant la durée de l'instance, régir, ordonner et contraindre, annuler, abroger, prévenir ou interdire l'achat, la détention, la rétention, l'utilisation, le transfert, le retrait, le transport, l'importation, l'exportation ou toute autre opération commerciale ou l'exercice d'un quelconque droit, pouvoir ou privilège ou toute autre transaction en relation avec tout bien dans lequel un pays ou un ressortissant étranger a un quelconque intérêt ou relevant de la juridiction des Etats-Unis ; et

C) lorsque les Etats-Unis sont engagés dans des hostilités armées ou sont attaqués par un pays ou des ressortissants étrangers, confisquer tout bien, relevant de leur juridiction, à toute personne, organisation ou pays étrangers que le président juge avoir planifié, autorisé ou soutenu de telles hostilités ou attaques à leur encontre ou être impliqué dans lesdits actes ; tout droit, titre et intérêt sur tout bien ainsi confisqué est dévolu, au moment, de la manière et selon les termes prescrits par le président, à l'agence ou à la personne que celui-ci peut désigner périodiquement, et selon les termes et conditions que le président peut prescrire, cet intérêt ou bien est détenu, utilisé, administré, liquidé, vendu ou géré autrement dans l'intérêt et au bénéfice des Etats-Unis, et l'agence ou la personne ainsi désignée peut effectuer tout acte lié à l'accomplissement de ces buts.

2) Dans l'exercice des pouvoirs qui lui sont conférés par le paragraphe 1, le président peut exiger de toute personne qu'elle tienne un compte rendu complet et fournisse sous serment, sous la forme de rapports ou sous toute autre forme, des informations exhaustives sur tout acte ou transaction visé au paragraphe 1, avant, pendant ou après son accomplissement, ou sur tout intérêt dans un bien étranger ou sur tout bien dans lequel un pays ou un ressortissant étranger a ou a eu un quelconque intérêt, ou de toute autre manière susceptible d'être nécessaire à l'application des dispositions dudit paragraphe. Dans tous les cas où un tel rapport peut être requis en vertu du présent paragraphe, le président peut exiger que la personne concernée produise tout livre de compte, archives, contrats, lettres, mémorandums ou autre document en sa possession ou à sa disposition.

3) Le respect de tout règlement, directive ou consigne adopté en vertu du présent titre [articles 1701 et suivants du titre 50 du code des Etats-Unis] est, dans la mesure de celui-ci, une décharge complète, à toutes fins, de l'obligation de la personne faisant de même. Nul ne peut être tenu pour responsable devant aucune juridiction pour ou à l'égard de tout fait

ou omission de bonne foi en ce qui concerne l'administration du présent titre, en vertu de celui-ci ou en relation avec celui-ci, ou tout règlement, directive ou consigne adopté en vertu de celui-ci.

- b) Exceptions à l'octroi de pouvoirs. Les pouvoirs conférés au président par la présente section n'incluent pas celui de régir ou d'interdire, directement ou indirectement :
- 1) toute communication personnelle par voie postale, télégraphique, téléphonique ou autre, qui n'implique le transfert d'aucune valeur, quelle qu'elle soit ;
 - 2) les dons, par des personnes relevant de la juridiction des Etats-Unis, d'articles, tels que de la nourriture, des vêtements et des médicaments, destinés à soulager la souffrance humaine, sauf si le président juge que ces dons A) entraveraient gravement sa capacité à gérer toute urgence nationale déclarée au titre de la section 202 du présent titre [article 1701 du titre 50 du code des Etats-Unis], B) répondent à la coercition exercée contre le bénéficiaire ou le donateur envisagé, ou C) mettraient en danger les forces armées des Etats-Unis engagées dans des hostilités ou qui risquent de l'être de manière imminente, ainsi que cela ressort clairement des circonstances ; [ou]
 - 3) l'importation en provenance de tout pays ou l'exportation vers tout pays, d'ordre commercial ou autre, indépendamment du format ou du moyen de transmission, de toute information ou matériaux informationnels, notamment publications, films, affiches, enregistrements sonores, photographies, microfilms, microfiches, bandes, disques compacts, CD ROMS, œuvres et fils d'actualité. Les exportations exemptées de réglementation ou d'interdiction par le présent paragraphe n'incluent pas celles qui font par ailleurs l'objet de contrôles au titre de la section 5 de la loi de 1979 sur l'administration des exportations [*Export Administration Act*] [article 2404 de l'annexe du titre 50 du code des Etats-Unis] ou au titre de la section 6 de ladite loi [article 2405 de l'annexe du titre 50 du code des Etats-Unis], dans la mesure où ces contrôles promeuvent les politiques adoptées par les Etats-Unis en matière de non-prolifération ou de lutte contre le terrorisme, ou en ce qui concerne les actes qui sont interdits par le chapitre 37 du titre 18 du code des Etats-Unis [articles 791 et suivants du titre 18 du code des Etats-Unis] ; ou
 - 4) toute transaction généralement connexe à un déplacement vers ou depuis tout pays, y compris l'importation de bagages personnels accompagnés, le fait de pouvoir subvenir à ses besoins dans tout pays, notamment les frais de subsistance et l'achat de biens ou de services à usage personnel, et l'organisation ou la facilitation d'un tel déplacement, y compris les voyages terrestres, maritimes ou aériens non programmés.
- c) Information classée secrète. Lors de l'examen judiciaire d'une décision prise au titre de la présente section sur la base d'informations classées secrètes (telles que définies au paragraphe a) de la section 1 de la loi relative aux renseignements classés secrets [*Classified Information Procedures Act*] [paragraphe a) de la section 1 de l'annexe du titre 18 du code des Etats-Unis], lesdites informations peuvent être transmises à la juridiction d'appel *ex parte* et à huis clos. La présente sous-section ne confère ni ne suppose de droit à un examen judiciaire.

Précédents

(28 décembre 1977, droit public 95-223, titre II, article 203, 91 Stat. 1626 ;
23 août 1988, droit public 100-418, titre II, sous-titre E, article 2502(b)(1), 102 Stat. 1371 ;
30 avril 1994, droit public 103-236, titre V, partie A, article 525(c)(1), 108 Stat. 474 ;
26 octobre 2001, droit public 107-56, titre I, article 106, 115 Stat. 277.)

ANNEXE B

[Code de réglementation fédérale]

[Titre 31, volume 2, parties 200 — fin]

[Révisé le 1^{er} juillet 1997]

Du bureau des publications du Gouvernement des Etats-Unis (GPO), par l'intermédiaire du service GPO Access

[CITE : 31CFR535]

[Pages 513-547]

TITRE 31 — MONNAIE ET FINANCE : TRÉSOR

Chapitre V - Bureau de contrôle des actifs étrangers, département du trésor

Partie 535 — Réglementation relative au contrôle des avoirs iraniens

Sous-partie B — Interdictions

Article 535.201 — Transactions impliquant des biens auxquels l'Iran ou des entités iraniennes ont un intérêt

Aucun bien relevant de la compétence des Etats-Unis ou en la possession ou à la disposition d'un ressortissant des Etats-Unis auquel, à la date effective ou après celle-ci, l'Iran a un intérêt de quelque nature que ce soit, ne peut faire l'objet d'un transfert, paiement, exportation, retrait ou autre opération, sauf autorisation exceptionnelle.

[45 FR 24432, 9 avril 1980]

Le Conseil de l'Organisation de Coopération et de Développement Economiques a adopté, le 12 octobre 1967, une Résolution relative au Projet de Convention sur la Protection des Biens Etrangers qui a été préparé par un des Comités de l'Organisation.

Le texte de cette Résolution est reproduit ci-après.

RESOLUTION DU CONSEIL
RELATIVE AU PROJET DE CONVENTION
SUR LA PROTECTION DES BIENS ETRANGERS

(Adoptée par le Conseil à la 150ème séance,
le 12 octobre 1967)*

Le Conseil,

VU les dispositions de la Convention relative à l'Organisation de Coopération et de Développement Economiques qui concernent l'expansion économique et l'assistance aux pays en voie de développement;

VU les Rapports du Comité des Transactions Invisibles ainsi que les Commentaires du Comité des Paiements sur le Projet de Convention sur la Protection des Biens Etrangers;

VU le texte du Projet de Convention sur la Protection des Biens Etrangers ainsi que les Notes et Commentaires qui constituent son interprétation (appelés ci-dessous le "Projet de Convention");

CONSTATANT que le Projet de Convention rassemble des principes reconnus en matière de protection des biens étrangers, assortis de règles destinées à rendre plus effective l'application de ces principes;

CONSIDERANT que l'affirmation claire de ces principes contribuera d'une manière appréciable au renforcement de la coopération économique internationale sur la base du droit international et de la confiance mutuelle;

CONSIDERANT que l'application plus large de ces principes dans la législation nationale et les accords internationaux encouragera les investissements à l'étranger;

ESTIMANT que le Projet de Convention sera un document utile dans la préparation d'accords sur la protection des biens étrangers;

NOTANT la conclusion d'une Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats;

I. REAFFIRME l'adhésion des pays Membres aux principes du droit international contenus dans le Projet de Convention;

II. RECOMMANDE que le Projet de Convention serve de base à une application plus large et plus effective de ces principes;

III. APPROUVE la publication du Projet de Convention, ainsi que de la présente Résolution.

* Les Délégués de l'Espagne et de la Turquie se sont abstenus.

PROJET DE CONVENTION
SUR LA
PROTECTION DES BIENS ÉTRANGERS
Texte accompagné de Notes
et de Commentaires

TABLE DES MATIERES

Préambule	11
Article Premier - Régime des biens étrangers.....	13
Article 2 - Respect des engagements	19
Article 3 - Saisie de biens	23
Article 4 - Recommandation relative aux transferts	29
Article 5 - Violation de la Convention	31
Article 6 - Dérogations	33
Article 7 - Différends	37
Article 8 - Autres accords internationaux	45
Article 9 - Définitions	47
Article 10 - Ratification	53
Article 11 - Champ d'application territoriale	55
Article 12 - Entrée en vigueur	57
Article 13 - Retrait	59
Article 14 - Signature et adhésion	61
Annexe concernant le Statut du Tribunal Arbitral	63

PREAMBULE

SOUHAITANT renforcer la coopération économique internationale fondée sur le droit international et sur la confiance mutuelle;

RECONNAISSANT qu'il importe de promouvoir les mouvements de capitaux nécessaires à l'activité et au développement économiques;

CONSIDERANT la contribution qu'ils apporteront à ces fins en réaffirmant nettement les principes reconnus qui régissent la protection des biens étrangers et en les liant à des règles ayant pour objet de rendre plus efficace l'application de ces principes sur le territoire des Parties à la présente Convention;

SOUHAITANT que d'autres Etats se joignent à eux et adhèrent à la présente Convention;

Les ETATS signataires de la présente Convention SONT CONVENUS de ce qui suit :

Article Premier

REGIME DES BIENS ETRANGERS

a) Chacune des Parties s'engage à assurer à tout moment un traitement juste et équitable aux biens des ressortissants des autres Parties. Sur son territoire, chacune des Parties accordera une protection et une sécurité constantes à ces biens et n'entravera en aucune façon leur gestion, leur entretien, leur utilisation, leur jouissance ou leur liquidation par des mesures injustifiées ou discriminatoires. Le fait d'accorder à certains ressortissants d'un Etat un traitement plus favorable que celui que prévoit la présente Convention ne sera pas considéré comme une discrimination contre les ressortissants d'une Partie pour la seule raison que ledit traitement ne leur est pas accordé.

b) Les dispositions de la présente Convention sont sans préjudice du droit de toute Partie d'autoriser ou d'interdire l'acquisition de biens ou l'investissement de capitaux sur son territoire par des ressortissants d'une autre Partie.

NOTES ET COMMENTAIRES RELATIFS A L'ARTICLE PREMIER

Paragraphe a) : REGIME GENERAL DES BIENS ETRANGERS

1. Les obligations

Le respect et la protection qu'un Etat doit aux biens des ressortissants des autres Etats constituent un principe général bien établi du droit international. De ce principe fondamental découlent les trois règles énoncées au paragraphe a) de l'Article Premier, à savoir A) que chaque Partie doit assurer aux biens des ressortissants des autres Parties à la Convention sur lesquels s'étend sa juridiction un traitement juste et équitable ; B) qu'elle doit leur assurer une protection et une sécurité constantes ; C) que chaque Partie doit faire en sorte que l'exercice des droits concernant ces biens et mentionnés au paragraphe a) ne soit pas entravé par des mesures injustifiées ou discriminatoires. Ces règles sont examinées successivement dans les Notes 4 à 8. Toutefois, le paragraphe b) de l'Article Premier (voir Note 9 ci-après) stipule expressément que ledit Article (non plus, au demeurant, que les autres dispositions de la Convention) ne donne pas à un ressortissant d'une Partie le droit d'acquérir des biens sur le territoire des autres Parties et qu'il n'oblige pas ces autres Parties à admettre les biens ou investissements du ressortissant en question.

2. Objet de la protection : les biens

a) En droit international les règles figurant dans la Convention et en particulier à l'Article Premier s'appliquent aux "biens" dans l'acception la plus large du terme qui englobe les investissements sans s'y limiter. On trouvera une définition du terme "biens" à l'Article 9 c) de la Convention et dans les Notes qui s'y rapportent.

b) Dans les limites de la compétence d'une Partie, les dispositions de la Convention s'appliquent à tous les biens des ressortissants des autres Parties, qu'ils aient été acquis avant ou après la date d'entrée en vigueur de la Convention en ce qui concerne la Partie en question. Toutefois, les mesures législatives ou administratives prises à l'égard de tels biens par la Partie en question avant cette date ne sont pas couvertes par la Convention en tant que telle [voir Article 12 c)]. D'une manière générale, pour être visés par les dispositions de la Convention, les biens doivent avoir été acquis ou investis de façon licite par le ressortissant étranger ou par la personne dont il tient ses droits.

3. Ressortissants

Un Etat est tenu de respecter les biens des ressortissants étrangers au premier chef, à l'égard non pas de l'étranger en cause, mais

de l'Etat dont celui-ci est le ressortissant et ce n'est qu'au nom de ses propres ressortissants qu'un Etat peut exiger des autres Etats qu'ils respectent cette obligation. Ce droit est nécessairement ainsi limité du fait que, pour reprendre les termes de la Cour Permanente de Justice Internationale*, "c'est le lien de nationalité entre l'Etat et l'individu qui seul donne à l'Etat le droit de protection diplomatique" [voir aussi sur le concept de nationalité en matière de protection diplomatique l'Article 9 a) et la Note 1 relative à cet Article]. De même, comme la Cour l'a précisé dans une autre espèce** : "En prenant fait et cause pour l'un des siens et en engageant, en sa faveur, une action diplomatique ou une action judiciaire internationale, cet Etat fait, à vrai dire, valoir ses propres droits, le droit qu'il a de faire respecter, en la personne de ses ressortissants, le droit international". Le lien de nationalité se manifeste non seulement dans la personne du ressortissant qui se trouve à l'étranger, mais aussi dans ceux de ses biens qui tombent sous la juridiction d'un autre Etat alors qu'il peut se trouver lui-même sur le territoire de son propre pays.

Première règle : Traitement juste et équitable

4. a) L'expression "traitement juste et équitable" qui figure habituellement dans les accords bilatéraux traitant de ces questions, désigne le régime que chaque Etat doit normalement réserver, d'après le droit international, aux biens des ressortissants étrangers. Sous réserve des impératifs essentiels de sécurité [voir Article 6 i)], cette "norme" exige que la protection assurée en vertu de la Convention soit celle qui est généralement accordée par la Partie en question à ses propres ressortissants, mais du fait qu'elle est fixée par le droit international, cette "norme" peut dépasser le traitement des propres ressortissants si le droit national ou les pratiques administratives nationales sont d'un niveau inférieur à celui qu'exige le droit "international". La norme exigée est conforme en fait à la "norme minimum" du droit international coutumier.

b) Chaque Partie doit non seulement accorder mais encore "assurer" un traitement juste et équitable des biens des ressortissants des autres Parties. Elle sera, bien entendu, tenue pour responsable de tous actes ou omissions qui peuvent lui être imputés en droit international coutumier (voir Article 5).

Deuxième règle : Protection et sécurité constantes

5. "Une protection et une sécurité constantes" doivent être accordées sur le territoire de chacune des Parties aux biens des ressortissants des autres Parties. Reprenant la formule traditionnelle des traités bilatéraux américains***, la règle énonce l'obligation pour chaque

* Affaire Panevezys - Chemin de fer de Saldutiskis, citée dans Edvard Hambro "The Case Law of the International Court", Vol. I (appelé ci-dessous Hambro I), N° 348, p. 288.

** Affaire Mavrommatis, citée dans Hambro I, N° 347, p. 288.

*** Voir par exemple l'Article V (1) du Traité américano-allemand, l'Article VI (1) du Traité américano-nicaraguayen et également l'Article 8 (1) du Traité anglo-iranien.

Partie de montrer toute la diligence requise en ce qui concerne les actions des pouvoirs publics et autres intéressés à l'égard de ces biens.

*Troisième règle : Exclusion des mesures injustifiées
ou discriminatoires*

6. Généralités

a) Outre les obligations examinées dans les Notes 4 et 5, l' Article Premier prévoit que "la gestion, l'entretien, l'utilisation, la jouissance et la liquidation" des biens appartenant à des ressortissants d'autres Parties ne doivent "en aucune manière" être entravés par des mesures injustifiées ou discriminatoires*. L'"entretien" est sans doute implicitement contenu dans la notion de "gestion" et de plus constitue une condition préalable à l'"utilisation" ou à la "jouissance". Ce terme a été ajouté pour plus de clarté. Il est moins certain que la "liquidation" soit implicitement couverte par ces notions. Cependant, le seul fait de savoir que des mesures ont été prises et empêchent ou limitent la "liquidation" des biens en réduit la valeur et en trouble la "jouissance". Le terme indique donc avec plus de précision les limites dans lesquelles l'exercice des droits de propriété est protégé en vertu de la Convention. D'autre part, il ne peut être présumé que le droit de "jouissance" de biens implique pour la Partie intéressée l'obligation d'autoriser automatiquement des transferts relatifs à ces biens.

b) L'exercice des droits visés au paragraphe précédent ne doit en aucune façon être "entravé" par des mesures injustifiées ou discriminatoires. En d'autres termes, on pourra établir que l'obligation a été violée si on peut démontrer qu'une mesure donnée :

- i) est "injustifiée" ou "discriminatoire" - on trouvera une analyse de ces termes dans les Notes 7 et 8 ci-après;
- ii) qu'elle peut être attribuée à la Partie contre laquelle la plainte est formulée (voir Article 5) ;
- iii) et qu'elle entrave l'exercice de l'un quelconque des droits énumérés. Ainsi, il ne suffit pas de prouver comme dans le cas du "traitement juste et équitable" (voir Note 4) que la mesure au sujet de laquelle la plainte est formulée est contraire à des normes fixées par le droit international ; il faut aussi démontrer que, du fait de cette mesure, les possibilités effectives d'exercice du droit en question sont réduites.

7. Mesures injustifiées

a) Une Partie viole des obligations si l'on peut apporter la preuve que l'exercice d'un des droits qui sont énumérés à l' Article

* Des traités bilatéraux récents prévoient fréquemment l'exclusion des mesures injustifiées et discriminatoires; voir Article VI(3) du Traité américano-néerlandais; voir aussi Article V(1) du Traité américano-japonais et Article 8 (2) du Traité anglo-iranien notamment.

Premier est entravé par une mesure "injustifiée" qui peut être attribuée à cette Partie (voir Article 5).

b) La mesure en question peut avoir été prise par la Partie intéressée ou en son nom dans l'exercice de ses pouvoirs souverains. Le fait qu'elle a été prise de la sorte ne saurait être négligé lorsqu'il s'agit de déterminer si elle est légitime. Toutefois, même si le pouvoir en vertu duquel la mesure a été prise n'est pas contesté, cette dernière peut être illicite du fait de la manière dont le pouvoir a été exercé ou des circonstances dans lesquelles il l'a été. Dans de nombreux cas une telle mesure viole, d'autre part, la règle du "traitement juste et équitable" (voir Note 4 ci-dessus).

c) Ainsi, interprétant l'Article 4 de la Charte des Nations Unies relatif à l'admission aux Nations Unies, le Juge Azvedo, dans son Opinion Personnelle (citant les droits brésilien, soviétique et suisse), a estimé que dans tout ordre juridique un droit doit être exercé conformément aux critères de la normalité, compte tenu du but social de la loi et qu'en outre, même les décisions arbitraires prises dans l'exercice du droit en question souffrent des restrictions*. De même, il a été jugé à plusieurs reprises par la Cour Permanente de Justice Internationale que l'abus de droit ou le manquement au principe de la bonne foi donnerait à un acte, d'autre part légitime, le caractère d'une violation d'un Traité**.

d) Le fait qu'une mesure est injustifiée ne peut pas se présumer ; il doit être prouvé.

8. Mesures discriminatoires

a) Une Partie est considérée comme ayant violé les obligations s'il peut être montré que l'exercice d'un des droits relatifs aux biens énumérés à l'Article Premier est entravé par une mesure "discriminatoire" qui peut être imputée à ladite Partie (voir Note 1 relative à l'Article 5).

b) Il s'agit encore ici de réaffirmer un point de droit. Le fait même que l'histoire des relations internationales abonde en exemples de gouvernements faisant des représentations officielles contre des mesures de discrimination économique dommageable suppose implicitement que l'on reconnaît en principe que des mesures par ailleurs légales peuvent perdre leur légitimité juridique du fait de leur caractère discriminatoire. L'interdiction de la discrimination est conforme aux principes fixés par la Cour Permanente de Justice Internationale dans le cas de certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise et dans le cas du traitement des nationaux polonais à Dantzig***.

c) La situation est la même si la mesure qui fait l'objet de la plainte est expressément ou exclusivement dirigée contre les biens du ressortissant pour le compte duquel réparation est demandée ou si elle

* Avis consultatif sur les conditions de l'admission aux Nations Unies, Recueil de la C.J.I., 1947-48, pp. 57 à 80. Voir aussi p. 83.

** Affaire de la Haute-Silésie polonaise et affaire des zones franches de la Haute-Savoie, citées dans Hambro I, Nos 100 et 101, p. 72.

*** Voir Hambro I, Nos 246 et 315, pp. 200 et 260.

-102-
est formulée dans des termes généraux tels que les biens en question s'y trouvent compris. En d'autres termes, la "discrimination de facto" est illicite.

d) La discrimination, du point de vue de l'Article Premier, est en substance une différenciation dans le traitement que ne justifient pas des considérations légitimes et qui se manifeste par les mesures en cause. Que la différenciation consistant à réserver un traitement plus favorable à certaines personnes - quelle que soit leur nationalité - ne constitue pas en soi une discrimination contre d'autres ressortissants, est réaffirmé dans la dernière phrase du paragraphe a).

e) Cette discrimination peut prendre quatre formes ; elle peut, en effet, introduire une différenciation dans le traitement des biens i) de ressortissants de la même Partie (étrangère) à la Convention, ii) de ressortissants de plusieurs Parties, iii) de ressortissants d'une Partie et de ceux d'un Etat tiers, et iv) de ressortissants d'une autre Partie et de ses propres ressortissants.

Paragraphe b) : LA CONVENTION ET L'ACQUISITION DE BIENS

9. a) Tout Etat est tenu de respecter les biens des étrangers qui se trouvent sous sa juridiction (voir Note 1), mais aucun Etat n'est tenu, sauf s'il y consent, d'admettre des étrangers sur son territoire ou de leur permettre d'y acquérir des biens. Par conséquent, le paragraphe b) de l'Article Premier confirme que les dispositions de la Convention n'affectent pas le droit de chaque Partie de contrôler l'acquisition de biens et l'investissement de capitaux par des ressortissants d'une autre Partie sur son territoire. La Convention a pour objet de protéger les biens après qu'ils ont été acquis ou les investissements après qu'ils ont été effectués.

b) Rien dans la Convention ne devrait être interprété comme interdisant à une Partie d'exiger que des ressortissants étrangers se dessaisissent de biens acquis par héritage, à condition que lorsqu'une telle exigence est imposée, ces ressortissants disposent de délais et de conditions raisonnables pour céder les biens ainsi acquis.

ORGANISATION DE COOPERATION
ET DE DEVELOPPEMENT ECONOMIQUES

DIFFUSION RESTREINTE

Paris, réd : 27 mai 1984

dist : 18 sept. 1984

IME(84)14

Barème 4

Or. angl.

COMITE DE L'INVESTISSEMENT INTERNATIONAL ET
DES ENTREPRISES MULTINATIONALES

ACCORDS INTERGOUVERNEMENTAUX RELATIFS AUX INVESTISSEMENTS
DANS LES PAYS EN DEVELOPPEMENT

(Rapport du Comité de l'Investissement international
et des entreprises multinationales)

1. Le but de ce rapport est d'examiner l'expérience acquise dans la mise en oeuvre des principaux types d'accords intergouvernementaux destinés à protéger et encourager les investissements directs étrangers dans les pays en développement, à savoir les traités d'amitié, de commerce et de navigation (ACN), les accords de garantie des investissements, les conventions pour la protection des investissements, les accords généraux de coopération économique comprenant des clauses relatives aux investissements et les accords par secteur ou relatifs à un projet. A cette fin, le rapport décrit d'abord les objectifs et les tendances qui apparaissent en matière de coopération intergouvernementale en ce domaine (Section I), analyse ensuite la portée et les caractéristiques principales des différents types d'accords (Section II), ainsi que leur efficacité pour la réalisation des objectifs généraux poursuivis (Section III), traite enfin des perspectives d'avenir. Il s'appuie sur les contributions reçues des pays Membres en réponse à un questionnaire.

I. PRINCIPAUX OBJECTIFS ET TENDANCES NOUVELLES DES ACCORDS
INTERGOUVERNEMENTAUX EN MATIERE D'INVESTISSEMENTS

2. Ainsi qu'il ressort de la dernière étude du Comité sur les tendances récentes de l'investissement international (1), depuis 1974, les pays en développement ont eu largement recours aux investissements directs étrangers.

23.073
W. 2819B

Qui plus est, la part des pays en développement en tant que pays d'accueil dans la masse des investissements directs à l'étranger de presque tous les grands investisseurs s'est accrue, inversant par conséquent la tendance observée au cours des périodes antérieures où cette part était en général en diminution (2). En même temps, la part des investissements directs dans le total des apports à des conditions non libérales s'est beaucoup réduite principalement en raison du développement rapide des crédits à l'exportation et des crédits financiers. Il y a eu un glissement notable des investissements directs étrangers de la prospection et de l'exploitation minières vers les industries de fabrication et les services, et le gros des investissements vers les pays en développement se concentre sur un très petit nombre d'entre eux. Ces tendances tiennent, semble-t-il, à la conjonction de facteurs économiques et politiques : étroitesse des marchés, manque d'infrastructures de base, inadaptation des structures économiques, restrictions imposées à l'entrée des produits en provenance des pays en développement sur les marchés des pays industrialisés et instabilité politique des pays d'accueil. Les efforts entrepris pour favoriser une nouvelle phase de croissance et une répartition plus équilibrée des investissements directs étrangers dans les pays en développement devront, pour réussir, s'attaquer à tous ces problèmes dans le cadre de tout un ensemble de mesures dont les accords internationaux constituent un élément important.

3. Parmi les problèmes énumérés ci-dessus, la crainte de risques éventuels -- qu'ils soient de nature économique ou politique -- semble être l'obstacle majeur à l'investissement, surtout dans les secteurs qui appellent des projets souvent très importants et à forte intensité de capital, longs à mettre en oeuvre. Bien que les considérations économiques et commerciales continuent d'intervenir au premier chef dans la prise de décision des investisseurs potentiels, l'environnement politique est devenu au cours des deux dernières décennies un élément important dans la détermination de la stratégie des entreprises internationales. Les entreprises qui envisagent de procéder à un investissement direct à l'étranger sont exposées à toute sorte d'événements imprévus dus à l'environnement politique et économique, qui peuvent affecter la propriété des biens : confiscation complète ou partielle par voie de nationalisation ou autre, et pratiques qui influent sur l'exploitation et pèsent en dernière analyse sur l'autofinancement et la rentabilité. Les risques découlant de l'environnement politique et leurs conséquences financières éventuelles varient selon les branches, les entreprises et les opérations. Si l'on excepte le risque d'expropriation visant les entreprises étrangères d'un pays donné, risque qui semble avoir diminué considérablement au cours de la dernière décennie -- la vulnérabilité des entreprises à ces événements imprévus est généralement fonction du secteur d'activité, du niveau de technologie, de la structure de la propriété et des modes de gestion.

4. Etant donné les avantages structurels que présentent les investissements étrangers, tant pour les pays d'origine que pour les pays d'accueil, encourager les investissements par des mesures appropriées est de l'intérêt de tous les pays. Ceci fait partie de l'ensemble des efforts destinés à accroître le transfert de ressources vers les pays en développement et constitue un élément important des relations nord-sud. Comment les accords intergouvernementaux relatifs aux investissements peuvent-ils constituer un apport utile dans ce domaine ? En assurant une protection juridique issue du droit international, de tels accords peuvent contribuer à réduire dans des proportions considérables le risque politique inhérent aux investissements étrangers et créer un climat de confiance entre pays d'origine et pays

d'accueil ainsi que chez les investisseurs potentiels. Ils peuvent aussi être conçus pour tenir compte des intérêts et des préoccupations spécifiques des pays parties à ces accords, dans des domaines essentiels tels que leur politique industrielle, l'accès à leur marché et leur politique financière, en comprenant des dispositions portant, par exemple, sur le financement en commun et sur de nouvelles formes de coopération industrielle n'incluant pas de participation étrangère au capital. A l'échelon multinational, ils peuvent constituer un cadre de coopération entre des groupes de pays non seulement dans le contexte nord-sud, mais aussi, pour des projets entrepris en commun par des pays en développement en vue de promouvoir les investissements dans une région du monde.

5. Observe-t-on les signes d'une évolution dans ce sens ? Certains faits notables méritent d'être relevés, qu'il s'agisse de la diversification des parties ou du renouvellement du contenu des accords. En particulier, le réseau des accords intergouvernementaux s'est étendu rapidement et, à l'heure actuelle, de plus en plus de pays en développement ou développés se montrent intéressés par cette approche. Parallèlement, on assiste à une remarquable diversification des formes prises par ce type de coopération. Les modèles traditionnels de conventions relatives aux investissements conclues entre pays occidentaux industrialisés et pays en développement ont changé avec l'arrivée de nouveaux acteurs sur la scène de l'investissement international et sous l'effet des efforts entrepris par les gouvernements pour étendre les accords à un nombre plus grand de domaines. C'est le cas en particulier des pays en développement qui commencent à présent à se trouver à la fois dans le rôle de pays d'origine et de pays d'accueil. Or, ils sont soucieux de protéger leurs investissements. C'est ainsi que les conventions entre pays en développement se multiplient et ont tendance à présenter essentiellement les mêmes caractéristiques que celles conclues entre pays développés et pays en développement. Les négociations en cours dans le cadre du dialogue euro-arabe sur une convention multilatérale qui offrirait de fortes garanties réciproques pour les investissements de tous les participants en sont à un stade avancé (3). De même que se développaient les échanges est-ouest, la coopération s'est étendue aux questions d'investissement qui sont abordées dans un nombre considérables d'accords de coopération bilatérale et deux pays socialistes ont conclu plusieurs conventions visant plus spécialement à la protection des investissements.

6. La forme et le contenu de ces accords se sont diversifiés. Des accords globaux d'amitié, de commerce et de navigation incluant des clauses touchant la protection des investissements, on est passé à des conventions visant plus spécialement la protection des investissements. Les accords généraux de coopération technique, scientifique et économique servent aussi de plus en plus de cadre à la promotion des investissements, en particulier pour les grands projets industriels et miniers. La Convention de Lomé entre la CEE et les Etats ACP constitue une innovation : elle prévoit qu'il sera possible de conclure des accords pour des projets spécifiques dans le secteur minier, accords auxquels participeraient les pays d'origine et d'accueil et, dans certaines circonstances, les entreprises intervenant dans lesdits projets. Toutefois, depuis l'entrée en vigueur de la Convention, ce qui fait peu en réalité, l'expérience a montré qu'il était difficile de trouver des projets qui se prêtent à la conclusion de ce genre d'accord. Enfin, le nombre des accords fiscaux passés entre pays développés et pays en développement va croissant. Plusieurs d'entre eux comportent des clauses de dégrèvement fiscal destinées à assurer aux entreprises qui investissent dans le pays d'accueil,

le bénéfice des mesures d'incitation à l'investissement (4). Les sections qui suivent contiennent une analyse des principaux types d'accords visant à encourager ou à protéger les investissements étrangers dans les pays en développement.

II. ANALYSE DES PRINCIPAUX TYPES D'ACCORDS RELATIFS AUX INVESTISSEMENTS

A. LES TRAITES D'AMITIES DE COMMERCE ET DE NAVIGATION (ACN)

7. Historiquement, les traités ACN ont été le premier type d'accords conclus par les pays exportateurs de capitaux en vue d'obtenir la protection juridique de leurs investissements sur une base bilatérale. Sous sa forme actuelle, ce type d'accord est apparu après la seconde guerre mondiale, mais son origine remonte aux traités de commerce du 19ème et de la première moitié du 20ème siècle. Ce sont les Etats-Unis, puis plus tard le Japon qui ont eu recours les premiers aux traités d'amitié, de commerce et de navigation (5). Les traités entre le Royaume-Uni et l'Iran (1959) et entre la République Fédérale d'Allemagne et la République Dominicaine (1957) entrent aussi dans cette catégorie. Sur les 43 traités ACN actuellement en vigueur entre les Etats-Unis et d'autres pays, environ une douzaine ont été conclus avec des pays en développement depuis la fin de la seconde guerre mondiale (6). Le plus récent accord de ce type signé par les Etats-Unis, date du milieu des années 60.

8. Si chaque traité négocié avec tel ou tel pays en développement varie selon les circonstances, le modèle type de traité ACN des Etats-Unis comporte les principales clauses suivantes concernant les investissements :

- a) Traitement équitable des personnes, des biens, des entreprises et autres intérêts des ressortissants et des sociétés de l'autre partie.
- b) Autorisation pour les ressortissants de venir dans le pays pour assurer l'extension ou la direction des entreprises dans lesquelles ils ont déjà investi ou sont en train d'investir d'importants capitaux.
- c) Application du principe du traitement national et de la clause de la nation la plus favorisée en ce qui concerne l'accès aux juridictions locales.
- d) Recours obligatoire à l'arbitrage et octroi de dommages et intérêts suivant les contrats.
- e) Protection de la propriété.
- f) Indemnisation effective, rapide et appropriée, en cas d'expropriation.
- g) Régime non moins favorable que celui dont bénéficient les ressortissants et application de la clause de la nation la plus favorisée en ce qui concerne toutes les catégories d'opérations commerciales, industrielles, financières ou autres, s'agissant en

particulier de la création de succursales, de l'implantation de sociétés, du contrôle et de la gestion d'entreprises, etc.

- h) Possibilité d'engager des techniciens, du personnel d'encadrement, des hommes de loi, des agents, etc.
- i) Application du régime dont bénéficient les ressortissants en matière de location de terrains, d'immeubles, de bureaux, etc.
- j) Principe du traitement national qu'il s'agisse de brevets, de marques de fabrique ou autres formes de propriété industrielle.
- k) Clauses d'ordre fiscal.
- l) Application du régime dont bénéficient les ressortissants et de la clause de la nation la plus favorisée aux envois et transferts de fonds.
- m) Bénéfice pour les représentants commerciaux des ressortissants et des sociétés du régime douanier de la nation la plus favorisée.
- n) Application de la clause de la nation la plus favorisée aux produits et autres dispositions relative aux droits de douane, aux impôts, etc.
- o) Maintien de la mise en concurrence pour les achats et les ventes des administrations, des organismes et des monopoles publics et du principe de l'égalité de traitement en ce qui concerne les avantages économiques particuliers dont bénéficient les organismes et les monopoles publics.
- p) Dispositions prévoyant des consultations dans le cas de pratiques commerciales restrictives nuisibles aux échanges entre les deux pays.

9. D'après l'expérience des Etats-Unis, l'existence d'un traité ACN peut avoir un effet d'incitation sur les investisseurs si le climat est favorable à l'investissement dans le pays d'accueil. Si les affaires à propos desquelles les Etats-Unis ont invoqué les traités ACN pour la protection d'investissements à l'étranger ne sont pas très importantes, on y relève cependant un certain nombre de cas d'espèces. Parfois, les dispositions de ces traités ont été citées au cours d'entretiens diplomatiques normaux, lorsque des problèmes d'investissement se sont posés. En outre, il y a une assez volumineuse jurisprudence aux Etats-Unis qui concerne diverses dispositions des traités ACN. Si les Etats-Unis continuent de recourir aux traités ACN comme cadre de base pour les investissements dans les pays avec lesquels ils ont conclu ce genre de traités, il est peu probable qu'un nombre important de nouveaux traités ACN soient négociés à l'avenir. Il y a à cela plusieurs raisons. Les relations commerciales sont aujourd'hui généralement soumises aux règles du GATT, qui constituent un cadre à l'intérieur duquel des changements se produisent. L'usage récent aux Etats-Unis est de rechercher des accords bilatéraux séparés sur les questions maritimes et consulaires toutes les fois que cela semble souhaitable. Enfin, il est plus difficile dans les conditions actuelles de négocier des traités généraux ACN, en particulier avec les pays en développement.

B. ACCORDS DE GARANTIE DES INVESTISSEMENTS

10. Ce type d'accord n'a été utilisé que par les Etats-Unis et le Canada pour fournir un cadre permettant d'étendre le bénéfice de leur système de garantie aux investissements effectués dans un pays donné. A ce jour, 116 pays ont conclu ce genre d'accords avec les Etats-Unis et 30 avec le Canada. Il importe de souligner que ces accords portent, de par leur nature, sur les procédures, c'est-à-dire qu'ils servent d'instruments pour la mise en oeuvre des systèmes nationaux de garantie, mais ne contiennent aucune disposition concernant le traitement de l'investissement dans le pays d'accueil. Ils sont donc distincts des accords ou conventions visant à protéger et à encourager les investissements qui sont plus complets.

11. L'accord américain de garantie des investissements comprend les éléments suivants :

- Approbation de l'investissement par l'Etat étranger. Il est stipulé que la Compagnie Américaine d'Investissements Privés à l'Etranger (Overseas Private Investment Corporation -- OPIC) n'accordera aucune garantie pour tout projet qui n'aurait pas l'approbation du gouvernement du pays d'accueil. Cette disposition donne au pays d'accueil une certaine latitude de choix en fonction de sa stratégie de développement et réduit ainsi le risque d'expropriation.
- Subrogation.
- Au cas où l'OPIC rembourse un investisseur, elle est subrogée dans tous les droits, titres, actions, etc... de celui-ci.
- Arbitrage.

L'accord prévoit un arbitrage international par une tierce-partie en cas de différend entre le gouvernement des Etats-Unis et le gouvernement du pays d'accueil, si le différend a trait à l'interprétation à donner à l'accord ou que, de l'avis d'un des gouvernements, il porte sur un point de droit international à propos d'un projet d'investissement qui bénéficie de la garantie de l'OPIC.

12. Les accords de garantie des investissements signés par le Canada contiennent pour l'essentiel des clauses de subrogation et des dispositions en vue du règlement des différends entre les pays d'accueil et la Compagnie canadienne de Développement des Exportations (EDC) portant sur des investissements assurés par elle. L'expérience canadienne montre que la signature d'accords de ce genre, avec tel ou tel pays a accru l'intérêt des investisseurs potentiels pour ces pays. Jusqu'ici, le Canada n'a pas eu à faire jouer ces accords pour régler des différends.

C. CONVENTIONS RELATIVES A LA PROTECTION DES INVESTISSEMENTS

13. Ces conventions sont spécialement conçues pour fournir une protection juridique aux investissements qu'elles couvrent. Si le détail de ces

conventions varie d'un pays à l'autre, toutes comprennent en général les dispositions suivantes :

- description des investissements couverts par la convention ;
- principe d'un traitement équitable et juste pour l'investisseur, application du principe du traitement national et bénéfice de la clause de la nation la plus favorisée ;
- possibilité de transférer les revenus des capitaux investis et de rapatrier les capitaux en cas de désinvestissement ;
- principe de la subrogation en cas de dommages versés par le pays d'accueil (dans les conventions signées par l'Allemagne et le Royaume-Uni, par exemple) ;
- règlement des disputes (Etats-Unis).

De nombreuses conventions passées par les pays Membres contiennent aussi des clauses d'indemnisation en cas de préjudices causés par une guerre ou par tout autre événement analogue.

Avant d'analyser ces dispositions à la lumière de l'expérience des pays Membres, il est intéressant de voir dans ses grandes lignes l'évolution qu'a connue la mise en oeuvre de ce genre d'accords ou conventions.

a) Evolution de la mise en oeuvre des conventions relatives à la protection des investissements

14. Les premières conventions de ce type passées avec les pays en développement l'ont été au début des années 60 par deux pays : la République Fédérale d'Allemagne et la Suisse. L'Allemagne a conclu une première convention en 1959 avec le Pakistan. Depuis, elle en a signé avec de nombreux autres pays en développement, si bien qu'aujourd'hui, c'est le pays qui dispose du réseau le plus étendu et le plus complet de convention visant à protéger et encourager les investissements (7). La Suisse poursuit la même politique que l'Allemagne. elle a commencé tôt (accord avec la Tunisie passé le 2 décembre 1961) et depuis lors a conclu toute une série de conventions. Les deux pays semblent continuer dans cette voie puisque des négociations en vue de la signature de nouvelles conventions, sont en cours.

15. Vers la fin des années 60, et plus particulièrement au cours des années 70, un deuxième pays s'est intéressé à ce genre d'accords et a commencé à y recourir. Ce groupe comprend des pays comme la France, le Royaume-Uni, l'Union économique belgo-luxembourgeoise et les Pays-bas qui ont signé de nombreuses conventions ainsi que d'autres pays comme la Norvège qui n'en a signé qu'un petit nombre (8).

16. Un troisième groupe de pays a commencé plus récemment (vers la fin des années 70) à témoigner de l'intérêt pour ce genre d'accords. On remarque dans ce groupe, le Japon qui a signé ses deux premières conventions -- et jusqu'ici les seules -- avec l'Egypte en 1978 et Sri Lanka en 1982, et surtout les Etats-Unis qui ont rédigé un modèle de convention et qui viennent de conclure des conventions avec l'Egypte et le Panama. Il est clair que ce groupe de pays qui s'avère avoir opté plus tardivement pour ce genre d'accords, leur porte grand intérêt et que leur politique est d'en étendre l'usage.

17. Les pays en développement qui ont passé des conventions concernant la protection des investissements sont surtout des pays d'Afrique et du Sud-Est asiatique. Les pays d'Amérique Latine (9) ont toujours été réticents à l'égard de ces accords, car ils les considèrent généralement comme étant en contradiction avec la doctrine Calvo qui reflète la conception sud-américaine de la souveraineté des Etats.

18. Au Moyen-Orient, un certain nombre de pays semble s'appêter à signer de telles conventions, en particulier l'Egypte qui, depuis le milieu des années 70, a été particulièrement active (10). On peut aussi mentionner la Jordanie qui a signé des conventions avec l'Allemagne et la Suisse en 1977, et avec la France et le Royaume-Uni en 1979, ainsi que la Syrie qui est parvenue à des accords avec l'Allemagne en 1977, la Suisse en 1978 et la France en 1980. Un autre événement important est la Convention Multilatérale en cours de négociation entre la CEE et les pays de la Ligue Arabe. Elle devrait s'avérer bénéfique car il n'existe que peu de conventions entre ces deux régions du monde.

19. On voit ainsi que même les pays en développement sont souvent parties à plusieurs conventions, ce qui semble indiquer qu'une fois qu'ils en ont signé une, ils persévèrent ensuite dans cette voie. On doit aussi mentionner l'intérêt que portent à ce genre de conventions deux pays d'Europe de l'Est, la Yougoslavie et la Roumanie (11).

20. Presque tous les accords pour la protection et la promotion des investissements conclus entre pays industrialisés et pays en développement -- exception faite de la première génération d'accords passés par la France -- sont des accords de réciprocité. Cela signifie qu'ils s'appliquent de la même façon aux investissements des ressortissants de chaque Etat contractant sur le territoire de l'autre Etat. Néanmoins, le caractère réciproque de beaucoup de ces accords a été dans la pratique limité, les mouvements de capitaux s'effectuant généralement dans un seul sens.

21. Cependant, une nouvelle tendance semble se faire jour, car un nombre croissant de pays en développement se trouvent jouer le rôle à la fois de pays d'origine et de pays d'accueil. Cette observation s'applique en particulier aux pays dits nouvellement industrialisés, qui commencent maintenant à effectuer des investissements dans d'autres pays en développement et, dans une moindre mesure, dans les pays développés. Dans le cadre de la coopération sud-sud, des efforts sont entrepris pour stimuler les flux d'investissement entre les pays en développement, en particulier à l'échelle régionale. Il n'est donc pas surprenant que les pays concernés attachent un grand prix à la protection de leurs investissements contre les risques politiques et autres. Cette préoccupation se retrouve par exemple dans les travaux de la Commission juridique consultative Afro-asiatique qui ont abouti à un projet de modèle de convention qui est, par bien des aspects, comparable aux conventions pour la protection des investissements signées entre pays développés et pays en développement (12).

22. C'est aussi sous cet aspect qu'il faut considérer les négociations mentionnées plus haut entre la CEE et les pays de la Ligue Arabe en vue de l'adoption d'une convention multilatérale. Tous ayant intérêt à protéger réciproquement leurs investissements, les partenaires sont déjà parvenus à un premier accord sur les grands principes de cette convention même si certaines difficultés doivent encore être surmontées. L'instrument multilatéral envisagé

s'apparentera aux conventions types bilatérales visant à protéger et à encourager les investissements, en ce qui concerne notamment les catégories de risques couverts et le traitement de l'investisseur. Il s'en distinguera cependant par le fait qu'il portera non seulement sur les investissements directs mais aussi sur les investissements de portefeuille, les actifs monétaires, les fonds d'Etat et autres valeurs mobilières qui ne figurent généralement pas dans les conventions bilatérales relatives à la protection des investissements.

b) Contenu des accords de protection des investissements

23. A en juger par les informations recueillies auprès des pays Membres et par les textes des principaux accords conclus ces vingt dernières années, la plupart des conventions bilatérales visant à la protection des investissements renferment dans les grandes lignes les mêmes éléments. Il y a deux raisons à cela :

- Avant que ne s'étende le réseau des conventions bilatérales, un vif débat a eu lieu au début des années 60 à l'OCDE portant sur un Projet de Convention pour la protection des biens étrangers. Le 12 octobre 1967, le Conseil de l'OCDE a adopté une Résolution qui réaffirmait l'adhésion des pays Membres aux principes de droit international fixés par le Projet de Convention (13).
- Nombreux sont les pays désireux de passer des conventions bilatérales de protection des investissements qui se font part, mutuellement, de leur expérience en la matière.

Un certain nombre de dispositions n'en sont pas moins très différentes du fait des conditions dans lesquelles se déroulent les négociations, qui ne sont pas toujours les mêmes, et dans une certaine mesure, des méthodes utilisées et des priorités accordées.

24. S'agissant de la négociation des conventions pour la protection des investissements avec des pays en développement, on peut distinguer deux méthodes. La première consiste à partir d'un modèle de convention préexistant qui sert de base aux négociations. C'est ainsi que procèdent la plupart des pays Membres de l'OCDE, en particulier, l'Allemagne, la Suisse, les Pays-Bas, la Suède, le Royaume-Uni et la France. C'est aussi la méthode qu'utilisent les Etats-Unis qui ont récemment achevé la rédaction d'un modèle de convention de ce type. D'autres pays, en particulier la Belgique, sont un peu plus souples dans leur façon de procéder et négocient chaque convention sans se référer à un modèle préexistant. La plupart des pays Membres se rejoignent sur les points essentiels de ces conventions. On y retrouve le principe du traitement juste et équitable de l'investisseur, des garanties quant au transfert des revenus des capitaux investis et au rapatriement de ces derniers en cas de désinvestissement, des dispositions acceptables concernant les nationalisations et leur indemnisation ainsi que le mode de règlement des différends.

25. Les paragraphes suivants mettent en lumière les principaux points de conventions ainsi que l'importance relative que les différents pays attachent à chacun d'eux.

i) Investissements couverts par les conventions

26. Afin de parvenir à une protection maximum de leurs investissements, tous les pays cherchent à en donner une très large définition. Devant la difficulté, voire l'impossibilité de définir de manière exhaustive ou même suffisamment large le mot "investissement", de nombreux pays ont opté pour la formule suivante : "Le terme investissement désigne des actifs de toute nature et en particulier, mais non exclusivement...". Cette tournure est utilisée entre autres, par la Suisse, la Belgique, les Pays-Bas, la France, le Royaume-Uni et la Suède. Le modèle allemand s'exprime en ces termes : "...comprendra toutes les sortes d'actifs, en particulier...". Ce libellé ressemble à celui de la convention entre le Japon et l'Egypte. Le modèle de convention des Etats-Unis utilise la formule suivante : "par investissements on entend toutes sortes d'investissements détenus ou contrôlés directement ou indirectement et en particulier les participations en capital, les prêts et les avances, les contrats de service et d'investissement" ; ils comprennent :

27. Ces diverses définitions préliminaires sont suivies d'une liste d'exemples qui, dans la plupart des cas, comprend :

- a) les biens meubles et immeubles et tous les droits réels tels qu'hypothèques, gages, privilèges immobiliers, usufruits et droits analogues ;
- b) les actions et autres formes de participation ;
- c) les créances et autres droits à prestations ayant une valeur économique ;
- d) les droits d'auteur, de propriété industrielle, et droits relatifs aux procédés techniques, au savoir-faire, aux marques, noms commerciaux et réseau de clientèle ;
- e) les concessions commerciales de droit public, y compris celles pour la prospection, l'extraction et l'exploitation des ressources naturelles.

Cette très large définition des investissements qui domine la pratique actuelle répond bien au désir des pays Membres de l'OCDE de couvrir le plus large éventail possible de biens à l'étranger.

28. Les définitions retenues dans les conventions sont considérées comme étant assez larges pour s'appliquer non seulement aux formes classiques d'investissement -- participation au capital et prêts et avances -- mais aussi aux droits de la propriété industrielle, au savoir-faire, aux marques, autant de termes qui sont plutôt, semble-t-il, des investissements sous d'autres formes que l'apport de capitaux. Néanmoins, il y aurait lieu de voir si les listes d'exemples donnés dans les conventions ne devraient pas être étendues et comprendre de manière plus explicite d'autres formes nouvelles d'investissement de caractère contractuel, du genre contrats de service (14). Dans plusieurs accords, une distinction est faite entre les investissements directs impliquant un certain degré de contrôle et un intérêt durable et les investisseurs indirects ou de portefeuille. Alors que les premiers sont toujours couverts, les seconds sont exclus de plusieurs accords.

29. Les définitions données des investisseurs protégés par les conventions sont également larges et englobent en général les personnes physiques et les sociétés. Dans la plupart des conventions, le mot "sociétés" recouvre toute sorte de formes d'entreprises, quelles que soient la nature ou l'étendue de leur responsabilité et la nature de la propriété. Ainsi, la définition qui est donnée dans le modèle de convention américain inclut expressément les avoires des organismes à caractère philanthropique et des associations à but non lucratif ainsi que ceux des entreprises publiques ou semi-publiques.

30. Pour ce qui est de la portée géographique de la protection prévue pour les "sociétés", on distingue deux conceptions : dans les conventions allemandes ou britanniques et dans la plupart de celles conclues par la France, c'est le principe de la territorialité qui est appliqué, c'est-à-dire que seules les sociétés enregistrées ou ayant leur siège dans un pays contractant ou encore constituées conformément aux lois de l'un d'eux sont couvertes. Les conventions de la plupart des autres pays et en particulier de la France dans certains cas, et des Etats-Unis, font appel à un critère supplémentaire qui est celui du contrôle direct ou indirect des sociétés par des ressortissants de l'une des parties contractantes. Ce qui permet d'étendre la protection à des filiales détenues à 100 pour cent ou contrôlées par des ressortissants de l'une des parties et pourtant constituées dans un pays tiers et qui ont des investissements ou réalisent des opérations sur le territoire de l'autre partie. Pour la Suisse, le principe du contrôle constitue l'élément essentiel lorsqu'il s'agit de déterminer la nationalité d'une société. Bien que certains accords de protection des investissements conclus entre la Suisse et des pays en développement contiennent une référence au principe de la territorialité, celui-ci ne peut l'appliquer qu'en remplacement du principe du contrôle. L'accord type néerlandais adopte une position intermédiaire en définissant les ressortissants comme comprenant les personnes morales contrôlées directement ou indirectement par des ressortissants de l'une des parties au contrat à condition qu'elles soient constituées conformément aux lois des autres parties contractantes. Cette disposition est identique à l'article 25(2) (b) de la convention du CIRDI (Centre International pour le Règlement des Différends Relatifs aux Investissements). Le but recherché est de permettre à une filiale d'agir indépendamment de la maison mère et d'être plus sûr que les investissements réalisés par ladite filiale dans d'autres sociétés du groupe sont bien couverts. La convention néerlandaise couvre également les investissements d'un pays effectués à partir d'un pays tiers, à condition que l'investissement soit constitué conformément à la loi de l'autre partie contractante.

31. La plupart des conventions pour la protection des investissements protègent à la fois les investissements initiaux et ultérieurs. Lorsque les investissements ultérieurs de filiales contrôlées par des ressortissants du pays partie à la Convention ne sont pas expressément couverts, l'application du principe du traitement national prévu par ailleurs dans la convention n'est une garantie que dans la mesure où les sociétés locales sont autorisées à réaliser le même genre d'investissements.

32. Si la plupart des conventions passées jusqu'ici encouragent les flux d'investissement entre les parties, elles ne confèrent pas le droit d'entrée ou d'établissement. Il est prévu que celui-ci est régi par les lois, réglementations et procédures des pays d'accueil. Ainsi qu'il est dit, par exemple, au paragraphe 2 du modèle allemand, chaque partie autorise conformément à sa législation les investissements de capitaux de la part de

ressortissants et de sociétés de l'autre partie. Aux termes du modèle français, les obligations prévues dans la convention s'appliquent aux investissements d'une des parties étant entendu que ces investissements doivent être ou avoir été effectués conformément à la législation de l'autre partie. La convention américaine va plus loin en étendant l'application du principe du traitement national et le bénéfice du régime de la nation la plus favorisée non seulement aux investissements réalisés conformément à la législation et aux procédures du pays d'accueil mais encore à l'admission et à la mise en place de ces investissements. Comme il est dit à l'article 2 de l'accord type, chaque partie s'efforcera d'entretenir un climat propice aux investissements sur son territoire de ressortissants et de sociétés de l'autre partie et permettra que ces investissements se réalisent -- qu'il s'agisse d'implantation ou d'acquisition -- dans des conditions non moins favorables que celles dont bénéficient dans les mêmes circonstances les investissements de ses propres sociétés ou ceux de ressortissants ou sociétés de n'importe quel pays tiers, selon le régime qui est le plus favorable des deux.

33. Un dernier problème concernant la portée des conventions est de savoir si elles s'appliquent aux investissements réalisés antérieurement à la date de leur entrée en vigueur. Il va sans dire que les pays développés désirent voir ces conventions s'appliquer aux investissements antérieurs. Il est fréquent que des liens de longue date avec des pays en développement se soient traduits dans le passé par un volume important d'investissements, eux-mêmes porteurs d'investissements nouveaux. En effet, les investisseurs potentiels jugent souvent de l'accueil réservé par tel ou tel pays aux investissements au travers de l'expérience de ceux qui s'y sont déjà établis. D'où l'importance attachée par beaucoup de pays à la prise en compte des investissements anciens. Toutes les conventions existantes ne couvrent toutefois pas ces investissements.

34. Les conventions analysées suivent ces différents schémas :

- certaines ne s'appliquent qu'aux investissements réalisés après leur entrée en vigueur et excluent de manière plus ou moins explicite les opérations antérieures. Il en est ainsi de la plupart des conventions signées par la Belgique et de certaines de celles signées par la France et les Pays-Bas.
- A l'inverse des premières, d'autres couvrent expressément les investissements antérieurs. C'est le cas de la convention entre le Japon et l'Egypte, de certaines conventions passées par la Belgique et par les Pays-Bas et de la plupart de celles passées par l'Allemagne, la Suisse et la Suède.
- D'autres encore se situent à mi-chemin entre ces deux extrêmes et sont souvent un compromis : les termes de l'accord couvrent les investissements postérieurs à une certaine date, elle même antérieure à la date d'entrée en vigueur de la convention. C'est ainsi qu'on trouve cette disposition dans certaines conventions passées par les Pays-Bas, la Suède, l'Allemagne, la Suisse (15).

ii) Principe du traitement juste et équitable

35. Le principe du traitement juste et équitable dont doivent bénéficier les investissements des parties contractantes est un élément essentiel des

conventions relatives à la protection des investissements. Presque tous les pays Membres qui passent ce genre de conventions insistent pour que cette clause y figure. La plupart du temps, elle est complétée par des dispositions détaillées relatives, par exemple, à la non-discrimination et au respect des obligations contractuelles de l'investisseur et de l'une des parties.

36. De l'avis de tous les pays Membres qui ont commenté ce point, la notion de traitement juste et équitable introduit un principe juridique en soi, qui renvoie aux principes généraux du droit international, même si cela n'est pas dit explicitement, et en l'absence de garanties plus spécifiques c'est une clause générale qui, s'agissant du traitement des investissements, peut être utilisée dans tous les cas. De plus, elle offre un élément de référence aidant à l'interprétation de la convention et à la solution des difficultés qui peuvent se présenter.

37. Dans beaucoup d'accords ou conventions, il est donné de l'importance à cette notion de traitement "juste et équitable" en la faisant figurer dans des clauses qui se réfèrent très précisément aux règles et aux principes du droit international. C'est ainsi que certaines conventions passées par la France avec le Salvador, le Japon, le Paraguay, Sri Lanka, le Soudan et la Syrie parlent de "traitement juste et équitable conformément au droit international ou aux principes généraux du droit international". Le modèle américain précise que le traitement, la protection et la sécurité des investissements ne devront en aucun cas être en deçà de ce qu'exige le droit international. La plupart des conventions britanniques prévoient qu'à l'expiration de la convention, l'investissement continuera d'être protégé pendant un certain nombre d'années qui est précisé, sans préjudice de l'application par la suite des principes généraux du droit international.

iii) Principe du traitement national et clause de la nation la plus favorisée

38. Les dispositions que l'on rencontre le plus souvent (16) particulièrement dans les modèles de convention, mentionnent ces deux formes de traitement et précisent que s'appliquera la plus avantageuse des deux. C'est le cas dans des conventions de l'Allemagne, du Japon, de la Suisse, du Royaume-Uni, de la France et des Etats-Unis. L'application des deux principes a son importance lorsque les pays d'accueil accordent aux investisseurs étrangers des avantages particuliers qu'ils n'accordent pas à leurs propres investisseurs. A cet égard, il faut mentionner le principe de l'application aux investissements du traitement accordé à la nation la plus favorisée, prévu dans la Deuxième Convention signée entre la CEE et les Etats ACP. L'article 64 de la Convention et de la Déclaration commune relative à cet article créent un droit au traitement non-discriminatoire. Ce droit consiste pour chaque Etat membre de la CEE en la possibilité de demander à l'Etat ACP concerné le même traitement que celui qui est accordé aux ressortissants d'un autre Etat membre en vertu de conventions sur la protection des investissements qui servent de référence. Il est, cependant, entendu que ce traitement n'est pas automatique (il doit faire l'objet d'un échange de lettres bilatéral entre les gouvernements concernés) et certains aménagements peuvent être apportés dans des circonstances précises.

39. La Suède n'inclut pas la clause du traitement national dans ses accords et s'en tient exclusivement à celle de la nation la plus favorisée. La Belgique considère également que cette clause de la nation la plus favorisée

est plus importante pour les investisseurs étrangers que le traitement national, et, en conséquence, a insisté pour que celle-ci figure dans la plupart de ses conventions. En revanche, les Pays-Bas ont émis des réserves quant à l'usage répandu de la clause de la nation la plus favorisée dans les accords relatifs aux investissements. A leurs yeux, ce principe, s'il n'est pas rattaché à des règles propres aux investissements étrangers comme celle du traitement juste et équitable, peut éventuellement créer une situation de nature à aller à l'encontre des intérêts de l'investisseur étranger.

40. Enfin, il faut mentionner qu'un certain nombre de conventions bilatérales admettent des exceptions au bénéfice soit du traitement national, soit du traitement selon la clause de la nation la plus favorisée, soit encore des deux. On trouve des exceptions dans certains cas lorsque le partenaire adhère à un marché commun, une union douanière ou une association de libre échange ou même, comme le spécifient certaines conventions, "à d'autres formes de coopération régionale". Certains pays prévoient aussi des exceptions en matière fiscale sur des points visés par des conventions internationales destinées à éviter les doubles impositions. Dans d'autres cas, les conventions précisent que, dans certaines circonstances, les aides particulières accordées par le pays d'accueil en vue de stimuler la création d'industries locales sont considérées comme "étant compatibles avec le principe du traitement national". D'autres pays, enfin, prévoient des exceptions restreintes au traitement national, dans les secteurs particuliers ou dans le cas de mesures spécifiques qui étaient en application avant la date d'entrée en vigueur de la convention.

Ces dispositions ont pour objet de reconnaître qu'il y a des domaines où les Etats ne sont pas disposés à accorder le traitement national aux investisseurs étrangers, et de définir ces domaines aussi précisément que possible. Ainsi supprime-t-on des ambiguïtés.

iv) Nationalisation et indemnisation

41. Pour tous les pays Membres de l'OCDE qui sont parties à des conventions relatives aux investissements, les clauses traitant du problème de la nationalisation revêtent une importance particulière ; c'est pourquoi on les trouve dans toutes les conventions qui ont été passées. Cependant, en raison de la spécificité des situations, ces dispositions sont extrêmement diverses quant à leur champ d'application et à la précision des termes utilisés.

42. Il faut d'abord définir ce que sont la nationalisation et l'expropriation, au sens large et au sens restreint, termes qui peuvent recouvrir des mesures autres que la nationalisation directe au sens strict. A l'exception des conventions conclues par la Belgique, où le terme de nationalisation est limité à une ingérence directe dans les droits liés à la propriété, la plupart des textes font appel à une définition générale qui inclut non seulement la confiscation des biens, mais aussi d'autres mesures qui amputent ou limitent l'investissement et sont équivalentes à une nationalisation ("nationalisation indirecte, déguisée ou rampante"). De telles dispositions peuvent être particulièrement utiles car l'aliénation de biens étrangers est devenue bien moins fréquente que d'autres initiatives des pays d'accueil qui affectent gravement les investissements dans leur substance.

43. Les clauses les plus précises et les plus explicites sont sans doute dans ce domaine celles dont font usage le Royaume-Uni, l'Allemagne, le Japon et les Etats-Unis. La convention entre le Japon et l'Egypte contient la clause

suiuante : Article 5, par. 2 : "Investissements et revenus... ne seront soumis ni à exportation, ni à rationalisation, ni à restriction, ni à aucune autre mesure dont les effets équivaudraient à une expropriation, une nationalisation ou une restriction". On trouve une clause similaire dans certaines conventions conclues par la France (par exemple avec la Roumanie et le Maroc). L'Union économique belgo-luxembourgeoise recherche également une définition aussi large que possible des mesures privatives de propriété donnant lieu à indemnisation, aussi recourt-elle à l'expression "mesures privatives de propriété ou autres mesures similaires". C'est cette définition qu'elle cherche à insérer dans ses accords sauf impossibilité pratique du fait des négociateurs étrangers. D'autres pays (la Suisse, la France, les Pays-Bas) optent généralement pour un libellé visant à être tout aussi général, en évoquant "les mesures directes et indirectes d'expropriation, de nationalisation et de dépossession". Le vocabulaire autorisé par la Suède se réfèrent au concept d'"alinéation des biens étrangers". Ce terme, très général, cherche à établir une large définition de la nationalisation et de l'exportation, qui recouvre toutes les mesures directes ou indirectes qui s'y rattachent.

44. Bien que les pays exportateurs de capitaux visent et, l'un dans l'autre, parviennent à donner des termes nationalisation et expropriation un large définition, ils sont cependant dans l'obligation de reconnaître que l'expropriation par le pays d'accueil est possible et ils ont donc cherché à stipuler pour quelles raisons et dans quelles circonstances. Ainsi, tous les pays disposent-ils que la dépossession d'investissements étrangers est uniquement acceptable quand il y va de l'intérêt public. Trois autres conditions que l'on trouve dans de nombreuses conventions sont 1) que la nationalisation ou l'expropriation doivent obéir à une procédure conforme au droit ; 2) que ces mesures ne doivent pas être discriminatoires ; 3) qu'elles ne sont contraires à aucune obligation contractuelle particulière. Les clauses stipulant que la nationalisation ou l'expropriation doivent obéir à une procédure conforme au droit sont parfois précisées par des dispositions prévoyant que l'investisseur a droit à ce que l'affaire soit examinée rapidement par une instance judiciaire ou par toute autre instance indépendante.

45. Une dernière condition vise l'indemnisation à accorder à l'investisseur. Bien que la plupart des conventions stipulent qu'elle doit être rapide, appropriée et effective, certaines pays sont plus précis sur ce point que d'autres (par exemple : le Japon, la France, l'Allemagne et les Etats-Unis). L'expression "indemnisation appropriée" s'entend généralement du montant de l'indemnisation, tandis que le terme "effective" se rapporte aux modalités de règlement (par exemple : le règlement se fera en une monnaie librement convertible). Il est intéressant de noter que cette idée d'indemnisation rapide, appropriée et effective se retrouve dans le projet de modèle de convention pour la promotion, l'encouragement et la protection des investissements préparé par le Comité Juridique Consultatif Afro-Asiatique, destiné à inspirer les conventions entre pays en développement. La même expression se retrouve dans une convention récente entre Sri Lanka et Singapour.

46. Certaines conventions prévoient de façon très détaillée les modalités d'indemnisation. Ainsi, le modèle allemand prévoit à l'article 4(2) : "... cette indemnisation sera égale à la valeur de l'investissement frappé d'expropriation, la veille du jour où l'expropriation ou la nationalisation

aura été rendue publique. Cette indemnisation sera versée sans délai et portera intérêt au taux usuel des banques jusqu'au jour du règlement ; elle sera effectivement réalisable et librement transférable...". La convention entre le Japon et l'Egypte est encore plus précise. A l'article 5(3), elle stipule que "l'indemnisation visée par les dispositions du paragraphe 2 du présent article doit représenter l'équivalent de la valeur normale marchande des investissements et des revenus qu'ils dégagent, au moment où l'expropriation, la nationalisation, la restriction ou toute autre mesure similaire a été publiée ou au moment où cette mesure a été prise, si ce second événement précède le premier, sans réduction de cette valeur imputable à la perspective de la saisie des biens qui sera finalement exécutée...". Le modèle de convention américain définit le concept d'indemnisation appropriée, rapide et effective comme s'entendant de la juste valeur marchande appréciée immédiatement avant l'expropriation ou sa publication et impliquant des intérêts équivalents aux taux internationaux en vigueur jusqu'à la date de règlement.

47. De nombreuses conventions exigent que l'indemnisation soit fixée ou assurée pendant que les mesures d'expropriation sont prises, voire avant. On retrouve une disposition de ce genre jusque dans des conventions passées entre pays en développement, celle entre l'Egypte et la Yougoslavie n'étant qu'un exemple. Pratiquement tous les textes demandent que l'indemnisation soit effective, c'est-à-dire que son transfert soit rendu possible de manière à ce qu'elle soit effective.

v) Clauses relatives au libre transfert

48. Les conventions signées par les différents pays sont fondamentalement semblables en ce qui concerne la reconnaissance du principe du libre transfert. Tous les pays semblent d'accord sur la nécessité de garantir le libre transfert des capitaux investis, du produit de ces capitaux et de celui d'un désinvestissement éventuel. Cependant, certains pays invoquent ce principe dans une optique de totale liberté, d'autres prévoient des restrictions possibles. Les pays qui exigent une totale liberté de transfert sont l'Allemagne, la Suisse et les Etats-Unis (17).

49. Aux termes du modèle américain, les seules restrictions que peuvent appliquer les Etats sont celles prévues par les lois et réglementations qui exigent des déclarations de transfert en devises et obligent au paiement d'impôt sur les revenus sous forme, par exemple, d'une retenue à la source sur les dividendes. En revanche, un second groupe de pays, dont la Suède et les Pays-Bas, acceptent que les transferts aient lieu dans le respect de la réglementation nationale s'y rapportant tout en précisant, du moins dans le cas des Pays-Bas, que les transferts doivent être autorisés sans restriction ni délais excessifs.

50. Le Royaume-Uni a retenu une autre formule qui, tout en admettant aussi des restrictions jusqu'à un certain point, ne va pas jusqu'à se soumettre totalement à la réglementation nationale, mais est restrictive dans ses termes. Le modèle de convention britannique dit notamment ceci : "Chaque partie devra, en ce qui concerne les investissements, garantir aux ressortissants ou aux sociétés de l'autre partie le transfert sans restriction vers leur pays de résidence de leurs investissements et du produit de ces investissements sous réserve du droit, pour chaque partie, en cas de difficultés exceptionnelles de balance des paiements et pendant une période

limitée, d'exercer équitablement et de bonne foi les pouvoirs que lui confèrent ses lois. Ces pouvoirs ne devront toutefois pas être utilisés pour empêcher le transfert des bénéfices, intérêts, dividendes ou redevances ; pour ce qui est des capitaux investis et de toute autre forme de revenu, le transfert d'un minimum de 20 pour cent par an est garanti".

vi) Règlement des différends

51. Il faut d'abord distinguer deux types de différends : d'une part, ceux entre les parties contractantes elles-mêmes (quant à l'interprétation et l'application de la convention), d'autre part, ceux nés entre l'une des parties contractantes et des ressortissants de l'autre partie ou une société contrôlée directement ou indirectement par ces ressortissants. Tous les pays disposent que le premier type de différends sera soumis à un tribunal arbitral ad hoc, lorsqu'ils ne peuvent être tranchés par la voie diplomatique. Le tribunal siège à la demande l'une des deux parties dans un délai fixé à l'avance ; il est généralement composé de trois membres, dont l'un est désigné par chaque partie et le troisième par les deux autres arbitres. Le tribunal fixe ses propres règles de procédure et ses décisions s'imposent aux parties. Le modèle de convention américain prévoit trois options dans l'éventualité de différends entre les parties contractantes à propos de l'application des termes de la convention : consultations diplomatiques, recours par consentement mutuel à la Cour Internationale de Justice ou arbitrage s'imposant aux parties et utilisant une procédure ad hoc.

52. Les différends entre les pays d'accueil et les investisseurs étrangers privés sont réglés de plusieurs façons. Ces différends sont énumérés dans le modèle américain et comprennent les différends sur l'interprétation ou l'application d'un contrat d'investissement conclu entre une partie contractante et un ressortissant ou une société de l'autre partie, l'interprétation d'une autorisation d'investir accordée à un ressortissant ou à une société, par les autorités responsables des investissements étrangers chez l'une des parties ; ou la violation d'un droit conféré ou établi par l'accord à propos d'un investissement. Bien que les accords ou conventions conclus par d'autres pays soient, sous ce rapport, moins explicites, ils semblent refléter une interprétation similaires des termes "différends relatifs aux investissements".

53. Depuis la création du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) à la Convention de Washington de 1965, de nombreuses conventions prévoient à présent que les différends à propos d'investissements seront soumis à cette institution. A cet effet, les conventions passées par des pays comme le Royaume-Uni et la Belgique prévoient l'acceptation d'office du recours à ce moyen. La formulation la plus claire utilisée à ce propos, l'est par la Belgique qui indique que "chacune des parties contractantes sera considérée, en vertu de la présente disposition comme ayant irrévocablement consenti à soumettre au Centre tout différend". Certaines conventions françaises précisent qu'une clause de recours en cas de différend à l'arbitrage du CIRDI sera insérée dans le contrat passé entre l'investisseur et le pays d'accueil ou que celui-ci devra accepter d'insérer une telle clause à la demande de l'investisseur. Il est intéressant de noter que plusieurs conventions entre pays en développement -- entre l'Egypte et la Yougoslavie ou entre Sri Lanka et Singapour par exemple -- prévoient de recourir à l'arbitrage du CIRDI. C'est aussi l'une des possibilités de règlement offertes dans le projet de modèle de convention établi par la Commission consultative juridique afro-asiatique.

54. Les conventions allemandes n'autorisent qu'un arbitrage entre États conformément aux procédures de règlement décrites au paragraphe 51. Toutefois, l'introduction de clauses prévoyant le recours au CIRDI pour le règlement des différends entre investisseurs et pays d'accueil est envisagée.

55. Quant au recours au préalable à tous les moyens de règlements locaux, les conventions qui prévoient l'arbitrage comme procédure de règlement adoptent des positions différentes. Il est relativement rare (18) qu'un recours d'abord aux moyens locaux soit expressément exclu, mais un certain nombre de conventions fixent un délai allant de 5 à 12 mois pour épuiser les solutions locales (19). La plupart des conventions passées par les Pays-Bas prévoyaient qu'avant de pouvoir soumettre un différend au CIRDI, l'Etat intéressé devait avoir donné son assentiment. Cela permettait au pays d'accueil de demander que toutes les solutions locales aient été épuisées dans les délais stipulés avant de recourir à l'arbitrage ou à la conciliation du CIRDI. Toutefois, les nouvelles conventions prévoient que chaque partie contractante "consent par la présente" à soumettre les différends juridiques à l'arbitrage international. Les Pays-Bas ont, en outre, adopté la politique de prévoir une période limitée sur le recours à l'arbitrage.

vii) Rapports entre les conventions pour la protection des investissements et les autres instruments juridiques ayant pour objet d'encourager les investissements étrangers

56. Après cet examen du contenu des conventions visant à protéger et à favoriser les investissements, il faut maintenant se demander comment celles-ci s'articulent avec les autres mesures que les pays ont prises unilatéralement. A cet égard, le point le plus intéressant est le lien possible entre les conventions et les systèmes de garantie des investissements. On peut ici distinguer trois possibilités :

- Tout d'abord, il peut n'y avoir aucun lien entre les deux, mais il peut exister quelques éléments communs ou complémentaires. Il en est ainsi notamment pour la Suède et le Japon et, en général, pour tous les pays qui ne sont pas parties à de nombreux accords et sont donc dans l'impossibilité de suivre une autre ligne de conduite.
- Ensuite, il y a des pays, dont l'Allemagne, les Pays-Bas et la France, pour qui, tout au moins en principe, l'octroi d'une garantie des investissements est subordonné à l'existence d'une convention de protection entre le pays exportateurs de capitaux et le pays d'accueil. En France, par exemple, la loi de finances rectificative de 1971 (article 26) prévoit que l'octroi d'une garantie est subordonné à la conclusion préalable d'une convention relative à la protection des investissements. Cette disposition a été amendée et assouplie par l'article 14 de la loi de finances rectificative de 1973 qui prévoit des exceptions possibles au coup par coup, "lorsque le pays concerné n'accepte pas de façon générale, de signer de telles conventions internationales tout en accordant un traitement satisfaisant aux investissements étrangers". Pour les pays de ce groupe, la protection légale convenable des investissements, qui est un préalable à l'admission au bénéfice de leurs systèmes d'assurance, est implicitement censée exister, dès lors qu'une convention sur les investissements a été conclue entre le pays concerné et le pays d'accueil. Néanmoins, la couverture des investissements peut être

accordée à tel ou tel investisseur, en l'absence de convention, si les structures juridiques et plus particulièrement le caractère favorable de la politique suivie par le pays d'accueil assurent une protection satisfaisante.

- La troisième solution est celle adoptée par le Royaume-uni, la Suisse et, jusqu'à un certain point, par la Belgique. Dans ces pays, l'existence d'un accord sur la protection des investissements n'est pas une condition nécessaire à l'admission au bénéfice du système d'assurance des investissements, mais elle est cependant prise en considération.

57. Un autre aspect important du problème doit être mentionné : les rapports étroits qui existent entre les conventions relatives à la protection des investissements et les contrats conclus entre le pays d'accueil, partie à une convention, et les ressortissants ou les sociétés de l'autre partie. Les conventions qui créent des obligations de droit international fournissent un cadre juridique pour les contrats d'investissement entre investisseurs et pays d'accueil. En particulier, leur complémentarité ressort des éléments suivants :

- Les dispositions des conventions relatives au règlement des différends prévoient l'arbitrage en cas de différends à propos de contrats d'investissement ;
- Le principe du traitement juste et équitable prévu dans les conventions s'entend comme renvoyant aux principes généraux du droit, y compris à ceux qui président aux contrats entre Etats ;
- Plusieurs conventions, en particulier celles passées par l'Allemagne, renferment une disposition selon laquelle il ne sera pas porté atteinte aux engagements contractuels des pays concernés.

58. Comme il est dit, dans un certain nombre de conventions telles que celles de la Suisse, de l'Allemagne et de la France, ainsi que dans le modèle américain, leur objet n'est pas de remplacer des accords contractuels préexistants entre l'investisseur et le gouvernement du pays d'accueil, dans la mesure où ceux-ci sont plus favorables. Dès lors que de tels accords contractuels favorables existent, s'agissant en particulier du traitement des investissements, du transfert d'indemnisations ou du règlement de différends relatifs à des investissements, ils ne sont pas modifiés par les dispositions portant sur les mêmes points des conventions relatives aux investissements.

D. L'INSERTION DE DISPOSITIONS RELATIVES AUX INVESTISSEMENTS DANS LES ACCORDS BILATERAUX OU MULTILATERAUX DE COOPERATION

59. Un certain nombre de pays Membres de l'OCDE et de la CEE ont conclu des accords généraux de coopération qui, tout en couvrant d'autres domaines tels que le commerce et les finances, la technique ou la recherche scientifique, contiennent des dispositions visant à favoriser les investissements directs. De tels accords sont caractérisés par leur souplesse. Souvent, ils offrent aux Etats contractants un cadre institutionnel pour un programme de coopération ; ils sont plus indicatifs que normatifs d'ou des dispositions générales

contenant des déclarations d'intention relativement peu contraignantes qui instaurent habituellement une commission mixte et prévoient en termes généraux l'intervention des Etats pour faciliter la coopération. En ce qui concerne les investissements, l'infrastructure institutionnelle des accords (commissions mixtes, groupes techniques de travail) peut aider à échanger des informations sur les possibilités d'investissements et à cerner les projets envisageables.

a) Clauses relatives aux investissements dans les accords bilatéraux de coopération

60. Toute une série d'accords bilatéraux de coopération contiennent des clauses de caractère plus ou moins général, qui ont trait aux investissements. C'est le cas, notamment de certains accords conclus par la Suède, la Belgique, la Suisse les Pays-Bas et aussi l'Espagne. Pour leur contenu, on doit faire cependant des distinctions assez tranchées entre ces diverses clauses, en raison des différences considérables touchant leur champ d'application.

61. On trouve d'une part des clauses générales qui visent explicitement à favoriser les investissements en capital, mais dont la portée est très limitée en ce qui concerne la protection juridique qu'elles assurent, dans la mesure où elles ne sont assorties d'aucun moyen concret pour parvenir à cette fin. On rencontre de telles clauses dans les accords de coopération passés par la Belgique. Ainsi, dans un accord signé le 10 mai 1979 avec l'Arabie Saoudite, il est dit à l'article 4 que : "les parties contractantes encourageront mutuellement les investissements en capital dans leurs pays respectifs". Quant aux autres accords belges de coopération, la référence à une quelconque protection ou promotion des investissements y est encore plus discrète. Les accords de commerce et de coopération passés par la Suède et l'Espagne expriment aussi, bien que de façon souvent indirecte, la volonté de favoriser les investissements. Un traité entre la Suède et le Nigéria prévoit ainsi à l'article 11, paragraphe 2 que "la coopération entre les deux pays portera sur :

- l'installation d'industries,
- la mise en place et l'exploitation d'opérations conjointes".

La volonté de promouvoir la création d'opérations conjointes est exprimée explicitement dans les accords entre l'Espagne et la Bolivie (1969), l'Equateur (1974), la Lybie (1974), le Mexique (1977) et la Roumanie (1977). L'encouragement à l'investissement à travers les filiales, détenues à 100 pour cent, les opérations conjointes, les contrats de licence et de gestion est aussi l'un des objectifs principaux de l'accord entre la Nouvelle-Zélande et Singapour pour la coopération industrielle, technologique et scientifique (1976).

62. Plus concrète et de portée plus large sont les clauses qui stipulent le traitement de la nation la plus favorisée pour les capitaux en provenance de l'une des parties contractantes. On trouve ces clauses dans les accords entre l'Espagne et le Paraguay (1971), le Costa Rica (1972), le Guatemala (1972), le Honduras (1972) et l'Argentine (1974).

63. C'est dans les accords suisses et allemands que l'on rencontre les clauses de portée plus étendue et qui se rapprochent le plus des dispositions des conventions pour la protection et la promotion des investissements. Ce sont des accords "hybrides qui couvrent à la fois les investissements et la

coopération en général". Ce genre d'accord prend place entre les conventions en question et les accords de coopération. A cet égard l'intitulé des traités suisses est significatif : ainsi, une convention de 1966 passée avec la Mauritanie s'intitule "Traité de commerce, de protection et de promotion des investissements et de coopération économique et technique entre la Confédération Helvétique et la République Islamique de Mauritanie". Une dizaine de traités de ce type ont été conclus à ce jour par la Suisse.

64. Quant à leur contenu, ces derniers accords (suisses ou néerlandais) reprennent en gros les dispositions des conventions classiques pour la protection et la promotion des investissements en particulier celle qui concerne le traitement, le libre transfert, les nationalisations et le règlement des différends. Dans cette catégorie d'accords, il faut aussi ranger trois traités de commerce conclus par la Suède au milieu des années 60, respectivement avec la Côte d'Ivoire (1966), Madagascar (1967) et le Sénégal (1968). Ces traités renferment des clauses plus ou moins équivalentes à celles insérées dans les conventions de protection des investissements.

b) Clauses relatives aux investissements dans les accords de coopération multilatérale

65. Depuis quelques années, il y a des discussions intenses au sein de la CEE à propos de l'inclusion de clauses relatives aux investissements dans les accords généraux de coopération conclus au niveau de la Communauté. Le Conseil des ministres de la CEE a confirmé cette tendance dans ses conclusions du 18 novembre 1980, qui marquent une étape importante dans l'élaboration d'une politique commune de protection et de promotion des investissements privés européens dans les pays en développement. Le Conseil décide que la Communauté doit en principe évoquer le problème des investissements en négociant avec les pays en développement, en vue d'obtenir l'inclusion de clauses s'y rapportant dans les accords qu'elle passerait avec eux. Le conseil confirmait en même temps, que cet effort pour instituer une démarche commune en vue d'encourager les investissements européens dans les pays en développement s'inscrit dans sa vocation qui est de compléter et de seconder l'action des Etats mais, qu'il n'était pas question de s'y substituer. C'est pourquoi les responsabilités nationales resteront intactes dans ce domaine. Pour conclure, le Conseil soulignait que ces clauses ont pour but d'améliorer le climat de l'investissement et doivent, entre autres, inclure une référence à l'objectif général de non-discrimination entre les Etats Membres.

66. En application de la décision du Conseil, les mandats permettant la négociation d'accords de coopération communautaires avec les pays en développement inclueront donc, en règle générale une ou plusieurs dispositions concernant les objectifs et, en tant que de besoin, les moyens d'une coopération en matière d'investissements. C'est le cas pour les négociations actuelles avec le Groupe Andin, et la Communauté adoptera, en principe, la même procédure, lors de sa négociation de nouveaux accords ou de la renégociation d'accords antérieurs.

67. Les clauses existantes concernant les investissements, dans les accords de coopération de la CEE reflètent la diversité des attitudes des différents partenaires de la Communauté, les situations préexistantes au regard du traitement des investissements étrangers, et les intérêts de la Communauté elle-même. Ce que toutes les clauses ont en commun, c'est une déclaration

d'intention de la part des signataires, de prendre les mesures appropriées pour promouvoir les investissements sur la base de la réciprocité.

68. Les accords entre la CEE et le Brésil ainsi qu'entre la CEE et l'Inde se bornent à cette déclaration d'intention de caractère général. L'accord avec la yougoslavie va plus loin et stipule que les parties contractantes s'efforceront de conclure des accords réciproques pour la promotion et la protection des investissements.

69. Un nouveau pas a été franchi par l'accord du 6 mars 1980, avec l'Association des Etats du Sud-Est asiatique (ANASE). Il porte sur l'extension, par les pays Membres de deux groupes, des accords visant à la promotion et la protection des investissements et dans lesquels on s'efforce d'appliquer les principes de la non-discrimination, du traitement juste et équitable et de la réciprocité. Dans cet accord avec l'ANASE, le principe de la non-discrimination que le Conseil de novembre 1980 avait fait ressortir, est énoncé en termes très généraux. Il implique que les nouveaux accords qui seront conclus dans le cadre CEE-ANASE ne s'écarteront pas outre mesure des accords existants afin de limiter les différences de traitements accordés aux investisseurs des différents Etats Membres. Le principe de la non-discrimination énoncé dans la deuxième Convention de Lomé a déjà été mentionné plus haut à propos de l'analyse des conventions relatives à la protection des investissements.

70. Les accords de coopération de la Communauté comprennent aussi diverses clauses touchant à la coopération économique ou industrielle comportant une référence particulière à l'aspect promotion des investissements. Un problème brûlant est celui du chapitre consacré à la "coopération industrielle" dans la deuxième Convention de Lomé et de son article 77 qui vise en particulier les activités de promotion et d'information industrielles ainsi que les dispositions sur la coopération minière : en vertu de cet article, des investissements peuvent être effectués pour développer -- et le cas échéant préserver -- le potentiel énergétique et minier des Etats ACP.

E. ACCORDS PAR SECTEUR OU RELATIFS A UN PROJET

71. Un nouveau type d'accords destinés à favoriser et protéger des projets précis retient l'attention depuis quelques années. Ils peuvent être de deux sortes : accords-cadres entre Etats pour un projet particulier auquel participent des investisseurs privés ou accords tripartites faisant intervenir, pour un projet donné, le pays d'origine, le pays d'accueil ainsi que l'investisseur.

72. A ce jour, on n'a que peu d'expérience de ce type d'accords qui ne semblent pas être utilisés de façon fréquente. Bien qu'ils puissent fournir, le cas échéant, un moyen utile de s'affranchir de contraintes particulières qui affectent l'investissement, les pays Membres n'y recourent qu'avec beaucoup de prudence. Au niveau bilatéral, les accords par secteur ou relatifs à un projet se rencontrent aujourd'hui surtout dans le domaine de la coopération pour le développement, où ils servent à mobiliser les fonds privés pour des projets de développement. Un exemple en est le programme de garantie du logement de l'Agence Internationale pour le Développement (AID) aux

Etats-unis (Agency for International Development Housing Guarantes Programme) qui favorise la construction de logements et des infrastructures s'y rapportant. Ce programme garantit les projets des investisseurs américains, quand ces projets sont jugés techniquement valables et une fois qu'ont abouti les négociations entre gouvernements au sujet de chacun d'eux. D'autres programmes de l'AID concernent les fonds alloués aux investissements dans un secteur particulier, fonds dont les paramètres d'utilisation sont fixés par un accord intergouvernemental.

73. Dans la CEE, la dernière Convention de Lomé ouvre la perspective d'un développement des accords relatifs à des projets d'investissement déterminés. L'annexe VII de cette convention prévoit la possibilité de conclure des accords sur des projets miniers ou énergétiques, entre les pays ACP concernés, la Communauté et un ou plusieurs Etats Membres, lorsque la Communauté considère que ces projets présentent pour elle un intérêt et que le capital européen participe à leur financement. Outre qu'ils doivent être techniquement et économiquement viables, ces projets doivent remplir un certain nombre de conditions particulières :

- Les propositions pour ces projets doivent émaner des Etats ACP, ce qui indiquera l'intérêt qu'ils portent à la promotion des investissements ;
- Le projet proposé doit être compatible avec l'un des intérêts prioritaires de la Communauté (par exemple, l'approvisionnement de l'Europe en produits issus du projet en question) ;
- Pour justifier l'engagement de la Communauté, ces projets réuniront en règle générale des investisseurs ou acheteurs des produits issus d'un tel investissement, appartenant à plusieurs Etats Membres.

Cela concerne naturellement les projets nécessitant d'importants apports de capitaux et ayant un long délai de mise en oeuvre, car ce sont précisément les deux facteurs qui exposent ces investissements aux risques que les accords ont pour but de réduire.

74. La possibilité de conclure des accords relatifs à un projet déterminé n'a pas encore été mise en oeuvre, bien que les opérations qui s'y prêteraient soient actuellement à l'étude. Cela tient essentiellement au caractère inédit de cette idée, aux risques courus et au soin qu'on doit par conséquent apporter à la préparation du premier projet couvert par un accord de ce type, qui constituera forcément un précédent pour les opérations ultérieures.

III. EFFICACITE DES ACCORDS INTERGOUVERNEMENTAUX VISANT A PROTEGER ET ENCOURAGER LES INVESTISSEMENTS-PREMIERE EVALUATION

75. Avant de porter un jugement général sur l'efficacité des divers types d'accords intergouvernementaux relatifs aux investissements, à la lumière de l'expérience actuelle, il convient de rappeler les différents objectifs d'action, mentionnés à la Section I ci-dessus, qui sont ou qui pourrait être assignés à ces accords. L'objet principal qu'ils ont en commun, quelles que soient leur nature ou leur portée juridique, est à la fois de protéger les

investissements étrangers et de stimuler un flux d'investissements croissant en direction des pays en développement parties à ces accords. Mais ces objectifs ne sont plus considérés comme suffisants. On débouche, sous une forme ou une autre, sur une coopération entre deux pays ou plus, dans les domaines industriel et financier. Pour tenter de porter cette appréciation, il convient de distinguer entre les différentes catégories d'accords analysées à la section précédente, lesquelles correspondent, en quelque sorte, à différents niveaux de conscience de ces derniers problèmes.

76. En ce qui concerne les conventions visant à protéger et à favoriser les investissements, il est clair que des pays qui n'ont commencé que récemment à y recourir, ne sont pas encore en mesure de porter sur leur efficacité un jugement valable. Pour les autres, deux questions distinctes, bien qu'étroitement liées, doivent être posées. Tout d'abord, les conventions ont-elles atteint leur but primitif, à savoir la protection des investissements existants ? En deuxième lieu, ces conventions ont-elles par elles-mêmes, suscité de nouveaux investissements ?

77. D'après l'expérience des pays Membres, on doit répondre par l'affirmative à la première de ces questions. Des pays comme la Suisse, la France, l'Allemagne, le Royaume-Uni et la Belgique pensent réellement que le bilan est globalement satisfaisant.

78. Dans l'ensemble, les pays en développement semblent honorer leurs engagements. Il y a bien sûr, quelques exceptions notoires, des cas marginaux tels que le changement radical de régime survenu en Iran, qui a causé à l'Allemagne un tort considérable, alors qu'elle avait signé une convention concernant la protection des investissements avec l'Iran en 1965. Les conséquences de toute rupture ouverte d'un accord sur l'attitude des investisseurs, non seulement dans le pays d'origine victime de cette rupture, mais aussi dans d'autres pays et les répercussions sur la réputation générale et le capital de confiance du pays qui a violé une convention, sont des éléments nettement dissuasifs pour qui voudrait suivre cet exemple. Aussi, bon nombre de pays Membres ont-ils fait état d'une expérience positive, les conventions existantes ayant rempli leur fonction de dissuasion contre les expropriations, ou du moins permis un règlement satisfaisant des différends.

79. On a l'exemple de la Suisse dont les avoirs au début des années 70 étaient menacés de nationalisation par un Etat africain. Le problème fut résolu grâce à l'existence d'un traité qui conduisait à l'annulation des mesures de nationalisation ou à l'indemnisation des anciens propriétaires. La Belgique aussi a pu invoquer l'accord conclu avec le Maroc en 1965 et celui avec l'Indonésie en 1970 pour régler des questions d'expropriation et obtenir des indemnisations pour ses ressortissants. Dans une récente et épineuse affaire de fixation d'indemnisation, les engagements découlant d'une convention sur la protection des investissements passée avec l'Allemagne furent en dernier ressort honorés. Mis à part le cas extrême de l'Iran, il n'y a pas d'exemples connus où les différends entre les parties contractantes portant sur l'interprétation ou l'application d'une convention n'aient pu être tranchés par la voie diplomatique.

80. Malgré ce jugement globalement positif, l'efficacité des conventions pour assurer une protection réelle contre les risques politiques, en particulier du point de vue de l'investisseur, doit être comparée à celle d'autres accords visant eux-aussi à protéger et à encourager les

TRADUCTION — TRANSLATION

N^o 1040. TRAITÉ ¹ D'AMITIÉ, DE COMMERCE ET DE NAVIGATION ENTRE LES ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE ET LA RÉPUBLIQUE ITALIENNE. SIGNÉ A ROME, LE 2 FÉVRIER 1948

Les Etats-Unis d'Amérique et la République italienne, désireux d'affermir les relations pacifiques et de resserrer les liens d'amitié traditionnels qui existent entre les deux pays, ainsi que de favoriser entre leurs pays respectifs des contacts plus étroits grâce à des dispositions répondant aux aspirations de leurs peuples dans les domaines spirituel, culturel, économique et commercial, ont décidé de conclure un traité d'amitié, de commerce et de navigation fondé, d'une façon générale, sur les principes du traitement national et de la nation la plus favorisée, sans clause conditionnelle, et ont désigné, à cet effet, pour leurs plénipotentiaires:

LE PRÉSIDENT DES ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE:

M. JAMES CLEMENT DUNN, Ambassadeur extraordinaire et plénipotentiaire des Etats-Unis d'Amérique auprès de la République italienne,

et

LE PRÉSIDENT DE LA RÉPUBLIQUE ITALIENNE:

L'Honorable CARLO SFORZA, Ministre-Secrétaire d'Etat aux affaires étrangères,

Lesquels, après s'être communiqué leurs pleins pouvoirs, trouvés en bonne et due forme, sont convenus des articles suivants:

Article premier

1. Les ressortissants de chacune des Hautes Parties contractantes seront autorisés à pénétrer sur les territoires de l'autre Haute Partie contractante, à y séjourner et à y circuler librement.

2. Les ressortissants de chacune des Hautes Parties contractantes pourront, en se conformant aux lois et règlements en vigueur, exercer librement, dans les territoires de l'autre Haute Partie contractante, les droits et privilèges énoncés ci-après, dans des conditions non moins favorables que celles qui sont ou seront accordées aux ressortissants de cette autre Haute Partie contractante:

a) Droit de se consacrer à des activités touchant la fabrication ou la transformation industrielles, ou à des activités commerciales, financières, scientifiques, éducatives, religieuses, philanthropiques et professionnelles, à l'exception de la pratique du droit;

¹ Entré en vigueur le 26 juillet 1949, par l'échange des instruments de ratification à Rome, conformément à l'article XXVII.

b) Droit d'acquérir, de posséder, de construire ou de louer à bail et d'occuper les immeubles appropriés, et de louer à bail les terrains appropriés, à des fins de résidence, à des fins touchant la fabrication ou la transformation industrielles, ou à des fins commerciales, financières, professionnelles, scientifiques, éducatives, religieuses, philanthropiques et funéraires;

c) Droit d'engager des agents ou des employés de leur choix, quelle que soit leur nationalité;

d) Droit d'accomplir tout acte nécessaire ou accessoire à la jouissance desdits droits et privilèges.

3. En outre, en ce qui concerne la jouissance des droits et privilèges prévus aux paragraphes premier et 2 du présent article, il ne devra en aucun cas être accordé aux ressortissants des Hautes Parties contractantes un traitement moins favorable que celui qui est ou sera accordé aux ressortissants d'un pays tiers.

4. Les dispositions du paragraphe premier du présent article ne seront pas interprétées comme empêchant l'une ou l'autre des Hautes Parties contractantes d'exercer une surveillance raisonnable sur les déplacements et le séjour des étrangers à l'intérieur de ses territoires ou comme interdisant l'application de mesures prévoyant l'exclusion ou l'expulsion des étrangers pour des raisons intéressant l'ordre public, les bonnes mœurs, la santé ou la sécurité publiques.

Article II

1. Au sens du présent Traité, l'expression « sociétés et associations » désigne les sociétés de capitaux, compagnies, sociétés de personnes et autres associations, qu'elles soient ou non à responsabilité limitée et qu'elles aient ou non un but lucratif, qui ont été ou seront créées ou constituées en vertu des lois et règlements en vigueur.

2. Les sociétés et associations créées ou constituées en vertu des lois et règlements applicables à l'intérieur des territoires de l'une ou de l'autre des Hautes Parties contractantes seront considérées comme des sociétés et associations de ladite Haute Partie contractante et leur statut juridique sera reconnu à l'intérieur des territoires de l'autre Haute Partie contractante, qu'elles y aient un siège, une succursale ou une agence de caractère permanent.

3. Les sociétés et associations de chacune des Hautes Parties contractantes pourront, en se conformant aux lois et règlements en vigueur, exercer librement dans les territoires de l'autre Haute Partie contractante, tous les droits et privilèges énumérés au paragraphe 2 de l'article premier, dans des conditions non moins favorables que celles qui sont ou seront accordées aux sociétés et associations de cette autre Haute Partie contractante. La phrase précédente et toutes autres dispositions du présent Traité accordant des droits et privilèges aux sociétés et associations de la République italienne dans des conditions non moins favorables que celles qui sont ou seront accordées aux sociétés et associations des Etats-Unis d'Amérique seront interprétées comme accordant lesdits droits et privilèges dans tout Etat, territoire ou possession des Etats-Unis d'Amérique, dans des conditions non moins favorables que celles dans lesquelles lesdits droits et

privilèges y sont ou y seront accordés aux sociétés et associations créées ou constituées dans les autres Etats, territoires ou possessions des Etats-Unis d'Amérique.

4. En outre, en ce qui concerne la jouissance des droits et privilèges prévus dans le présent article, il ne devra en aucun cas être accordé aux sociétés et associations de chacune des Hautes Parties contractantes un traitement moins favorable que celui qui est ou sera accordé aux sociétés et associations d'un pays tiers.

Article III

1. Les ressortissants, sociétés et associations de chacune des Hautes Parties contractantes jouiront, sur toute l'étendue des territoires de l'autre Haute Partie contractante, en conformité des lois et règlements qui y sont applicables, dans des conditions qui ne seront pas moins favorables que celles qui sont ou qui seront accordées aux ressortissants, sociétés et associations d'un pays tiers, des droits et privilèges relatifs à la constitution de sociétés et d'associations de cette Haute Partie contractante et à la participation auxdites sociétés et associations, y compris les droits concernant leur création et leur accession à la personnalité morale, l'achat, la possession et la vente d'actions et, en ce qui concerne les ressortissants, le droit d'occuper des postes de direction et de gestion. Les sociétés et associations de chacune des Hautes Parties contractantes qui ont été constituées par des ressortissants, sociétés ou associations de l'autre Haute Partie contractante ou dans lesquelles ceux-ci ont des intérêts, conformément aux droits et privilèges énumérés dans le présent paragraphe, et qui sont contrôlées par lesdits ressortissants, sociétés ou associations, seront autorisées à exercer les activités pour lesquelles elles ont été créées et constituées, en se conformant aux lois et règlements applicables, dans des conditions non moins favorables que celles qui sont ou seront accordées aux sociétés et associations qui ont été constituées d'une manière analogue par des ressortissants, sociétés et associations d'un pays tiers ou dans lesquelles ceux-ci ont des intérêts, et qui sont contrôlées par lesdits ressortissants, sociétés et associations.

2. Les ressortissants, sociétés et associations de chacune des Hautes Parties contractantes seront autorisés, en conformité des lois et règlements applicables à l'intérieur des territoires de l'autre Haute Partie contractante, à constituer, contrôler et gérer des sociétés et associations de cette autre Haute Partie contractante en vue de poursuivre des activités touchant la fabrication ou la transformation industrielles, ou des activités minières, commerciales, scientifiques, éducatives, religieuses et philanthropiques. Les sociétés et associations contrôlées par des ressortissants, des sociétés et associations de l'une ou de l'autre des Hautes Parties contractantes et qui sont créées ou constituées conformément aux lois et règlements en vigueur sur les territoires de l'autre Haute Partie contractante, seront autorisées à y exercer les activités susvisées, en se conformant aux lois et règlements en vigueur, dans des conditions non moins favorables que celles qui sont ou seront accordées aux sociétés et associations de cette autre Haute Partie contractante qui sont contrôlées par des ressortissants, des sociétés ou des associations de la même Haute Partie contractante.

Article IV

Les ressortissants, sociétés et associations de chacune des Hautes Parties contractantes seront autorisés, dans les territoires de l'autre Haute Partie contractante, à prospecter et à exploiter les ressources minérales, en se conformant aux lois et règlements en vigueur, dans des conditions non moins favorables que celles qui sont ou seront accordées aux ressortissants, sociétés et associations d'un pays tiers.

Article V

1. Les ressortissants de chacune des Hautes Parties contractantes bénéficieront, dans les territoires de l'autre Haute Partie contractante, de la protection et de la sécurité les plus constantes pour leurs personnes et leurs biens, et ils jouiront entièrement, à cet égard, de la protection et de la sécurité exigées par le droit international. A cet effet, les personnes inculpées d'infraction pénale seront sans délai traduites en justice et jouiront de tous les droits et privilèges qui sont ou seront accordés par les lois et règlements applicables; les ressortissants de chacune des Hautes Parties contractantes seront traités d'une manière équitable et humaine lorsqu'ils seront détenus par les autorités de l'autre Haute Partie contractante. Dans la mesure où le terme « ressortissants » est employé dans le présent paragraphe lorsqu'il s'agit de biens, il sera interprété comme désignant également les sociétés et les associations.

2. Les ressortissants, sociétés et associations de chacune des Hautes Parties contractantes ne pourront être privés de leurs biens dans les territoires de l'autre Haute Partie contractante qu'après une procédure conforme au droit et moyennant le paiement rapide d'une indemnité réelle et équitable. Le bénéficiaire d'une telle indemnité pourra, en conformité des lois et règlements applicables qui ne sont pas incompatibles avec les dispositions du paragraphe 3 de l'article XVII du présent Traité, retirer le montant de cette indemnité en toute liberté en obtenant des devises dans la monnaie de la Haute Partie contractante dont relève le ressortissant, la société ou l'association bénéficiaire, aux conditions les plus favorables applicables à ladite monnaie au moment où les biens ont été expropriés, et il sera exonéré de tous droits sur les transferts ou envois de fonds, à condition que la demande de devises soit introduite dans le délai d'un an après l'octroi de l'indemnité à laquelle se rapporte ladite demande.

3. Les ressortissants, sociétés et associations de chacune des Hautes Parties contractantes qui se conforment aux lois et règlements en vigueur auront droit, dans les territoires de l'autre Haute Partie contractante, à protection et à sécurité en ce qui concerne les questions mentionnées aux paragraphes 1 et 2 du présent article; cette protection et cette sécurité ne devront pas être inférieures à celles qui sont ou seront accordées aux ressortissants, sociétés et associations de l'autre Haute Partie contractante ni à celles qui sont ou seront accordées aux ressortissants, sociétés et associations d'un pays tiers. En outre, en ce qui concerne les questions relatives à la nationalisation des entreprises privées et au passage de ces entreprises sous le contrôle public, les entreprises dans lesquelles des ressortissants, sociétés

et associations de l'une des Parties contractantes ont un intérêt important jouiront, dans les territoires de l'autre Haute Partie contractante, d'un traitement non moins favorable que celui qui est ou sera accordé à des entreprises similaires dans lesquelles des ressortissants, des sociétés et des associations de cette autre Haute Partie contractante ont un intérêt important, et non moins favorable que celui qui est ou sera accordé aux entreprises similaires dans lesquelles des ressortissants, des sociétés et des associations de tout autre pays tiers ont un intérêt important.

4. Les ressortissants, sociétés et associations de chacune des Hautes Parties contractantes auront libre accès aux tribunaux judiciaires ainsi qu'aux tribunaux et organismes administratifs, dans les territoires de l'autre Haute Partie contractante, à tous les degrés de juridiction prévus par la loi, tant pour faire valoir que pour défendre leurs droits; ils auront le droit de faire appel aux services d'avocats et de représentants de leur choix pour faire valoir et défendre leurs droits devant ces tribunaux et organismes; ils pourront exercer tous ces droits et privilèges en conformité des lois et règlements en vigueur, dans des conditions non moins favorables que celles qui sont ou seront accordées aux ressortissants, sociétés et associations de l'autre Haute Partie contractante et que celles qui sont ou seront accordées aux ressortissants, sociétés et associations d'un pays tiers. En outre, les sociétés et associations de chacune des Hautes Parties contractantes qui n'exercent pas d'activité commerciale ou d'activité à but non lucratif dans les territoires de l'autre Haute Partie contractante seront autorisées à exercer les droits et privilèges accordés aux termes de la phrase précédente sans être astreints aux formalités d'immatriculation ou à celles qui ont pour objet de les assimiler aux sociétés et associations de cette autre Haute Partie contractante.

Article VI

Les habitations, entrepôts, usines, magasins et autres locaux utilisés à des fins industrielles ou commerciales, ainsi que toutes leurs dépendances, appartenant aux ressortissants, sociétés et associations de l'une des Hautes Parties contractantes et situés dans les territoires de l'autre Haute Partie contractante, seront à l'abri de toute violation ou trouble de jouissance illégal. Il ne sera procédé, dans ces habitations, immeubles ou locaux, à aucune visite ni perquisition, et les livres, documents ou comptes qui s'y trouvent ne seront pas examinés ou inspectés, si ce n'est dans des conditions et selon des procédures qui ne devront pas être moins favorables que celles qui sont applicables aux ressortissants, sociétés et associations de l'autre Haute Partie contractante en vertu des lois et des règlements applicables dans les territoires de ladite autre Haute Partie contractante. Les ressortissants, sociétés ou associations de l'une des Hautes Parties contractantes se trouvant dans le territoire de l'autre Haute Partie contractante ne seront en aucun cas traités moins favorablement, en ce qui concerne les questions ci-dessus, que les ressortissants, sociétés ou associations d'un pays tiers. En outre, toute visite, perquisition ou inspection, ou tout examen autorisés en vertu de l'exception prévue au présent article, seront effectués avec le souci de gêner le moins possible les occupants desdits habitations, immeubles ou locaux et la marche normale de leurs affaires commerciales, industrielles ou autres.

Article VII

1. Les ressortissants, sociétés et associations de chacune des Hautes Parties contractantes pourront, dans les territoires de l'autre Haute Partie contractante, acquérir, détenir et céder des biens immobiliers ou des intérêts dans ces biens, selon les modalités suivantes:

a) Dans le cas de ressortissants, de sociétés et d'associations de la République italienne, le droit d'acquérir, de détenir et de céder les biens et intérêts susvisés sera subordonné aux lois et règlements qui sont ou seront en vigueur dans l'Etat, le territoire ou la possession des Etats-Unis d'Amérique où lesdits biens ou intérêts sont situés; et

b) Dans le cas de ressortissants, de sociétés et d'associations des Etats-Unis d'Amérique, le droit d'acquérir, de détenir et de céder les biens et intérêts susvisés s'exercera dans des conditions non moins favorables que celles qui sont ou seront accordées aux ressortissants, sociétés et associations de la République italienne par l'Etat, le territoire ou la possession des Etats-Unis d'Amérique dans lesquels ces ressortissants ont leur domicile, ou conformément aux lois desquels lesdites sociétés ou associations ont été créées ou continuées, étant entendu que la République italienne ne sera pas tenue d'accorder, à cet égard, aux ressortissants, sociétés et associations des Etats-Unis d'Amérique des droits plus étendus que ceux qui sont ou seront accordés dans les territoires de ladite République à ses propres ressortissants, sociétés et associations.

2. Si un ressortissant, une société ou une association de l'une des Hautes Parties contractantes, résidant ou non dans les territoires de l'autre Haute Partie contractante, et y exerçant ou non une activité commerciale ou autre, se trouve, en raison de sa qualité d'étranger et en vertu des lois et règlements en vigueur dans lesdits territoires, mis dans l'impossibilité de succéder comme légataire ou, s'il s'agit d'un ressortissant, comme héritier à des biens immobiliers situés dans lesdits territoires ou à des intérêts dans de tels biens, un délai de trois ans sera accordé audit ressortissant ou à ladite société ou association pour vendre ou aliéner sous toute autre forme lesdits biens ou intérêts; ce délai sera prolongé d'une manière raisonnable si les circonstances l'exigent. La transmission ou l'entrée en possession desdits biens ou intérêts sera exonérée du paiement de tous impôts ou taxes portant sur les mutations immobilières, les successions, les formalités testamentaires ou administratives, plus élevés que ceux qui sont actuellement ou seront dans l'avenir appliqués en pareil cas aux ressortissants, sociétés ou associations de la Haute Partie contractante dans le territoire de laquelle se trouvent les biens ou intérêts en question.

3. Les ressortissants de chacune des Hautes Parties contractantes pourront, à l'intérieur des territoires de l'autre Haute Partie contractante, disposer librement de leurs biens meubles, de quelque nature qu'ils soient, par testament, donation ou de toute autre manière, et leurs héritiers, légataires ou donataires, quelle que soit leur nationalité, s'il s'agit de personnes physiques, et quel que soit le lieu où elles ont été créées ou constituées, s'il s'agit de sociétés ou d'associations, qu'ils résident ou non et qu'ils exercent ou non une activité industrielle ou commerciale dans les

territoires de la Haute Partie contractante où se trouvent les biens, succéderont auxdits biens et pourront en prendre possession, soit eux-mêmes, soit par l'entremise de mandataires, et les conserver ou en disposer à leur gré. L'exercice du droit de disposer et d'hériter desdits biens ainsi que d'en conserver la propriété sera subordonné aux dispositions de l'article IX et sera exonéré de tous autres droits plus élevés et de toute restriction plus onéreuse que ceux qui s'appliquent dans des cas similaires aux ressortissants, aux sociétés et aux associations de ladite Haute Partie contractante. Les ressortissants, sociétés et associations de chacune des Hautes Parties contractantes pourront, dans les territoires de l'autre Haute Partie contractante, succéder, en qualité d'héritiers, de légataires ou de donataires, à des biens meubles de toute nature, qui leur auront été transmis à cause de mort ou donnés par des ressortissants de l'une ou de l'autre des Hautes Parties contractantes ou par des ressortissants d'un pays tiers, et pourront prendre possession desdits biens, soit personnellement, soit par l'entremise de mandataires, et les conserver ou en disposer à leur gré. L'exercice du droit de disposer et d'hériter desdits biens ainsi que d'en conserver la propriété sera subordonné aux dispositions de l'article IX et sera exonéré de tous droits, et de toutes restrictions autres et plus élevés que ceux qui sont appliqués dans des cas similaires aux ressortissants, sociétés et associations de ladite autre Haute Partie contractante. Aucune disposition du présent paragraphe ne sera interprétée comme portant atteinte aux lois et règlements de l'une ou l'autre des Hautes Parties contractantes qui dénie aux étrangers ou aux sociétés et associations étrangères ou qui limitent à leur égard le droit de posséder, directement ou indirectement, des parts sociales ou des titres de créances émis par des sociétés et associations de ladite Haute Partie contractante qui exercent certaines activités déterminées.

4. Pour toutes les questions touchant l'acquisition, la propriété, le louage, la possession ou l'aliénation de biens meubles, les ressortissants, sociétés et associations de chacune des Hautes Parties contractantes bénéficieront, sous réserve des exceptions prévues au paragraphe 3 de l'article IX, d'un traitement non moins favorable que celui qui est ou sera accordé aux ressortissants, sociétés et associations d'un pays tiers.

Article VIII

Les ressortissants, sociétés et associations de chacune des Hautes Parties contractantes bénéficieront, dans les territoires de l'autre Haute Partie contractante, de tous les droits et privilèges de quelque nature que ce soit touchant les brevets, les marques de fabrique, les désignations commerciales, noms commerciaux et autres formes de la propriété industrielle, à condition de se conformer aux lois et règlements applicables à l'enregistrement et autres formalités, dans des conditions non moins favorables que celles qui sont ou seront accordées aux ressortissants, sociétés et associations de ladite autre Haute Partie contractante et non moins favorables que le traitement qui est ou sera accordé aux ressortissants, sociétés et associations d'un pays tiers.

Article IX

1. Les ressortissants, sociétés et associations de chacune des Hautes Parties contractantes ne seront, dans les territoires de l'autre Haute Partie contractante, ni astreints au paiement d'impôts, de taxes ou de droits intérieurs assis ou prélevés sur les revenus, le capital, les transactions, les activités ou toute autre matière imposable, ni assujettis à des obligations relatives à leur application ou à leur recouvrement, qui seraient:

a) plus onéreux que les charges et obligations imposées aux ressortissants, résidents, sociétés et associations d'un pays tiers;

b) plus onéreux que les charges et obligations qui sont imposées aux ressortissants, sociétés et associations de ladite autre Haute Partie contractante, s'il s'agit de personnes physiques, résidant dans les territoires de cette autre Haute Partie contractante ou y exerçant des activités industrielles ou commerciales et, s'il s'agit de sociétés et d'associations, y exerçant des activités industrielles et commerciales, ou constituées et gérées exclusivement à des fins scientifiques, éducatives, religieuses ou philanthropiques.

2. Dans le cas de sociétés et d'associations de chacune des Hautes Parties contractantes exerçant des activités industrielles ou commerciales à l'intérieur des territoires de l'autre Haute Partie contractante et dans le cas de ressortissants de l'une des Hautes Parties contractantes exerçant des activités industrielles ou commerciales dans les territoires de l'autre Haute Partie contractante mais n'y ayant pas leur résidence, cette autre Haute Partie contractante n'assoira pas ou ne prélèvera pas d'impôts, de taxes ou de droits intérieurs sur les revenus, le capital ou d'autres matières imposables dans une mesure qui excéderait la quote-part qui peut raisonnablement être attribuée ou imputée à ces territoires, et elle n'accordera pas de dégrèvements ou d'exonérations inférieurs à ceux qui peuvent raisonnablement être appliqués ou imputés à ces territoires. Une règle analogue s'appliquera également dans le cas de sociétés et d'associations constituées et gérées exclusivement à des fins scientifiques, éducatives, religieuses ou philanthropiques.

3. Nonobstant les dispositions du paragraphe premier du présent article, chacune des Hautes Parties contractantes se réserve le droit: *a)* d'étendre des avantages déterminés en matière d'impôts, de taxes et de droits aux ressortissants, résidents, sociétés et associations de tous pays étrangers, sur une base de réciprocité; *b)* d'accorder aux ressortissants, résidents, sociétés et associations d'un pays tiers des avantages spéciaux en vertu d'un accord conclu avec ledit pays en vue d'éviter les doubles impositions ou d'assurer la protection mutuelle des recettes fiscales; *c)* d'accorder à ses propres ressortissants et aux résidents des pays voisins des exonérations, à titre personnel, plus favorables que celles qui sont accordées à des personnes physiques n'ayant pas leur résidence dans ses territoires.

Article X

Les voyageurs de commerce qui représentent des ressortissants, des sociétés ou des associations de l'une des Hautes Parties contractantes exerçant des activités

industrielles ou commerciales dans les territoires de ladite Partie contractante, bénéficieront, à leur entrée ou pendant leur séjour dans les territoires de l'autre Haute Partie contractante ainsi qu'à leur sortie desdits territoires, d'un traitement non moins favorable que celui qui est ou sera accordé aux voyageurs de commerce d'un pays tiers en ce qui concerne les droits de douane et autres droits et privilèges et, sous réserve des exceptions prévues au paragraphe 3 de l'article IX, en ce qui concerne les impôts et les taxes qui leur sont applicables personnellement ou qui sont applicables à leurs échantillons.

Article XI

1. Les ressortissants de chacune des Hautes Parties contractantes jouiront, dans les territoires de l'autre Haute Partie contractante, de la liberté de conscience et du droit de pratiquer librement leur religion, et ils pourront, soit individuellement, soit collectivement, soit au sein d'associations ou de sociétés religieuses et sans s'exposer à des vexations ou à des molestations sous quelque forme que ce soit en raison de leurs croyances religieuses, célébrer des services religieux, soit dans leur propre demeure, soit dans tous autres immeubles appropriés, à condition que leurs enseignements et leurs pratiques religieuses ne soient pas contraires aux bonnes mœurs ou à l'ordre public.

2. Les Hautes Parties contractantes affirment leur attachement aux principes de la liberté de la presse et du libre échange des informations. Pour assurer la mise en œuvre de ces principes, les ressortissants, sociétés et associations de chacune des Hautes Parties contractantes pourront, dans les territoires de l'autre Haute Partie contractante, exercer des activités telles que la rédaction, le reportage et le rassemblement des informations pour les communiquer au public et jouiront de la liberté de transmettre les informations destinées à être utilisées à l'étranger aux fins de publication par la presse, la radio, le cinéma et autres moyens. Les ressortissants, sociétés et associations de chacune des Hautes Parties contractantes pourront publier librement des écrits dans les territoires de l'autre Haute Partie contractante, en se conformant aux lois et règlements applicables, dans les mêmes conditions que les ressortissants, sociétés ou associations de cette autre Haute Partie contractante. Au sens du présent paragraphe, le terme « information » s'entendra de toute forme de communications écrites, d'imprimés, de films cinématographiques, de disques de phonographe et de photographies.

3. Les ressortissants de chacun des Hautes Parties contractantes seront autorisés, dans les territoires de l'autre Haute Partie contractante, à ensevelir leurs morts conformément à leurs coutumes religieuses, en des lieux convenables et appropriés, qui sont ou seront aménagés et entretenus à cet effet, sous réserve des lois et règlements applicables en matière d'hygiène et de sépulture.

Article XII

1. Indépendamment de leur nationalité étrangère ou du lieu de leur résidence, les ressortissants de chacune des Hautes Parties contractantes jouiront de

droits et de privilèges non moins favorables que ceux qui sont accordés aux ressortissants de l'autre Haute Partie contractante, en vertu des lois et règlements en vigueur dans les territoires de cette autre Haute Partie contractante: *a*) qui établissent la responsabilité civile pour cause de blessures ou de décès et accordent une action en réparation à la personne blessée, ou, suivant le cas, aux parents, héritiers, personnes à charge ou représentants personnels de la personne blessée ou décédée, ou *b*) qui accordent au salarié ou à toute personne physique bénéficiaire d'un traitement, d'une commission ou autre forme de rémunération, ou, suivant le cas, à ses parents, ses héritiers ou aux personnes qui sont à sa charge, une action en réparation ou une indemnité pécuniaire ou d'autres avantages ou prestations pour cause de maladie professionnelle, de blessures ou de décès résultant du travail ou survenus au cours du travail ou dus à la nature du travail.

2. Outre les droits et privilèges prévus au paragraphe premier du présent article, les ressortissants de chacune des Hautes Parties contractantes jouiront, dans les territoires de l'autre Haute Partie contractante, à des conditions non moins favorables que celles qui sont applicables aux ressortissants de cette autre Haute Partie contractante, des avantages prévus par les lois et règlements établissant des systèmes d'assurances obligatoires en vertu desquels des indemnités sont versées, sans qu'il soit procédé à une enquête sur les besoins financiers de l'intéressé: *a*) en cas de perte de salaires ou de traitements résultant de la vieillesse, du chômage, de la maladie ou d'autres incapacités, ou *b*) en cas de perte des moyens de subsistance résultant du décès du père, de l'époux ou de tout autre personne dont l'intéressé dépendait pour sa subsistance.

Article XIII

1. Sous réserve des dispositions du paragraphe 2 du présent article, les ressortissants de chacune des Hautes Parties contractantes seront exemptés de l'obligation de servir ou de recevoir une formation dans les forces armées de l'autre Haute Partie contractante; ils seront également exemptés de toutes contributions en espèces ou en nature imposées en lieu et place de ladite obligation.

2. Les exemptions prévues au paragraphe premier du présent article ne s'appliqueront pas au cours de toute période pendant laquelle les deux Hautes Parties contractantes, au moyen d'une action armée à l'occasion de laquelle le service obligatoire sera décrété; *a*) mettront en vigueur des mesures contre le même ou les mêmes pays tiers en exécution des obligations relatives au maintien de la paix et de la sécurité internationales; ou *b*) poursuivront simultanément des hostilités contre le même ou les mêmes pays tiers. Toutefois, dans un tel cas, les ressortissants de l'une des Hautes Parties contractantes se trouvant dans le territoire de l'autre Haute Partie contractante et qui n'auront pas déclaré leur intention d'acquérir la nationalité de cette autre Haute Partie contractante, seront exemptés du service militaire dans les forces armées de ladite autre Haute Partie contractante, à condition que, dans un délai raisonnable, ils optent à la place pour le service dans les forces armées de la Haute Partie contractante dont ils sont ressortissants. Dans un tel cas, les Hautes Parties contractantes prendront

toutes les mesures nécessaires pour donner effet aux dispositions du présent paragraphe.

Article XIV

1. Pour toute question relative: *a*) aux droits de douane et taxes subsidiaires de toute nature qui frappent les importations et les exportations, et au mode de perception desdits droits et taxes; *b*) aux règles, formalités et taxes imposées à l'occasion des opérations de dédouanement, et *c*) à l'imposition, la vente, la répartition ou l'utilisation dans le pays d'articles importés ou d'articles destinés à l'exportation, chacune des Hautes Parties contractantes accordera aux articles récoltés, produits ou fabriqués par l'autre Haute Partie contractante, quelle que soit leur provenance, ou aux articles destinés à l'exportation vers les territoires de cette autre Haute Partie contractante, quel que soit l'itinéraire emprunté, un traitement non moins favorable que celui qui est ou sera accordé aux articles similaires récoltés, produits ou fabriqués dans un pays tiers ou à lui destinés.

2. En ce qui concerne les questions mentionnées au paragraphe premier du présent article, les ressortissants, sociétés ou associations de chacune des Hautes Parties contractantes bénéficieront, dans les territoires de l'autre Haute Partie contractante, d'un traitement non moins favorable que celui qui est ou sera accordé aux ressortissants, sociétés et associations de cette autre Haute Partie contractante; et, en ce qui concerne lesdites questions, les ressortissants, sociétés ou associations, navires et cargaisons de chacune des Hautes Parties contractantes bénéficieront, dans les territoires de l'autre Haute Partie contractante, d'un traitement non moins favorable que celui qui est ou sera accordé aux ressortissants, sociétés et associations, navires et marchandises d'un pays tiers.

3. Aucune des Hautes Parties contractantes n'interdira ou ne restreindra, de quelque manière que ce soit, l'importation, la vente, la distribution ou l'utilisation d'un article récolté, produit ou fabriqué par l'autre Haute Partie contractante, ou l'exportation d'un article destiné aux territoires de cette autre Haute Partie contractante, à moins que l'importation, la vente, la distribution ou l'utilisation d'un article similaire récolté, produit ou fabriqué dans tout pays tiers, ou l'exportation d'un article similaire à destination de tout pays tiers, ne soient, de la même manière, interdites ou restreintes.

4. Si l'une ou l'autre des Hautes Parties contractantes soumet à une réglementation quantitative, au moyen de contingentements, de licences ou d'autres mesures, l'importation ou l'exportation d'un article, ou la vente, la distribution ou l'utilisation d'un article importé, elle devra, en règle générale, faire connaître publiquement la quantité ou la valeur globales de cet article dont l'importation, l'exportation, la vente, la distribution ou l'utilisation seront autorisées pendant une période déterminée, ainsi que toute modification de cette quantité ou de cette valeur. En outre, si l'une des Hautes Parties contractantes attribue à un pays tiers une part de cette quantité ou de cette valeur globale d'un article présentant un intérêt important pour l'autre Haute Partie contractante, elle attribuera, en

règle générale, à cette dernière une quote-part calculée au prorata de la quantité ou de la valeur globale fournie par les territoires de ladite autre Haute Partie contractante ou, s'il s'agit d'exportations, une quote-part calculée au prorata des exportations à destination desdits territoires, pendant une période représentative, compte tenu, dans la mesure du possible, des facteurs spéciaux qui ont pu ou peuvent affecter le commerce de l'article en question. Les dispositions du présent paragraphe relatives aux importations s'appliqueront également en ce qui concerne la quantité ou la valeur de tout article dont l'importation est autorisée en franchise ou qui bénéficie, en matière de droits et de taxes, d'un taux moins élevé que celui qui frappe les importations dépassant la susdite quantité ou valeur.

5. Si l'une des Hautes Parties contractantes exige une preuve documentaire de la provenance des articles importés, les exigences imposées à cet égard devront être raisonnables et ne pas constituer une entrave inutile aux échanges commerciaux indirects.

Article XV

1. Les lois, les règlements administratifs et les décisions administratives ou judiciaires de chacune des Hautes Parties contractantes ayant une application générale et concernant l'établissement de nomenclatures douanières ou des taux de droits, seront publiés rapidement de manière que les commerçants puissent en prendre connaissance. Ces lois, règlements et décisions seront uniformément appliqués dans tous les ports de chacune des deux Hautes Parties contractantes, à moins que la législation des Etats-Unis d'Amérique n'en dispose autrement d'une manière expresse en ce qui concerne l'importation desdits articles dans leurs territoires et possessions insulaires.

2. Aucune réglementation administrative du Gouvernement des Etats-Unis d'Amérique prescrivant une augmentation des taux des droits ou taxes applicables, en vertu d'une pratique établie et uniforme, aux importations provenant des territoires de la République italienne, ou soumettant à des conditions nouvelles lesdites importations, ne sera, en règle générale, applicable aux articles récoltés, produits ou fabriqués par la République italienne, qui seront déjà en route au moment où ladite réglementation sera publiée conformément aux dispositions du précédent paragraphe; réciproquement, aucune réglementation administrative du Gouvernement de la République italienne prescrivant une augmentation des taux des droits ou taxes applicables, en vertu d'une pratique établie et uniforme, aux importations provenant des territoires des Etats-Unis d'Amérique, ou soumettant à des conditions nouvelles lesdites importations, ne sera, en règle générale, applicable aux articles récoltés, produits ou fabriqués par les Etats-Unis d'Amérique qui seront déjà en route au moment où ladite réglementation sera publiée conformément aux dispositions du précédent paragraphe. Toutefois, si l'une des Hautes Parties contractantes exempte habituellement de telles conditions nouvelles ou plus strictes les articles importés ou retirés d'un entrepôt en vue d'être livrés à la consommation, pendant une période de trente jours à partir de la date de ladite publication, cette pratique sera considérée comme constituant l'exécution

complète des dispositions du présent paragraphe par ladite Haute Partie contractante. Les dispositions du présent paragraphe ne s'appliqueront pas aux mesures administratives prévoyant des droits anti-dumping ou des droits compensateurs, ou concernant la réglementation nécessaire à la protection de la vie ou de la santé des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux, ou concernant la sécurité publique, ou donnant effet à des décisions judiciaires.

3. Chacune des Hautes Parties Contractantes établira une procédure administrative ou judiciaire, en vertu de laquelle les ressortissants, sociétés et associations de l'autre Haute Partie contractante, et les importateurs d'articles récoltés, produits ou fabriqués par cette autre Haute Partie contractante pourront formuler des réclamations contre les amendes et les sanctions qui leur auront été infligées par les autorités douanières, les confiscations auxquelles procéderont lesdites autorités et les décisions qu'elles prendront dans les questions relatives aux nomenclatures douanières et à la détermination de la valeur en douane. En ce qui concerne toute importation effectuée par les ressortissants, sociétés ou associations de l'une des Hautes Parties contractantes ou l'importation d'articles récoltés, produits ou fabriqués par l'une des Hautes Parties contractantes, aucune des Hautes Parties contractantes n'infligera d'amendes autres que des amendes de principe pour les erreurs contenues dans les documents, qui sont manifestement des erreurs matérielles ou pour lesquelles la bonne foi peut être établie.

4. Chacune des Hautes Parties contractantes examinera avec bienveillance les représentations que pourra faire l'autre Haute Partie contractante en ce qui concerne la mise en œuvre ou l'application soit de mesures d'interdiction ou de restriction touchant l'importation ou l'exportation, soit de contingentements, de règlements ou de formalités de douane, ou de lois et règlements sanitaires destinés à protéger la vie ou la santé des personnes ou des animaux ou à préserver les végétaux.

Article XVI

1. Les articles récoltés, produits ou fabriqués par l'une des Hautes Parties contractantes qui sont importés dans les territoires de l'autre Haute Partie contractante bénéficieront, pour toutes questions relatives à la fiscalité interne ou à la vente, à la distribution ou à l'utilisation desdits articles dans ces territoires, d'un traitement non moins favorable que celui qui est ou sera accordé aux articles similaires d'origine nationale.

2. Les articles récoltés, produits ou fabriqués dans les territoires de l'une des Hautes Parties contractantes, en totalité ou en partie, par des ressortissants, des sociétés ou des associations de l'autre Haute Partie contractante, ou par des sociétés ou associations de la Haute Partie contractante dans les territoires de laquelle lesdits articles sont récoltés, produits ou fabriqués, qui sont contrôlés par des ressortissants, des sociétés ou des associations de l'autre Haute Partie contractante, bénéficieront à l'intérieur desdits territoires, pour toutes questions relatives à la fiscalité interne ou à la vente, à la distribution ou à l'utilisation de ces articles dans lesdits territoires, ou à leur exportation, d'un traitement non

moins favorable que celui qui est ou sera accordé à des articles similaires récoltés, produits ou fabriqués dans lesdits territoires, en tout ou en partie, par des ressortissants, sociétés et associations de la Haute Partie contractante dans les territoires de laquelle lesdits articles sont récoltés, produits ou fabriqués, ou par des sociétés ou associations de ladite Haute Partie contractante qui sont contrôlées par lesdits ressortissants, sociétés et associations. Les articles visés dans la phrase précédente ne bénéficieront en aucun cas d'un traitement moins favorable que celui qui est ou sera accordé à des articles similaires récoltés, produits ou fabriqués, en tout ou en partie par des ressortissants, des sociétés ou des associations d'un pays tiers ou par des sociétés et associations qui sont contrôlées par des ressortissants, des sociétés ou des associations d'un pays tiers.

3. En ce qui concerne les questions relatives aux primes à l'exportation, aux drawbacks et à l'entreposage des articles destinés à l'exportation, les ressortissants, sociétés et associations de chacune des Hautes Parties contractantes bénéficieront, dans les territoires de l'autre Haute Partie contractante, d'un traitement non moins favorable que celui qui est ou sera accordé aux ressortissants, sociétés et associations de cette autre Haute Partie contractante.

Article XVII

1. Le traitement défini au présent article s'appliquera à toutes les catégories de contrôle des opérations financières, notamment: *a*) aux restrictions à la libre disposition des moyens de paiement nécessaires pour effectuer ces opérations; *b*) aux taux de change, et *c*) aux interdictions, restrictions, délais, impositions, taxes et sanctions relatifs auxdites opérations; ce traitement s'appliquera auxdites opérations, qu'elles aient lieu directement ou par l'entremise d'un intermédiaire dans un pays tiers. Au sens du présent article, l'expression « opérations financières » s'entend de tous les paiements et transferts de fonds internationaux effectués au moyen de monnaies, titres, dépôts en banque, opérations de change et autres arrangements financiers, quels que soient le but et la nature de ces paiements et transferts.

2. Chacune des Hautes Parties contractantes accordera aux opérations financières effectuées entre ses territoires et ceux de l'autre un traitement non moins favorable que celui qui est ou sera accordé aux opérations similaires effectuées entre les territoires de ladite Haute Partie contractante et les territoires d'un pays tiers.

3. Les ressortissants, sociétés et associations de chacune des Hautes Parties Contractantes bénéficieront de la part de l'autre Haute Partie contractante d'un traitement non moins favorable que celui qui est ou sera accordé aux ressortissants, sociétés et associations de cette autre Haute Partie contractante et non moins favorable que celui qui est ou sera accordé aux ressortissants, sociétés et associations d'un pays tiers en ce qui concerne les opérations financières effectuées entre les territoires des deux Hautes Parties contractantes ou entre les territoires de ladite autre Haute Partie contractante et ceux d'un pays tiers.

4. En règle générale, tout contrôle imposé par l'une ou l'autre des Hautes Parties contractantes sur les opérations financières, s'exercera de manière à ne pas porter préjudice à la situation de l'autre Haute Partie contractante sur le plan de la concurrence commerciale ou des investissements de capitaux, par rapport au commerce ou aux investissements de capitaux d'un pays tiers.

Article XVIII

1. Si l'une des Hautes Parties contractantes vient à créer ou à maintenir un monopole ou un organisme pour l'importation, l'exportation, l'achat, la vente, la distribution ou la production d'un article ou concède à un organisme quelconque des privilèges exclusifs concernant l'importation, l'exportation, l'achat, la vente, la distribution ou la production d'un article, ce monopole ou cet organisme accordera au commerce de l'autre Haute Partie contractante un traitement juste et équitable en ce qui concerne ses achats portant sur des articles récoltés, produits ou fabriqués dans des pays étrangers et ses ventes portant sur des articles destinés à des pays étrangers. A cet effet, en procédant à l'achat ou à la vente d'un article quelconque, le monopole ou l'organisme ne devra prendre en considération que des facteurs tels que le prix, la qualité, les possibilités d'écoulement, le transport et les conditions d'achat ou de vente, dont tiendrait compte normalement une entreprise commerciale privée uniquement intéressée à l'achat ou à la vente d'un tel article dans les conditions les plus avantageuses. Si l'une des Hautes Parties contractantes institue ou maintient un monopole ou un organisme pour la fourniture d'un service quelconque, ou concède à un organisme des privilèges exclusifs concernant la fourniture d'un service, ce monopole ou cet organisme accordera à l'autre Haute Partie contractante ainsi qu'aux ressortissants, sociétés, associations et au commerce de celle-ci, en ce qui concerne les transactions relatives à ce service, un traitement juste et équitable par rapport au traitement qui est ou sera accordé à un pays tiers ou aux ressortissants, sociétés, associations et commerce de ce dernier.

2. En accordant des concessions, en passant des contrats et en procédant à l'achat de fournitures, chacune des Hautes Parties contractantes assurera aux ressortissants, sociétés et associations et au commerce de l'autre Haute Partie contractante un traitement juste et équitable par rapport au traitement qui est ou sera accordé aux ressortissants, sociétés, associations et commerce de tout pays tiers.

3. Les deux Hautes Parties contractantes reconnaissent que les pratiques commerciales qui entravent la concurrence, restreignent l'accès aux marchés ou favorisent les contrôles à caractère de monopole, et qui sont suivies ou appliquées par une ou plusieurs entreprises commerciales publiques ou privées, ou qui sont le fait de combinaisons, d'accords ou d'autres formes d'entente entre des entreprises commerciales publiques ou privées, peuvent avoir un effet nuisible sur le commerce entre leurs territoires respectifs. En conséquence, chacune des Hautes Parties contractantes s'engage à consulter l'autre Haute Partie contractante, à sa

demande, en ce qui concerne les pratiques de cette nature, et à prendre les mesures qu'elle jugera opportunes en vue d'éliminer ces effets nuisibles.

Article XIX

1. Il y aura liberté de commerce et de navigation entre les territoires des Hautes Parties contractantes.

2. Les navires battant pavillon de l'une des Hautes Parties contractantes et munis des documents que la législation interne exige comme preuve de leur nationalité, seront considérés comme étant des navires de cette Haute Partie contractante dans les ports, les mouillages et les eaux de l'autre Haute Partie contractante ainsi qu'en haute mer. Au sens du présent Traité, le terme « navires » sera interprété comme désignant tous les navires de chacune des Hautes Parties contractantes, qu'ils soient propriété privée ou publique ou que leur exploitation soit privée ou publique. Toutefois, les dispositions du présent Traité autres que celles du présent paragraphe et du paragraphe 4 de l'article XX ne seront pas interprétées comme accordant des droits aux bâtiments de guerre ou aux bateaux de pêche de l'autre Haute Partie contractante; elles ne devront pas non plus être interprétées comme étendant aux ressortissants, sociétés et associations, navires et cargaisons de l'autre Haute Partie contractante, ni aux articles récoltés, produits ou fabriqués par cette dernière, le bénéfice de privilèges spéciaux réservés aux pêcheries nationales ou à leurs produits.

3. Les navires des Hautes Parties contractantes pourront librement, dans les mêmes conditions que les navires d'un pays tiers, se rendre avec leur cargaison dans tous les ports, mouillages et eaux de l'autre Haute Partie contractante qui sont ou seront ouverts au commerce international et à la navigation internationale.

Article XX

1. Les navires et les cargaisons de chacune des Hautes Parties contractantes bénéficieront, à tous égards, dans les ports, les mouillages et les eaux de l'autre Haute Partie contractante, d'un traitement non moins favorable que celui qui est accordé aux navires et cargaisons de cette autre Haute Partie contractante, quels que soient le port de départ ou de destination du navire et l'origine ou la destination de la cargaison.

2. Aucun des droits de tonnage, de port, de pilotage, de phare, de quarantaine ou autres droits ou taxes similaires ou correspondants, quelle qu'en soit la nature ou la dénomination, qui sont perçus au nom ou au profit du gouvernement, de fonctionnaires, de particuliers, de sociétés ou d'établissements quelconques, ne sera imposé, dans les ports, mouillages et eaux d'aucune des Hautes Parties contractantes, aux navires de l'autre Haute Partie contractante, s'il n'est pas également, et dans les mêmes conditions, imposé aux navires nationaux.

3. Il ne sera imposé ni taxe sur les passagers, sur le prix des passages, sur les billets, sur les frets payés ou dus, sur les connaissements, sur les contrats

d'assurance ou de réassurance, ni conditions relatives au recours à des courtiers maritimes, ni autres taxes ou conditions qui tendraient à avantager les navires nationaux par rapport à ceux de l'autre Haute Partie contractante.

4. Si, par suite des conditions atmosphériques ou de toute autre fortune de mer, un navire de l'une des Hautes Parties contractantes est contraint de chercher refuge dans l'un des ports ou des mouillages ou dans les eaux de l'autre Haute Partie contractante qui ne sont pas ouverts au commerce international ni à la navigation internationale, il y bénéficiera d'un traitement amical, recevra l'assistance et obtiendra les réparations ainsi que les approvisionnements et les matériaux de réparation qui seront nécessaires et disponibles. Les dispositions du présent paragraphe s'appliqueront aux bâtiments de guerre et aux bateaux de pêche de même qu'aux navires définis au paragraphe 2 de l'article XIX.

5. Les navires et cargaisons de chacune des Hautes Parties contractantes bénéficieront dans tous les cas, en ce qui concerne les questions visées dans le présent article, d'un traitement non moins favorable que celui qui est ou sera accordé aux navires et aux cargaisons d'un pays tiers.

Article XXI

1. Il sera possible, à bord des navires de l'une des Hautes Parties contractantes, d'importer dans les territoires de l'autre Haute Partie contractante, ou d'en exporter, tous les articles qu'il est ou sera permis d'importer dans lesdits territoires ou d'en exporter à bord des navires de cette autre Haute Partie contractante ou d'un pays tiers; ces articles ne seront pas assujettis à des droits ou taxes plus élevés que ceux auxquels ils seraient assujettis s'ils étaient importés ou exportés à bord des navires de l'autre Haute Partie contractante ou d'un pays tiers.

2. Les primes, drawbacks et autres avantages de même ordre, quelle qu'en soit la nature ou la dénomination, qui sont ou seront accordés dans les territoires de l'une des Hautes Parties contractantes aux articles importés ou exportés à bord de navires nationaux ou de navires d'un pays tiers seront également et de la même manière accordés aux articles importés ou exportés à bord des navires de l'autre Haute Partie contractante.

Article XXII

1. Les navires de l'une des Hautes Parties contractantes seront autorisés à débarquer une partie de la cargaison, et des passagers, dans tous les ports, mouillages ou eaux de l'autre Haute Partie contractante qui sont ou seront ouverts au commerce international et à la navigation internationale, et à se rendre ensuite avec le reste de la cargaison et des passagers dans tous autres ports, mouillages ou eaux présentant les mêmes caractéristiques, sans avoir à acquitter en pareil cas des droits de tonnage ou de port plus élevés que ceux qu'acquitteraient dans les mêmes circonstances les navires nationaux; ils seront également autorisés, au cours du même voyage dans l'autre sens, à charger, dans les mêmes conditions, des

marchandises et des passagers dans les différents ports, mouillages et eaux qui sont ou pourront être ouverts au commerce international et à la navigation internationale. Les navires et cargaisons de l'une des Hautes Parties contractantes bénéficieront, pour toutes les questions visées au présent paragraphe, dans les ports, mouillages et eaux de l'autre Haute Partie contractante, d'un traitement non moins favorable que celui qui est ou sera accordé aux navires et cargaisons d'un pays tiers.

2. Le cabotage et la navigation fluviale de chacune des Hautes Parties contractantes sont exclus de l'application de la clause du traitement national et du traitement de la nation la plus favorisée.

Article XXIII

Il y aura liberté de transit à travers les territoires de chacune des Hautes Parties contractantes par les itinéraires les plus propres au transit international: *a)* pour les personnes qui sont ressortissantes d'un pays tiers et leurs bagages, arrivant des territoires de l'autre Haute Partie contractante ou s'y rendant, directement ou indirectement; *b)* pour les personnes qui sont ressortissantes de l'autre Haute Partie contractante, ainsi que leurs bagages, qu'elles arrivent ou non des territoires de cette autre Haute Partie contractante, ou qu'elles s'y rendent ou non; et *c)* pour les articles en provenance ou à destination directe ou indirecte des territoires de l'autre Haute Partie contractante. Les personnes, bagages et articles en transit ne seront soumis à aucun droit de transit, à aucun retard ou restriction qui ne serait pas nécessaire, ni à aucune mesure discriminatoire en matière de taxes, facilités, ou en toute autre matière; toutes les taxes et tous les règlements prévus en ce qui concerne ces personnes, bagages ou articles seront raisonnables, compte tenu des conditions du trafic. Chacune des Hautes Parties contractantes pourra exiger que l'entrée desdits bagages et articles s'effectue par le bureau de douane approprié et qu'ils soient entreposés en douane avec ou sans caution; toutefois, lesdits bagages et articles seront exonérés de tous droits de douane ou taxes analogues si les formalités d'entrée et de garde dans l'entrepôt des douanes sont remplies et si lesdits bagages et articles sont exportés dans le délai d'un an et qu'une preuve satisfaisante en soit fournie aux autorités douanières. Les ressortissants, bagages, personnes et articles en question bénéficieront, en ce qui concerne toutes taxes, règles et formalités se rapportant au transit, d'un traitement non moins favorable que celui qui est ou sera accordé aux ressortissants d'un pays tiers ainsi qu'à leurs bagages, ou aux personnes et articles venant des territoires d'un pays tiers ou s'y rendant.

Article XXIV

1. Aucune disposition du présent Traité ne sera interprétée comme empêchant l'une ou l'autre des Hautes Parties contractantes d'adopter ou d'appliquer des mesures:

- a)* Concernant l'importation ou l'exportation de l'or ou de l'argent;
- b)* Concernant l'exportation d'objets qu'il n'est pas d'usage de considérer comme étant dans le commerce et dont la valeur tient essentiellement

soit à leur caractère d'œuvres d'art, ou d'antiquités d'intérêt national, soit au fait qu'ils se rattachent à l'histoire du pays;

c) Concernant les substances fissiles, les substances qui sont la source de substance fissiles, ou les substances radioactives qui sont les sous-produits de substances fissiles;

d) Concernant la production et le commerce des armes, des munitions et du matériel de guerre et tout commerce d'autres produits et matériels dont le but est d'approvisionner des établissements militaires;

e) Nécessaires à l'exécution des obligations relatives au maintien de la paix et de la sécurité internationales ou à la protection des intérêts vitaux de cette Haute Partie contractante en période de crise nationale; ou

f) Imposant des restrictions en matière de change, à titre de membre du Fonds monétaire international, conformément aux dispositions de l'Accord¹ relatif au Fonds monétaire international, signé à Washington le 27 décembre 1945, mais sans user des prérogatives dont elle jouit en vertu de la section 3 de l'article VI dudit Accord d'une manière qui porte atteinte à l'une quelconque des dispositions du présent traité; étant entendu, toutefois, que chacune des Hautes Parties contractantes pourra réglementer les transferts de capitaux dans la mesure nécessaire pour assurer l'importation de produits essentiels ou, si ses réserves en devises sont très faibles, pour les accroître dans une proportion raisonnable ou les empêcher de tomber à un niveau très bas. Dans le cas où le Fonds monétaire international cesserait d'exister ou si l'une ou l'autre des Hautes Parties contractantes cessait d'en faire partie, les deux Hautes Parties contractantes, à la demande de l'une d'elles, se consulteront et pourront conclure des arrangements leur permettant de prendre les mesures nécessaires, en ce qui concerne les opérations financières internationales, dans des cas analogues à ceux pour lesquels des mesures d'exception étaient autorisées antérieurement.

2. Sous réserve que, dans des circonstances et conditions analogues, il ne sera fait aucune discrimination arbitraire par l'une des Hautes Parties contractantes contre l'autre Haute Partie contractante ou contre des ressortissants, sociétés, associations ou navires, ou contre le commerce de celle-ci, au profit d'un pays tiers, ou de ressortissants, sociétés, associations ou navires, ou du commerce de celui-ci, les dispositions du présent Traité ne s'étendront pas aux interdictions ou restrictions:

a) Fondées sur des considérations morales ou humanitaires;

b) Tendant à protéger la vie ou la santé des personnes ou des animaux ou à préserver les végétaux;

c) Relatives aux articles fabriqués dans les prisons; ou

d) Relatives à l'application de lois de police ou de lois fiscales.

3. Les dispositions du présent Traité accordant un traitement non moins favorable que celui qui est accordé à un pays tiers ne s'appliqueront pas:

¹ Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2, p. 39.

a) Aux avantages qui sont ou pourront être ultérieurement accordés à des pays limitrophes afin de faciliter le trafic frontalier;

b) Aux avantages accordés en vertu d'une union douanière dont l'une des Hautes Parties contractantes viendrait à faire partie, après consultation avec l'autre Haute Partie contractante, tant que ces avantages ne seront pas étendus à un pays qui ne fait pas partie de cette union douanière;

c) Aux avantages accordés à des pays tiers en vertu d'une convention économique multilatérale de portée générale, s'appliquant à une vaste zone d'échanges, ayant pour but de rendre plus libre et de développer le commerce international ou les autres relations économiques internationales, et ouverte à l'adhésion de toutes les Nations Unies ¹;

d) Aux avantages qui sont ou qui pourront être ultérieurement accordés par la République italienne à la République de Saint-Marin, au Territoire libre de Trieste ou à l'Etat de la Cité du Vatican, ni aux avantages que s'accordent ou s'accorderont mutuellement les Etats-Unis d'Amérique, leurs territoires et leurs possessions, ou qui sont ou seront accordés par eux à la zone du canal de Panama, à la République de Cuba, à la République des Philippines ou au Territoire sous tutelle des îles du Pacifique, ou

e) Aux avantages qui, en conformité d'une décision prise par l'Organisation des Nations Unies ou l'un de ses organes, ou par une institution spécialisée compétente reliée à l'Organisation des Nations Unies, pourront être ultérieurement accordés par l'une ou l'autre des Hautes Parties contractantes à des territoires autres que ceux qui sont énumérés à l'alinéa *d* du présent paragraphe.

Les dispositions de l'alinéa *d* continueront à s'appliquer en ce qui concerne tout avantage que s'accordent ou s'accorderont mutuellement les Etats-Unis d'Amérique, leurs territoires et leurs possessions, indépendamment de toute modification que pourra subir le statut politique de l'un quelconque des territoires ou des possessions des Etats-Unis d'Amérique.

4. Les dispositions du présent Traité ne seront pas interprétées de manière à accorder des droits ou privilèges quelconques à des personnes physiques, à des sociétés ou à des associations en vue de l'exercice d'une activité politique, de la constitution de sociétés et associations politiques ou de la participation à celles-ci.

5. Chacune des Hautes Parties contractantes se réserve de refuser les droits et privilèges accordés par le présent Traité à toute société ou association créée ou organisée en conformité des lois et règlements de l'autre Haute Partie contractante, si les ressortissants d'un ou plusieurs pays tiers ont, directement ou indirectement, dans la propriété ou la gestion de cette société ou association, une part qui leur donne le contrôle de ladite société ou association.

6. Aucune entreprise de l'une ou de l'autre Haute Partie contractante qui est propriété publique ou sous contrôle public ne pourra, si elle exerce des activités commerciales ou relatives à la production, à la transformation ou au transport des marchandises, ou toute autre activité industrielle ou commerciale dans les

¹ Voir p. 252 de ce volume.

territoires de l'autre Haute Partie contractante, ni réclamer, soit pour elle-même, soit pour ses biens, l'exemption dans lesdits territoires, des impôts, des poursuites judiciaires, de l'exécution d'un jugement ou de toutes autres obligations auxquelles est assujettie une entreprise qui est propriété privée ou sous contrôle privé, ni bénéficier de ces privilèges.

7. Les dispositions du présent Traité ne seront pas interprétées comme portant atteinte aux lois et règlements des Hautes Parties contractantes en ce qui concerne l'immigration, ni au droit des Hautes Parties contractantes d'adopter et d'appliquer des lois et règlements relatifs à l'immigration; étant entendu, toutefois, qu'aucune disposition du présent paragraphe n'empêchera les ressortissants de l'une ou de l'autre des Hautes Parties contractantes d'entrer, de se déplacer et de séjourner dans les territoires de l'autre Haute Partie contractante, en vue d'y exercer le commerce entre les deux Hautes Parties contractantes ou toute autre activité commerciale connexe, dans des conditions aussi favorables que celles qui sont ou seront accordées aux ressortissants d'un pays tiers, qui entrent, se déplacent ou séjournent dans lesdits territoires en vue d'y exercer le commerce entre cette autre Haute Partie contractante et ce pays tiers, ou d'y exercer une activité commerciale connexe.

Article XXV

Sous réserve de toute restriction ou exception prévue dans le présent Traité ou dont les Hautes Parties contractantes pourront convenir ultérieurement, les territoires des Hautes Parties contractantes auxquels s'étendent les dispositions du présent Traité seront considérés comme comprenant toutes les terres et toutes les eaux sur lesquelles s'exerce la souveraineté ou l'autorité de l'une ou l'autre des Hautes Parties contractantes, à l'exception de la zone du canal de Panama et du Territoire sous tutelle des îles du Pacifique, sauf dans la mesure où le Président des Etats-Unis d'Amérique aura étendu, par proclamation, l'application des dispositions du Traité audit Territoire sous tutelle.

Article XXVI

Tout différend qui s'élèverait entre les Hautes Parties contractantes quant à l'interprétation ou à l'application du présent Traité, et que les Hautes Parties contractantes ne pourraient régler d'une manière satisfaisante par la voie diplomatique, sera porté devant la Cour internationale de Justice, à moins que les Hautes Parties contractantes ne conviennent de le régler par d'autres moyens pacifiques.

Article XXVII

1. Le présent Traité sera ratifié et les instruments de ratification seront échangés à Rome dès que faire se pourra.

2. Le présent Traité prendra effet le jour de l'échange des ratifications et demeurera en vigueur pendant une période de dix ans à partir de cette date.

3. Si l'une des Hautes Parties contractantes n'a pas avisé par écrit l'autre Haute Partie contractante, un an avant l'expiration de ladite période de dix ans, de son intention de mettre fin au présent Traité lors de l'expiration de ladite période, le Traité demeurera en vigueur jusqu'à l'expiration d'une période d'un an à partir du jour où l'une des Hautes Parties contractantes aura notifié par écrit son intention d'y mettre fin.

EN FOI DE QUOI les plénipotentiaires respectifs ont signé le présent Traité et y ont apposé leurs sceaux.

FAIT à Rome, le 2 février 1948, en double exemplaire, dans les langues anglaise et italienne, les deux textes faisant également foi.

Pour le Gouvernement
des Etats-Unis d'Amérique:

James Clement DUNN

Pour le Gouvernement
italien:

SFORZA

PROTOCOLE

Au moment de la signature du Traité d'amitié, de commerce et de navigation conclu entre les Etats-Unis d'Amérique et la République italienne, les plénipotentiaires soussignés, dûment autorisés par leurs Gouvernements respectifs, sont convenus en outre des dispositions suivantes qui seront considérées comme faisant partie intégrante du Traité:

1. Les dispositions du paragraphe 2 de l'article V qui prévoient le paiement d'une indemnité s'appliqueront aux droits que des ressortissants ou des sociétés ou associations de l'une des Hautes Parties contractantes possèdent directement ou indirectement sur des biens qui sont expropriés à l'intérieur des territoires de l'autre Haute Partie contractante.

2. En ce qui concerne les activités commerciales et les activités industrielles de fabrication et de transformation, les droits et privilèges accordés par les dispositions du Traité à des entreprises de l'une des Hautes Parties contractantes, qui sont propriété privée ou sous contrôle privé, dans les territoires de l'autre Haute Partie contractante, comprendront également les droits et privilèges d'ordre économique accordés à des entreprises de cette autre Haute Partie contractante qui sont propriété publique, ou sous contrôle public, lorsque lesdites entreprises sont, de fait, en concurrence avec des entreprises privées ou sous contrôle privé. Toutefois, la phrase précédente ne s'appliquera pas aux subventions accordées aux entreprises qui sont propriété publique ou sous contrôle public, en ce qui concerne: a) la fabrication ou la transformation d'articles destinés à l'usage du Gouvernement, ou la fourniture au Gouvernement de biens et de services destinés à son usage; ou b) à la fourniture, à des prix notablement inférieurs aux prix du marché, d'articles et de services destinés à satisfaire les besoins de certaines catégories de la population lorsqu'il s'agit de biens et de services essentiels que ces catégories ne pourraient pas obtenir pratiquement par d'autres moyens.

3. La dernière phrase du paragraphe premier de l'article XVIII ne sera pas interprétée comme s'appliquant aux services postaux.

4. Les dispositions de l'alinéa *a* du paragraphe 2 de l'article premier ne seront pas interprétées comme s'appliquant à la pratique de professions dont les membres sont qualifiés fonctionnaires par la loi.

5. Les dispositions du paragraphe 2 de l'article XI ne seront pas interprétées comme portant atteinte aux mesures prises par l'une ou l'autre des Hautes Parties contractantes en vue de sauvegarder des secrets militaires.

EN FOI DE QUOI les plénipotentiaires respectifs ont signé le présent Protocole et y ont apposé leurs sceaux.

FAIT à Rome, le 2 février 1948, en double exemplaire, dans les langues anglaise et italienne, les deux textes faisant également foi.

Pour le Gouvernement
des Etats-Unis d'Amérique:

James Clement DUNN

Pour le Gouvernement
italien:

SFORZA

PROTOCOLE ADDITIONNEL

Etant donné les graves difficultés économiques auxquelles l'Italie doit faire face à l'heure actuelle et celles qu'il y a lieu de prévoir par suite, notamment, des dommages causés par les opérations militaires dont le territoire italien a été récemment le théâtre, du pillage auquel se sont livrées les forces armées allemandes à la suite de la déclaration de guerre de l'Italie à l'Allemagne, de l'incapacité dans laquelle se trouve l'Italie de satisfaire, sans assistance extérieure, les besoins essentiels de sa population ou de remplir les conditions fondamentales de son relèvement économique ainsi que du manque de réserves en devises dont souffre l'Italie; au moment de la signature du Traité d'amitié, de commerce et de navigation conclu entre les Etats-Unis d'Amérique et la République italienne, les plénipotentiaires soussignés, dûment autorisés par leurs Gouvernements respectifs, sont convenus en outre des dispositions suivantes qui seront considérées comme faisant partie intégrante dudit Traité:

1. Les dispositions du paragraphe 3 de l'article XIV du Traité susmentionné et la partie du paragraphe 4 du même article qui a trait aux allocations de quotes-parts, ne lieront aucune des Parties contractantes en ce qui concerne l'application de restrictions quantitatives sur les importations et les exportations:

a) qui équivalent à des restrictions en matière de change autorisées en conformité de la section 3, *b*, de l'article VII de l'Accord relatif au Fonds monétaire international;

b) qui sont nécessaires pour assurer, au cours de la première période de transition d'après-guerre, une répartition équitable entre les différents pays consommateurs, des articles pour lesquels il y a pénurie;

c) qui sont nécessaires pour permettre de procéder à des importations en utilisant des réserves accumulées de monnaies inconvertibles; ou

d) qui équivalent à des mesures de restriction en matière de change autorisées en vertu de la section 2 de l'article XIV de l'Accord relatif au Fonds monétaire international.

2. Les privilèges accordés à chacune des Hautes Parties contractantes aux termes des alinéas *c* et *d* du paragraphe premier du présent Protocole ne s'appliqueront que dans les cas où: *a)* cette Haute Partie contractante est obligée d'appliquer des restrictions aux importations pour parer à la menace imminente d'une diminution grave de ses réserves de devises ou pour mettre fin à une telle diminution, ou si ses réserves de devises sont à un niveau très bas pour les augmenter dans une proportion raisonnable, et *b)* l'application des restrictions nécessaires, de la manière qui est autorisée par le susdit paragraphe premier, permettra à cette autre Haute Partie contractante d'obtenir un volume d'importations supérieur au niveau maximum qu'il lui serait possible d'obtenir, si ces restrictions étaient appliquées de la manière prévue aux paragraphes 3 et 4 de l'article XIV du Traité.

3. Au cours de la période actuelle de transition pendant laquelle le pays se relève des suites de la guerre récente, les dispositions du paragraphe premier de l'article XVI du Traité n'empêcheront pas les Hautes Parties contractantes d'appliquer en tant que de besoin, à la vente, la distribution ou l'utilisation à l'intérieur du pays des articles importés dont il y a pénurie, des mesures de contrôle qui viendraient s'ajouter à celles auxquelles sont soumis les articles similaires d'origine nationale ou qui en seraient différentes. Toutefois, aucune des Hautes Parties contractantes ne devra: *a)* appliquer ces mesures de contrôle sur la distribution intérieure des articles importés de manière à porter inutilement préjudice, sur le plan de la concurrence, dans ses territoires, au commerce de l'autre Haute Partie contractante, ni *b)* prolonger l'application de ces mesures au-delà du délai exigé par la situation en matière d'approvisionnements.

4. Aucune des Hautes Parties contractantes ne pourra imposer de nouvelles restrictions en vertu du paragraphe premier du présent Protocole sans donner à l'autre Haute Partie contractante un préavis qui devra être de trente jours au moins, toutes les fois que ce sera possible, et qui ne sera, en tous cas, jamais inférieur à dix jours. Les Hautes Parties contractantes se donneront mutuellement la possibilité de se consulter à tout moment au sujet de la nécessité et de l'application des mesures de restrictions visées audit paragraphe ainsi que sur l'application des dispositions du paragraphe 3; chacune des Hautes Parties contractantes aura le droit d'inviter le Fonds monétaire international à prendre part à ces consultations en ce qui concerne les restrictions visées aux alinéas *a*, *c* et *d* du paragraphe premier.

5. Lorsque les difficultés en matière de change exigent que, conformément à l'alinéa *f* du paragraphe premier de l'article XXIV, le Gouvernement italien réglemente la perception de l'indemnité prévue au paragraphe 2 de l'article V,

le Gouvernement italien pourra donner la priorité aux demandes faites par les ressortissants, les sociétés et les associations des Etats-Unis d'Amérique en vue de percevoir l'indemnité accordée au titre de biens acquis le 8 décembre 1934 ou avant cette date ou, s'il s'agit de biens acquis à une date ultérieure:

a) dans le cas de biens immeubles, si le propriétaire au moment de l'acquisition avait sa résidence permanente hors d'Italie, ou si la société ou l'association propriétaire avait son centre d'administration hors d'Italie;

b) dans le cas de titres d'actions, si au moment de l'acquisition les lois et règlements en vigueur en Italie autorisaient la négociation desdites actions hors d'Italie;

c) dans le cas de dépôts en banque, s'ils étaient maintenus comme comptes non bloqués au moment de l'expropriation;

d) dans tous les cas, si les biens ont été acquis grâce à l'importation de devises étrangères, de biens ou de services en Italie ou grâce au réinvestissement des bénéfices ou des intérêts éclus provenant de ces importations quelle que soit la date à laquelle ce réinvestissement a eu lieu.

Le Gouvernement italien s'engage à accorder toutes les facilités pour aider les intéressés à établir leur situation aux fins visées par le présent paragraphe; il s'engage également, s'il n'y a pas preuve manifeste en sens contraire, à accepter toute pièce ayant une valeur probante, comme fondant un droit de priorité.

6. Au cas où un taux de change multiple serait en vigueur en Italie, le taux de change qui sera applicable aux fins du paragraphe 2 de l'article V ne sera pas nécessairement le taux le plus favorable applicable aux opérations financières internationales de quelque nature que ce soit; étant entendu, toutefois, que le taux applicable permettra en toute éventualité au bénéficiaire d'une indemnité d'en réaliser la valeur économique intégrale en dollars des Etats-Unis. Si un différend s'élève en ce qui concerne le taux applicable, le taux sera fixé par voie d'accord entre les Hautes Parties contractantes.

EN FOI DE QUOI les plénipotentiaires respectifs ont signé le présent Protocole et y ont apposé leurs sceaux.

FAIT à Rome, le 2 février 1948, en double exemplaire, dans les langues anglaise et italienne, les deux textes faisant également foi.

Pour le Gouvernement
des Etats-Unis d'Amérique:

James Clement DUNN

Pour le Gouvernement
italien:

SFORZA

ÉCHANGE DE NOTES

I

*L'Ambassadeur des Etats-Unis d'Amérique au Ministre des affaires étrangères
d'Italie*

F. O. N° 827

Rome, le 2 février 1948

Monsieur le Ministre,

J'ai l'honneur de me référer aux propositions que les représentants du Gouvernement de Votre Excellence ont présentées au cours des négociations relatives au Traité d'amitié, de commerce et de navigation, signé ce jour, en vue de faciliter et de développer les relations culturelles entre les populations de nos deux pays.

Je suis heureux de faire savoir à Votre Excellence que mon Gouvernement, reconnaissant l'importance des liens culturels entre nations comme moyen de développer la compréhension et l'amitié mutuelles, s'efforcera de stimuler et de favoriser les relations culturelles entre nos deux pays, notamment par l'échange de professeurs, d'étudiants et de membres des professions et des corps académiques, entre les territoires des Etats-Unis d'Amérique et ceux de l'Italie, et s'engage à examiner à une date ultérieure la possibilité de conclure des accords destinés à établir des arrangements qui faciliteraient ces échanges et qui, d'une façon générale, contribueraient à renforcer les liens culturels entre nos deux peuples.

Veillez agréer, Monsieur le Ministre, les assurances renouvelées de ma très haute considération.

James Clement DUNN

Son Excellence le comte Carlo Sforza
Ministre des affaires étrangères
Rome

II

*Le Ministre des affaires étrangères d'Italie à l'Ambassadeur des Etats-Unis
d'Amérique*

LE MINISTRE DES AFFAIRES ÉTRANGÈRES

Rome, le 2 février 1948

Monsieur l'Ambassadeur,

Votre Excellence a bien voulu m'adresser ce jour, la note dont la teneur suit:

[Voir note I]

J'ai l'honneur de faire savoir à Votre Excellence que le Gouvernement italien s'engage, pour sa part, à encourager et à favoriser les relations culturelles,

notamment par l'échange de professeurs, d'étudiants et de membres des corps académiques et à examiner la possibilité de conclure des accords culturels entre nos deux Gouvernements dans le sens indiqué par la note de Votre Excellence.

Je saisis cette occasion de renouveler à Votre Excellence les assurances de ma très haute considération.

SFORZA

Son Excellence Monsieur James Clement Dunn
Ambassadeur des Etats-Unis d'Amérique
Rome

ÉCHANGE DE NOTES RELATIF À CERTAINES DISPOSITIONS
DU TRAITÉ DU 2 FÉVRIER 1948. ROME, 26 JUILLET 1949

I

*L'Ambassadeur des Etats-Unis d'Amérique au Ministre des affaires étrangères
d'Italie*

AMBASSADE DES ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE

F. O. N° 3170

Monsieur le Ministre,

Me référant à l'alinéa *c* du paragraphe 3 de l'article XXIV du Traité d'amitié, de commerce et de navigation entre les Etats-Unis d'Amérique et la République italienne, signé à Rome le 2 février 1948¹, j'ai l'honneur de faire savoir à Votre Excellence que le Gouvernement des Etats-Unis d'Amérique considère que les dispositions du Traité relatives au traitement des marchandises n'empêchent pas les parties de prendre les mesures requises ou autorisées expressément par l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce² ou par la Charte de La Havane instituant une Organisation internationale du commerce³, tant que la partie qui applique ces mesures sera partie à l'Accord général ou membre de l'Organisation internationale du commerce, suivant le cas.

Je serais heureux que Votre Excellence voulût bien confirmer cette interprétation au nom du Gouvernement de la République italienne.

Je serais heureux que Votre Excellence voulût bien confirmer cette inter-haute considération.

James Clement DUNN

Rome, le 26 juillet 1949.

Son Excellence le Comte Carlo Sforza
Ministre des affaires étrangères
Rome

¹ Voir p. 245 de ce volume.

² Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 55, p. 187.

³ Publication des Nations Unies 1948. II. D. 4 (document E/Conf. 2/78).

II

*Le Ministre des affaires étrangères d'Italie à l'Ambassadeur des Etats-Unis
d'Amérique*

MINISTÈRE DES AFFAIRES ÉTRANGÈRES

Rome, le 26 juillet 1949

Monsieur l'Ambassadeur,

Votre Excellence a bien voulu m'adresser ce jour une lettre se référant à l'alinéa *c* du paragraphe 3 de l'article XXIV du Traité d'amitié, de commerce et de navigation entre les Etats-Unis d'Amérique et la République italienne, signé à Rome le 2 février 1948; par cette lettre, Votre Excellence me fait savoir que le Gouvernement des Etats-Unis d'Amérique considère que les dispositions du Traité relatives au traitement des marchandises n'empêchent pas les parties de prendre les mesures requises ou autorisées expressément par l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce ou par la Charte de La Havane instituant une Organisation internationale du commerce, tant que la partie qui applique ces mesures sera partie à l'Accord général ou membre de l'Organisation internationale du commerce.

J'ai l'honneur de faire savoir à Votre Excellence que le Gouvernement italien est d'accord sur cette interprétation.

Veillez agréer, Monsieur l'Ambassadeur, les assurances de ma haute considération.

SFORZA

Son Excellence Monsieur James Clement Dunn
Ambassadeur des Etats-Unis d'Amérique
Rome

2. Dans tous les cas et à tout moment, les investissements étrangers devront recevoir un traitement juste et équitable, et devront jouir d'une protection et sécurité totales.

3. Dans tous les cas, les investissements étrangers devront être traités sur une base qui n'est pas moins favorable que celle accordée par les règles généralement admises en droit international.

Article 4. Expropriation et Nationalisation

Les investissements étrangers ne devront pas faire l'objet d'expropriation ou de nationalisation que ce soit directement ou indirectement et ne devront pas faire l'objet de mesures d'effet équivalent, sauf dans un but d'utilité publique déterminé par la loi, de manière non discriminatoire, et après paiement d'une indemnisation rapide, adéquate et effective, et conformément au principe du respect des droits de la défense.

Article 5. Indemnisation pour Expropriation et Nationalisation

1. L'indemnisation doit être équivalente à la valeur équitable de marché de l'investissement exproprié immédiatement avant que la mesure d'expropriation ne soit prise ou connue, selon ce qui est intervenu le plus tôt.

2. L'indemnisation devra être payée sans délai et inclure les intérêts à un taux commercialement raisonnable courant à compter de la date de l'expropriation, être totalement transférable et convertible au taux de change du marché à la date de l'expropriation.

3. Dans les cas où un investisseur étranger soutient que tout ou partie de son investissement étranger a été exproprié ou considère que l'indemnisation n'est pas satisfaisante, l'investisseur étranger aura droit à une appréciation rapide de la décision par les autorités judiciaires administratives compétentes conformément aux dispositions de l'article 8 de la présente Loi.

72. Bien que l'article 4 mentionne également la « nationalisation » comme fondement possible d'une demande, Tradex n'a pas soutenu que son investissement avait été nationalisé et cet aspect d'une éventuelle demande n'a donc pas à être examiné.

F. — Motifs de la Décision

1) Charge de la Preuve

73. De nombreux aspects de fait de l'affaire étant controversés entre les parties, le Tribunal doit établir d'emblée qui a la charge de la preuve, c'est à dire qui doit montrer quels sont les éléments requis comme conditions de la réclamation, et — dans la mesure où ils font l'objet d'un désaccord — qui doit les prouver au Tribunal.

74. Ainsi qu'on l'a observé, les conditions de l'indemnisation réclamée par Tradex sont mentionnées aux articles 4 et 5 de la Loi de 1993. La formulation de ces dispositions confirme ce qui peut être considéré comme un principe général de procédure internationale — et probablement également de la quasi-totalité des lois nationales de procédure civile — à savoir que c'est au demandeur qu'incombe la preuve des conditions requises par les règles de droit applicables pour établir sa prétention. Dans l'Affaire *CIRDI ARB/87/3, Asian Agricultural Products Ltd c/ République du Sri Lanka* (publiée dans *6 ICSID Review — Foreign Investment Law Journal* (1991), p. 527 s.) [*JDI* 1992, p. 216]. Le Tribunal a considéré cela comme un principe général (p. 549), en se référant à Bin Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals, Cambridge 1987*, p. 327, et à d'autres sources. En se référant également à Bin Cheng (p. 329-331), avec des citations d'autres sources allant dans le même sens), le Tribunal a également considéré comme un principe général de droit international la règle selon laquelle « la partie sur laquelle pèse la charge de la preuve ne doit pas seulement avancer des preuves au soutien de ses allégations mais également convaincre le Tribunal de leur vérité

et faire en sorte que les éléments de preuve soumis ne soient pas écartés pour absence ou insuffisance de force probante » (*JDI 1992, p. 221*).

75. Prenant en compte ces considérations, le présent Tribunal conclut que Tradex a la charge de la preuve, au sens défini ci-dessus, des conditions requises par la Loi de 1993 pour justifier sa demande d'indemnisation.

2) Règles de Preuve

76. Après avoir établi quelle partie, en principe, a la charge de la preuve, le Tribunal doit à présent préciser les règles de preuve applicables dans cette affaire afin d'établir le contexte procédural dans lequel il doit décider si un fait contesté a ou non été prouvé.

77. Les règles de preuve dans cette affaire résultent principalement des articles 33 à 37 du Règlement d'arbitrage du CIRDI. L'article 34(1) est particulièrement pertinent : « Le Tribunal est juge de la recevabilité de toute preuve invoquée et de sa valeur probatoire ».

78. Dans ce contexte, le Tribunal doit examiner les objections opposées par une partie aux preuves fournies par l'autre partie dans cette affaire :

79. Tradex a contesté la valeur probante des attestations écrites de témoins soumises par l'Albanie, au motif qu'aucune d'elles n'a pris la forme d'une attestation donnée sous serment. A ce propos, le Tribunal observe que, selon l'article 36(a) du Règlement d'arbitrage du CIRDI, il peut « prendre en considération toute preuve présentée par un témoin ou expert sous la forme d'une déposition écrite ».

80. Etant donné que cette disposition n'exige pas une attestation donnée sous serment, et que dans de nombreux Etats, les témoignages écrits qui ne sont pas donnés sous serment sont admissibles et habituels, le Tribunal n'est pas empêché de reconnaître une valeur probante à des témoignages écrits qui n'ont pas été donnés sous serment.

81. En ce qui concerne les témoignages oraux, le Tribunal relève que l'article 35 du Règlement d'arbitrage du CIRDI prévoit expressément les termes des déclarations que les témoins et experts doivent employer avant de témoigner. Chacun des témoins et experts entendus lors des auditions dans cette affaire a du, à la demande du Président du Tribunal, faire et a effectivement fait une telle déclaration. Au regard des déclarations expresses prévues par l'article 35 sans qu'un serment soit nécessaire, le Tribunal accepte sans hésitation la valeur de preuve d'un témoignage oral donné dans cette affaire.

82. Les deux parties ont opposé d'autres objections à la valeur des preuves soumises par la partie adverse. Les deux parties ont soutenu que les témoins n'étaient pas indépendants par rapport à la partie les présentant. Tradex invoque notamment l'influence de l'Albanie sur les témoins de nationalité albanaise proposés par Tradex, le témoignage des témoins de l'Albanie « contre leur propre signature », la falsification de documents, « l'emprunt », les « lettres d'Ujka », et d'autres raisons affectant la crédibilité des témoins présentés par l'Albanie. L'Albanie a particulièrement contesté le fait que Tradex n'ait pas produit certains témoins et un expert pour les audiences de contre-interrogatoire, que Tradex n'ait pas fait de contre-interrogatoire des témoins de l'Albanie Ujka et Ndoci, et que certaines dépositions des témoins présentés par Tradex contiennent des contradictions avec leurs dépositions antérieures et celles d'autres témoins.

83. Le Tribunal estime qu'aucune de ces objections n'entraîne l'inadmissibilité de la preuve. Mais, lors de l'évaluation d'une preuve, le Tribunal, tout en faisant usage de l'autorité que lui confère l'article 34(1) du Règlement d'arbitrage du CIRDI pour être « juge... de sa valeur probatoire » devrait prendre en compte les objections soulevées par les parties dans la mesure où il considère que la preuve contestée est

l'existence et le contenu d'une règle de droit international coutumier ou contribuer à son développement.

3. Une disposition d'une résolution adoptée par une organisation internationale ou lors d'une conférence intergouvernementale peut refléter une règle de droit international coutumier s'il est établi que cette disposition correspond à une pratique générale qui est acceptée comme étant le droit (*opinio juris*).

Conclusion 13

Décisions de juridictions

1. Les décisions de juridictions internationales, en particulier celles de la Cour internationale de Justice, relatives à l'existence et au contenu de règles de droit international coutumier constituent un moyen auxiliaire de détermination desdites règles.

2. Une attention peut être portée, le cas échéant, aux décisions des juridictions nationales relatives à l'existence et au contenu de règles de droit international coutumier, à titre de moyen auxiliaire de détermination de telles règles.

Conclusion 14

Doctrine

La doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations peut servir de moyen auxiliaire de détermination des règles de droit international coutumier.

Sixième partie

Objecteur persistant

Conclusion 15

Objecteur persistant

1. Lorsqu'un État a objecté à une règle de droit international coutumier lorsqu'elle était en voie de formation, cette règle n'est pas opposable audit État aussi longtemps qu'il maintient son objection.

2. L'objection doit être exprimée clairement, être communiquée aux autres États et être maintenue de manière persistante.

3. Le présent projet de conclusion est sans préjudice de toute question concernant les normes impératives du droit international général (*jus cogens*).

Septième partie

Droit international coutumier particulier

Conclusion 16

Droit international coutumier particulier

1. Une règle de droit international coutumier particulier, qu'elle soit régionale, locale ou autre, est une règle de droit international coutumier qui ne s'applique qu'entre un nombre limité d'États.

2. Pour déterminer l'existence et le contenu d'une règle de droit international coutumier particulier, il est nécessaire de rechercher s'il existe une pratique générale entre les États concernés qu'ils acceptent comme étant le droit (*opinio juris*) applicable entre eux.

2. Texte des projets de conclusion et des commentaires y relatifs

66. Le texte des projets de conclusion et des commentaires y relatifs adoptés en seconde lecture par la Commission est reproduit ci-après.

Détermination du droit international coutumier

Commentaire général

1) Comme il se doit pour les travaux de la Commission, les projets de conclusion doivent être lus conjointement avec les commentaires.

2) Les présents projets de conclusion concernent le mode de détermination des règles de droit international coutumier. Ils visent à indiquer la voie à suivre pour déterminer l'existence de règles de droit international coutumier et leur contenu. Cette question n'intéresse pas seulement les spécialistes du droit international public ; d'autres praticiens, y compris ceux qui collaborent avec les juridictions nationales, sont de plus en plus appelés à mettre en évidence des règles de droit international coutumier. Dans chaque cas, une méthode structurée et fiable d'analyse juridique et d'évaluation est nécessaire pour que toute règle du droit international coutumier soit dûment déterminée, de manière à renforcer la crédibilité de cette détermination ainsi que, plus généralement, celle du droit international coutumier.

3) Le droit international coutumier est un droit non écrit, issu d'une pratique acceptée comme étant le droit. Il reste une source importante du droit international public⁶⁶³. Il fait partie des sources du droit international énumérées au paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice qui vise, en son alinéa b), « la coutume internationale comme preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit »⁶⁶⁴. Ce libellé fait ressortir les deux éléments constitutifs du droit international coutumier : une pratique générale et son acceptation comme étant le droit (souvent appelée *opinio juris*)⁶⁶⁵.

4) La détermination du droit international coutumier est un sujet sur lequel il existe une abondante documentation, y compris des décisions de jurisprudence et des travaux de doctrine⁶⁶⁶. Les projets de conclusion rendent compte de la démarche adoptée par les États, ainsi que par les juridictions et les organisations internationales et la plupart des auteurs. Partant du constat que le processus de détermination du droit international coutumier ne se

⁶⁶³ Certains domaines importants du droit international sont encore régis essentiellement par le droit international coutumier, lorsqu'il n'existe que peu, ou pas, de traités applicables. Même lorsqu'un traité est en vigueur, les règles du droit international coutumier continuent de régir les questions non visées par celui-ci et les relations avec et entre les États non parties. De plus, les traités peuvent renvoyer aux règles du droit international coutumier, et ces règles peuvent être prises en considération pour l'interprétation des traités conformément à l'alinéa c) du paragraphe 3 de l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1155, n° 18232, p. 331 (ci-après « Convention de Vienne de 1969 »)). Il peut en outre être nécessaire, parfois, de déterminer le droit applicable à l'époque où certains faits se sont produits (« le droit intertemporel »), ce qui peut être le droit international coutumier même si un traité est désormais en vigueur. En tout état de cause, une règle du droit international coutumier peut subsister et rester applicable, séparément d'un traité, même si les deux ont le même contenu et même entre les parties au traité (voir *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 14, aux pages 93 à 96, par. 174 à 179 ; *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie)*, C.I.J. Recueil 2015, p. 3, aux pages 48 et 49, par. 88).

⁶⁶⁴ Ce libellé a été proposé par le Comité consultatif de juristes, institué par la Société des Nations en 1920 pour élaborer un projet de statut de la Cour permanente de justice internationale ; il a été conservé, sans changement, dans le Statut de la Cour internationale de Justice en 1945. Si ce libellé a été critiqué en raison de son imprécision, il est néanmoins considéré comme exprimant de façon synthétique l'essence du droit international coutumier.

⁶⁶⁵ Dans les projets de conclusion et les commentaires, l'expression latine a été conservée parallèlement à la formule « acceptation comme étant le droit », non seulement parce qu'elle est largement employée dans le discours juridique (y compris dans la jurisprudence de la Cour internationale de Justice), mais aussi parce qu'elle caractérise mieux la nature particulière de cet élément subjectif, qui constitue une conviction juridique plutôt qu'un consentement formel.

⁶⁶⁶ Le présent commentaire ne mentionne pas de textes de doctrine sur le sujet, bien que ceux-ci puissent être utiles (et que le Rapporteur spécial y fait abondamment référence dans ses rapports). Pour une bibliographie, notamment des ouvrages correspondant à des thèmes traités dans différents projets de conclusion, ou ayant trait au droit international coutumier dans différents domaines, voir l'annexe II du cinquième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/717/Add.1).

prête pas toujours à des formulations précises, les projets de conclusion visent à indiquer la voie à suivre sans être excessivement prescriptifs.

5) Les 16 projets de conclusion énoncés ci-après se répartissent en sept parties. La première partie est consacrée à la portée et à l'objet. La deuxième partie décrit l'approche fondamentale de la détermination du droit international coutumier, celle des « deux éléments ». Les troisième et quatrième parties donnent plus d'indications sur les deux éléments constitutifs du droit international coutumier, qui servent également de critères de détermination, « une pratique générale » et « l'acceptation comme étant le droit » (*opinio juris*). La cinquième partie traite de certaines catégories d'éléments qui sont fréquemment invoqués pour la détermination de règles de droit international coutumier. Alors que les règles de droit international coutumier sont contraignantes pour tous les États, les sixième et septième parties sont consacrées à deux situations exceptionnelles : l'objecteur persistant et le droit international coutumier particulier (règles du droit international coutumier qui ne s'appliquent qu'entre un nombre limité d'États).

Première partie

Introduction

La première partie, qui ne comporte qu'un seul projet de conclusion, définit la portée des projets de conclusion, en donnant un aperçu de leur fonction et de leur objet.

Conclusion 1

Portée

Les présents projets de conclusion concernent la manière dont l'existence et le contenu des règles de droit international coutumier doivent être déterminés.

Commentaire

1) Le projet de conclusion 1 a un caractère introductif. Il dispose que les projets de conclusion concernent la manière dont les règles de droit international coutumier doivent être déterminées, c'est-à-dire qu'il énonce la méthode juridique applicable pour entreprendre cet exercice.

2) L'expression « droit international coutumier » est employée dans tout le texte des projets de conclusion, car elle est couramment utilisée et traduit le plus clairement la nature de cette source du droit international. Parmi les autres termes que l'on trouve parfois dans des instruments juridiques, dans la jurisprudence et dans la doctrine, on peut citer « coutume », « coutume internationale » et « droit coutumier international », ainsi que « droit des gens » et « droit international général »⁶⁶⁷.

3) Dans le présent texte des projets de conclusion et des commentaires y relatifs, les « règles » de droit international coutumier englobent les dispositions de droit international coutumier qui sont susceptibles d'être qualifiées de « principes » en raison de leur caractère plus général et plus fondamental⁶⁶⁸.

⁶⁶⁷ Certains de ces termes peuvent être employés dans d'autres sens ; en particulier, l'expression « droit international général » est employée de diverses manières (sans que cela soit toujours clairement précisé), notamment pour désigner des règles de droit international d'application générale, qu'il s'agisse de droit conventionnel ou de droit international coutumier ou de principes généraux du droit. Pour une analyse de l'expression « droit international général », voir *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua)* et *Construction d'une route au Costa Rica le long du fleuve San Juan (Nicaragua c. Costa Rica)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2015, p. 665, à la page 782 (opinion individuelle de la juge Donoghue, par. 2) et aux pages 846 à 849 (opinion individuelle du juge ad hoc Dugard, par. 12 à 17).

⁶⁶⁸ Voir aussi *Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine*, arrêt, C.I.J. Recueil 1984, p. 246, aux pages 288 à 290, par. 79 (« Quant à l'association des termes "règles" et "principes", il ne s'agit [...] que d'une expression double pour énoncer la même idée, car dans ce contexte [de la détermination du droit international applicable] on entend manifestement par "principes" des principes de droit, donc aussi des règles de droit international pour lesquelles

4) Les termes « identify » et « determine » sont utilisés de manière interchangeable dans le texte anglais des projets de conclusion et des commentaires. L'idée de déterminer « l'existence et le contenu » des règles de droit international coutumier traduit le fait qu'il est souvent nécessaire de déterminer à la fois l'existence et le contenu d'une règle mais que, dans certains cas, alors que l'existence de la règle est admise, son contenu exact est contesté. Tel peut être le cas, par exemple, s'il est question de savoir si une formulation particulière (figurant généralement dans des textes de traités ou de résolutions) coïncide en fait avec une règle existante de droit international coutumier ou s'il existe des exceptions à une règle reconnue de droit international coutumier.

5) Les projets de conclusion portent sur la détermination des règles de droit international coutumier et ne traitent donc pas directement des processus d'élaboration du droit international coutumier dans le temps. Cela étant, dans la pratique, la détermination ne peut pas toujours être envisagée isolément de la formation ; la détermination de l'existence et du contenu d'une règle du droit international coutumier peut très bien nécessiter l'examen des processus par lesquels cette règle a vu le jour. Il est donc inévitable que les projets de conclusion renvoient parfois à la formation des règles de droit international coutumier. Cependant, les projets de conclusion ne traitent pas systématiquement de la façon dont ces règles apparaissent, évoluent ou prennent fin.

6) Plusieurs autres questions sont extérieures au champ d'application des projets de conclusion. Premièrement, ceux-ci ne traitent pas du fond du droit international coutumier ; ils ne visent que la question méthodologique du mode de détermination des règles de droit international coutumier⁶⁶⁹. Deuxièmement, les projets de conclusion ne tentent nullement d'expliquer les rapports existant entre le droit international coutumier et d'autres sources du droit international énumérées au paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice (les conventions internationales, soit générales, soit spéciales, et les principes généraux de droit) ; ils n'abordent cet aspect que dans la mesure où cela est nécessaire pour expliquer comment il convient de déterminer les règles de droit international coutumier. Troisièmement, les projets de conclusion sont sans préjudice des questions de hiérarchie entre les règles de droit international, y compris en ce qui concerne les normes impératives de droit international général (*jus cogens*), ou des questions relatives au caractère *erga omnes* de certaines obligations. Quatrièmement, les projets de conclusion ne portent pas sur le statut du droit international coutumier dans les ordres juridiques nationaux. Enfin, les projets de conclusion n'abordent pas en termes généraux la question d'une possible charge de la preuve quant à l'existence du droit international coutumier.

Deuxième partie

Approche fondamentale

La deuxième partie expose l'approche fondamentale de la détermination du droit international coutumier. Dans les deux projets de conclusion qu'elle comprend, il est précisé que la détermination d'une règle du droit international coutumier suppose que soit établie l'existence de deux éléments constitutifs : une pratique générale et l'acceptation de cette pratique comme étant le droit (*opinio juris*), ce qui exige une analyse minutieuse de la preuve de chaque élément.

Conclusion 2

Deux éléments constitutifs

Pour déterminer l'existence et le contenu d'une règle de droit international coutumier, il est nécessaire de rechercher s'il existe une pratique générale qui est acceptée comme étant le droit (*opinio juris*).

l'appellation de "principes" peut être justifiée en raison de leur caractère plus général et plus fondamental. »).

⁶⁶⁹ En conséquence, toute référence, dans les présents commentaires, à des décisions particulières de juridictions vise à illustrer la méthodologie, et non le fond des décisions.

Commentaire

1) Le projet de conclusion 2 expose l'approche fondamentale selon laquelle la détermination d'une règle du droit international coutumier suppose une recherche concernant deux questions distinctes, mais liées : celles de savoir, d'une part, s'il existe une pratique générale et, d'autre part, si cette pratique générale est acceptée comme étant le droit (c'est-à-dire assortie de l'*opinio juris*). En d'autres termes, il faut examiner ce que font effectivement les États et chercher à déterminer si ceux-ci considèrent avoir le droit ou l'obligation d'agir de cette façon. Cette méthodologie, « l'approche des deux éléments », qui sous-tend les projets de conclusion, est largement appuyée par les États, la jurisprudence et la doctrine. Elle permet de faire en sorte que l'exercice de détermination des règles de droit international coutumier ne serve à déterminer que les règles qui existent effectivement⁶⁷⁰.

2) Une pratique générale et l'acceptation de cette pratique comme étant le droit (*opinio juris*) sont les deux éléments constitutifs du droit international coutumier ; ensemble, elles sont les conditions indispensables à l'existence d'une règle du droit international coutumier. Pour déterminer une telle règle, il faut donc examiner avec attention les éléments de preuve disponibles et établir que ces deux éléments sont présents en toutes circonstances. Cela est notamment confirmé par la jurisprudence de la Cour internationale de Justice, laquelle vise « deux conditions [qui] doivent être remplies »⁶⁷¹ et a indiqué de façon répétée qu'« une "pratique effective" assortie d'une *opinio juris* est en particulier requise pour qu'existe une telle règle [du droit international coutumier] »⁶⁷². Établir le bien-fondé d'une affirmation concernant l'existence ou le contenu d'une règle du droit international coutumier suppose de rechercher une pratique dont l'acceptation par les États est telle que celle-ci peut être considérée comme l'expression d'une obligation juridique ou d'un droit (c'est-à-dire qu'elle est requise, autorisée ou interdite en droit)⁶⁷³. La question qui doit être systématiquement posée est la suivante : existe-t-il une pratique générale qui est acceptée comme étant le droit ?

3) Lorsque l'existence d'une pratique générale acceptée comme étant le droit ne peut être établie, il y a lieu de conclure que la prétendue règle du droit international coutumier n'existe pas. Dans l'affaire du *Droit d'asile*, par exemple, la Cour internationale de Justice a considéré que les faits relatifs à l'existence prétendue d'une règle du droit international coutumier (particulier) révélaient :

« tant d'incertitude et de contradictions, tant de fluctuations et de discordances dans l'exercice de l'asile diplomatique et dans les vues officiellement exprimées à diverses occasions ; il y a eu un tel manque de consistance dans la succession rapide des textes conventionnels relatifs à l'asile, ratifiés par certains États et rejetés par d'autres, et la pratique a été influencée à tel point par des considérations d'opportunité politique dans les divers cas, qu'il n'est pas possible de dégager de tout cela une coutume constante et uniforme acceptée comme étant le

⁶⁷⁰ Il ne suffit pas que les parties soient du même avis ; il faut s'assurer qu'il existe bien une pratique générale acceptée comme étant le droit. Voir aussi *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (voir *supra*, note 663), aux pages 97 et 98, par. 184 (« Lorsque deux États conviennent d'incorporer dans un traité une règle particulière, leur accord suffit pour qu'elle fasse loi entre eux ; mais dans le domaine du droit international coutumier il ne suffit pas que les parties soient du même avis sur le contenu de ce qu'elles considèrent comme une règle. La Cour doit s'assurer que l'existence de la règle dans l'*opinio juris* des États est confirmée par la pratique. »).

⁶⁷¹ *Plateau continental de la mer du Nord*, arrêt, C.I.J. Recueil 1969, p. 3, à la page 44, par. 77.

⁶⁷² Voir, par exemple, *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenant))*, arrêt, C.I.J. Recueil 2012, p. 99, aux pages 122 et 123, par. 55 ; *Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne/Malte)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1985, p. 13, aux pages 29 et 30, par. 27 ; *Plateau continental de la mer du Nord* (voir *supra*, note 671), à la page 44, par. 77.

⁶⁷³ Par exemple, dans l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'État*, une étude approfondie de la pratique des États sous la forme de lois nationales, de décisions judiciaires et de demandes et autres déclarations officielles, assorties de façon avérée d'une *opinio juris*, a permis de déterminer la portée de l'immunité de l'État en droit international coutumier (*Immunités juridictionnelles de l'État* (voir *supra*, note 672), aux pages 122 à 139, par. 55 à 91).

droit en ce qui concerne la prétendue règle de la qualification unilatérale et définitive du délit »⁶⁷⁴.

4) Comme l'indique clairement le projet de conclusion 2, la présence d'un seul élément constitutif ne suffit pas pour établir l'existence d'une règle du droit international coutumier. La pratique, même répandue et constante, qui n'est pas acceptée comme étant le droit (*opinio juris*) ne peut être plus qu'un usage non contraignant, tandis qu'une croyance que quelque chose est (ou devrait être) le droit n'est qu'une simple aspiration si elle n'est pas étayée par la pratique ; ce sont les deux éléments qui, ensemble, établissent l'existence d'une règle du droit international coutumier⁶⁷⁵. Si, de temps à autre, des auteurs ont tenté de concevoir d'autres approches pour la détermination du droit international coutumier, en privilégiant un élément constitutif par rapport à l'autre, voire en excluant totalement un élément, de telles théories n'ont pas été adoptées par les États ni étayées par la jurisprudence.

5) L'approche des deux éléments est souvent qualifiée d'« inductive », par opposition à d'éventuelles approches « déductives » suivant lesquelles les règles peuvent être établies par un raisonnement juridique plutôt que par la preuve empirique d'une pratique générale et son acceptation comme étant le droit (*opinio juris*). L'approche des deux éléments n'exclut pas, en fait, qu'un élément déductif soit utilisé, avec prudence, à titre d'aide, en particulier lorsque l'on envisage d'éventuelles règles de droit international coutumier qui entrent en jeu dans le contexte de règles formulées en termes plus généraux, qui elles-mêmes découlent et sont l'expression d'une pratique générale acceptée comme étant le droit⁶⁷⁶, ou lorsque l'on conclut que d'éventuelles règles de droit international font partie d'un « tout indivisible »⁶⁷⁷.

6) L'approche des deux éléments s'applique à la détermination de l'existence et du contenu des règles de droit international coutumier dans tous les domaines du droit international. Cela est confirmé par la pratique des États et la jurisprudence, et est conforme à l'unité et à la cohérence du droit international, système juridique unique que l'on ne saurait diviser en branches distinctes ayant chacune sa propre approche à l'égard des sources⁶⁷⁸. Si, dans son application effective, l'approche fondamentale peut très bien tenir compte des circonstances et du contexte particuliers dans lesquels une règle supposée est apparue et doit être appliquée⁶⁷⁹, la nature fondamentale du droit international coutumier, en tant que pratique générale acceptée comme étant le droit (assortie de l'*opinio juris*), doit toujours être respectée.

⁶⁷⁴ *Affaire colombo-péruvienne relative au droit d'asile, arrêt du 20 novembre 1950, C.I.J. Recueil 1950, p. 266, à la page 277.*

⁶⁷⁵ Dans l'affaire du *Droit de passage*, par exemple, la Cour a estimé que rien n'indiquait que la pratique récurrente du passage, à travers le territoire indien, des forces armées et de la police armée portugaises entre Damao et les enclaves portugaises en Inde, ou entre les enclaves elles-mêmes, avait été autorisée ou exercée à titre de droit. La Cour a expliqué : « La Cour estime qu'eu égard aux circonstances spéciales de l'espèce l'exigence d'une autorisation préalable au passage est la négation même de l'exercice du passage à titre de droit. La pratique suppose que le souverain territorial avait le pouvoir discrétionnaire de retirer ou de refuser son autorisation. Il est allégué que cette autorisation était toujours accordée mais, de l'avis de la Cour, cela ne saurait affecter la situation juridique. Rien dans le dossier n'indique que les Britanniques ou les Indiens aient été obligés d'accorder leur autorisation. ». (*Affaire du droit de passage sur territoire indien (fond), arrêt du 12 avril 1960, C.I.J. Recueil 1960, p. 6, aux pages 40 à 43*). Dans son avis consultatif relatif à la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, la Cour a considéré que : « L'apparition, en tant que *lex lata*, d'une règle coutumière prohibant spécifiquement l'emploi des armes nucléaires en tant que telles se heurte aux tensions qui subsistent entre, d'une part, une *opinio juris* naissante et, d'autre part, une adhésion encore forte à la pratique de la dissuasion. » (*Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996, p. 226, à la page 255, par. 73*). Voir aussi *Prosecutor v. Sam Hinga Norman*, Tribunal spécial pour la Sierra Leone, affaire n° SCSL-2004-14-AR72(E), *decision on preliminary motion based on lack of jurisdiction (child recruitment)*, 31 mai 2004, p. 13, par. 17.

⁶⁷⁶ Telle est apparemment l'approche suivie dans l'affaire des *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2010, p. 14, aux pages 55 et 56, par. 101*.

⁶⁷⁷ *Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2012, p. 624, à la page 674, par. 139*.

⁶⁷⁸ Voir aussi les conclusions des travaux du Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international, *Annuaire ... 2006, vol. II (2^e partie), par. 251 1)*.

⁶⁷⁹ Voir *infra*, projet de conclusion 3.

Conclusion 3

Appréciation des moyens permettant d'établir les deux éléments constitutifs

1. Dans l'appréciation des moyens permettant d'établir l'existence d'une pratique générale et son acceptation comme étant le droit (*opinio juris*), il faut tenir compte du contexte général, de la nature de la règle, et des circonstances propres à chacun de ces moyens.
2. Chacun des deux éléments constitutifs doit être établi séparément. Cela exige d'apprécier pour chaque élément les moyens permettant d'en établir l'existence.

Commentaire

1) Le projet de conclusion 3 concerne l'appréciation des moyens permettant d'établir les deux éléments constitutifs du droit international coutumier⁶⁸⁰. Il contient des orientations générales pour la détermination de l'existence et du contenu d'une règle du droit international coutumier à partir des différents éléments de preuve disponibles au moment de l'appréciation, orientations qui rendent compte à la fois de l'analyse systématique et rigoureuse requise et de la nature dynamique du droit international coutumier en tant que source de droit international.

2) Le paragraphe 1 énonce un principe général qui sous-tend tous les projets de conclusion, à savoir que l'appréciation de tous les éléments de preuve disponibles doit être minutieuse et contextualisée. La question de l'existence d'une pratique générale acceptée comme étant le droit (*opinio juris*) doit être étudiée soigneusement dans chaque cas, à la lumière des circonstances pertinentes⁶⁸¹. Pareille analyse non seulement renforce la crédibilité de chaque décision particulière, mais aussi permet d'appliquer l'approche des deux éléments, avec la souplesse nécessaire, dans tous les domaines du droit international.

3) L'obligation de considérer le contexte général dénote la nécessité d'appliquer l'approche des deux éléments tout en tenant compte de la matière que la règle supposée est censée régler. Autrement dit, dans chaque cas, les principes du droit international qui pourraient être applicables en la matière devraient être pris en considération⁶⁸². De plus, le type d'éléments de preuve consultés (et l'examen de leur existence ou inexistence) doit être adapté à la situation et certaines formes de pratique ainsi que certaines formes de preuve de l'acceptation comme étant le droit (*opinio juris*) peuvent se révéler particulièrement

⁶⁸⁰ Le terme « moyens » est employé ici dans un sens général qui renvoie à tous les éléments qui pourraient être pris en considération pour la détermination du droit international coutumier, et non dans le sens technique que lui accordent certains tribunaux ou systèmes juridiques.

⁶⁸¹ Voir aussi *Plateau continental de la mer du Nord* (*supra*, note 671), opinion dissidente du juge Tanaka, à la page 175 (« Déterminer si ces deux facteurs sont réunis ou non dans le processus de formation d'un droit coutumier soulève des problèmes délicats et difficiles à résoudre. On ne peut pas mesurer selon des critères mathématiques et uniformes la répétition, le nombre d'exemples de la pratique des États ou la durée nécessaires à la formation d'un droit coutumier. Chaque fait doit être apprécié en fonction des circonstances particulières. ») ; *Freedom and Justice Party v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs*, Cour d'appel d'Angleterre et du Pays de Galles, [2018] EWCA Civ 1719 (19 juillet 2018), par. 19 ("the ascertainment of customary international law involves an exhaustive and careful scrutiny of a wide range of evidence") [l'établissement de l'existence du droit international coutumier suppose un examen complet et attentif d'un large éventail de preuves].

⁶⁸² Dans l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'État*, la Cour internationale de Justice a estimé que la règle coutumière de l'immunité de l'État procède du principe de l'égalité souveraine des États, et, dans ce contexte, doit être considérée conjointement avec celui en vertu duquel chaque État détient la souveraineté sur son propre territoire, souveraineté dont découle pour lui un pouvoir de juridiction à l'égard des faits qui se produisent sur son sol et des personnes qui y sont présentes (*Immunités juridictionnelles de l'État* (voir *supra*, note 672), aux pages 123 et 124, par. 57). Voir aussi *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière* et *Construction d'une route au Costa Rica le long du fleuve San Juan* (*supra*, note 667), opinion individuelle de la juge Donoghue (par. 3 à 10). La Cour internationale de Justice a aussi expliqué qu'« une règle du droit international, coutumier ou conventionnel, ne s'applique pas dans le vide ; elle s'applique par rapport à des faits et dans le cadre d'un ensemble plus large de règles juridiques dont elle n'est qu'une partie » (*Interprétation de l'Accord du 25 mars 1951 entre l'OMS et l'Égypte, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1980*, p. 73, à la page 76, par. 10).

importantes, compte tenu du contexte. Par exemple, dans l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'État*, la Cour internationale de Justice a considéré ce qui suit :

« Dans le cas d'espèce, une pratique étatique particulièrement importante se dégage de la jurisprudence des tribunaux internes qui ont été amenés à se prononcer sur l'immunité d'un État étranger, des lois adoptées par ceux des États qui ont légiféré en la matière, de l'invocation de l'immunité par certains États devant des tribunaux étrangers, ainsi que des déclarations faites par les États à l'occasion de l'examen approfondi de cette question par la Commission du droit international puis de l'adoption de la Convention des Nations Unies [sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens]. Dans ce contexte, l'*opinio juris* est reflétée notamment par l'affirmation, de la part des États qui invoquent l'immunité de juridiction devant les tribunaux d'autres États, qu'ils sont, en vertu du droit international, fondés à en bénéficier ; par la reconnaissance de la part des États qui accordent cette immunité, qu'il s'agit d'une obligation que leur impose le droit international ; et, inversement, par l'affirmation par des États, dans d'autres affaires, de leur droit d'exercer leur juridiction à l'égard d'États étrangers. »⁶⁸³.

4) La nature de la règle en question peut aussi être importante dans l'appréciation des éléments de preuve en vue de déterminer s'il existe une pratique générale acceptée comme étant le droit (assortie de *opinio juris*). Par exemple, lorsqu'il est question de règles prohibitives, il peut parfois être difficile de trouver beaucoup d'éléments d'une pratique étatique positive (par opposition à l'inaction⁶⁸⁴) ; dans les affaires portant sur de telles règles, il s'agira plus probablement d'évaluer si l'inaction est acceptée comme étant le droit.

5) Étant donné qu'un comportement peut présenter de multiples ambiguïtés, le paragraphe 1 indique en outre qu'il faut tenir compte des circonstances propres à chacun des moyens ; ce n'est qu'à cette condition que ceux-ci seront appréciés à leur juste valeur. Dans l'*Affaire relative aux droits des ressortissants des États-Unis d'Amérique au Maroc*, par exemple, la Cour internationale de Justice, cherchant à déterminer l'existence d'une règle (particulière) du droit international coutumier, a déclaré ce qui suit :

« On trouve dans la correspondance diplomatique des expressions isolées qui, prises hors de leur contexte, peuvent être considérées comme la reconnaissance des prétentions des États-Unis d'exercer la juridiction consulaire et autres droits capitulaires. Mais d'autre part, la Cour ne peut ignorer la teneur générale de la correspondance qui démontre qu'à tout moment la France et les États-Unis cherchaient une solution fondée sur un accord réciproque et que ni l'une ni l'autre des Parties n'envisageait l'abandon de sa position juridique. »⁶⁸⁵.

De même, lors de l'examen de la législation en tant que pratique, la manière dont le texte a été interprété et appliqué peut parfois être plus importante que son contenu même. Les décisions des juridictions nationales auront moins d'influence si elles sont invalidées

⁶⁸³ *Immunités juridictionnelles de l'État* (voir *supra*, note 672), à la page 123, par. 55. Dans l'affaire du *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes*, où s'est posée la question de savoir si la pratique, établie de longue date, de la pêche à des fins de subsistance (reconnue par les deux parties à l'affaire) avait évolué pour devenir une règle (particulière) de droit international coutumier, la Cour internationale de Justice a fait observer ce qui suit : « [I] ne faut pas s'attendre qu'une telle pratique, par sa nature même, et tout particulièrement au vu de l'isolement de la région, ainsi que de la faible densité et du caractère clairsemé de sa population, soit consignée de manière formelle dans un quelconque compte rendu officiel. De l'avis de la Cour, le fait que le Nicaragua n'ait pas nié l'existence d'un droit découlant de cette pratique, qui s'était poursuivie sans être entravée ni remise en question durant une très longue période, est particulièrement révélateur. » (*Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2009, p. 213, aux pages 265 et 266, par. 141). La Chambre d'appel du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a noté qu'il était difficile d'observer la pratique des États sur le champ de bataille : *le Procureur c. Tadić*, affaire IT-94-1-AR72, Arrêt relatif à l'appel de la Défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence du 2 octobre 1995, par. 99.

⁶⁸⁴ Sur l'inaction comme forme de pratique, voir *infra*, projet de conclusion 6 et commentaire y relatif, par. 3).

⁶⁸⁵ *Affaire relative aux droits des ressortissants des États-Unis d'Amérique au Maroc*, Arrêt du 27 août 1952, C.I.J. Recueil 1952, p. 176, à la page 200.

par le législateur ou demeurent inappliquées en raison de problèmes de compatibilité avec le droit international. Les déclarations impromptues ou impulsives compteront généralement moins que celles qui sont mûrement réfléchies, et celles faites par des subalternes peuvent avoir moins de poids que celles de hauts responsables du Gouvernement. L'importance à accorder au fait qu'un État s'abstient de protester dépendra de toutes les circonstances, mais elle peut être particulièrement déterminante lorsque des mesures concrètes dont cet État a connaissance et qui ont des incidences négatives immédiates sur ses intérêts ont été prises. Lorsque la pratique d'un État va à l'encontre de ses intérêts manifestes ou engendre pour lui des coûts importants, elle est davantage susceptible de refléter une acceptation comme étant le droit.

6) Le paragraphe 2 dispose que, pour déterminer l'existence et le contenu d'une règle du droit international coutumier, la présence de chacun des deux éléments constitutifs doit être établie, et précise que cela exige d'apprécier pour chaque élément les moyens permettant d'en établir l'existence. En d'autres termes, même si la pratique et son acceptation comme étant le droit (*opinio juris*) fournissent ensemble les informations nécessaires à la détermination du droit international coutumier, deux examens distincts doivent être effectués. Les éléments constitutifs peuvent être indissolublement liés (dans le sens où la pratique peut être assortie d'une certaine motivation), mais chacun d'eux est une notion autonome aux fins de la détermination d'une règle du droit international coutumier.

7) Bien que le droit international coutumier se manifeste par un comportement assorti d'une *opinio juris*, les actes constituant la pratique pertinente ne sont pas en eux-mêmes une preuve de l'acceptation comme étant le droit. De plus, l'acceptation comme étant le droit (*opinio juris*) doit être recherchée non seulement auprès de ceux qui prennent part à la pratique, mais aussi auprès de ceux qui sont en mesure d'y réagir⁶⁸⁶. Aucune conclusion simple concernant l'acceptation comme étant le droit ne peut donc se déduire de la pratique en question ; la Cour internationale de Justice a ainsi déclaré : « [L]e fait d'avoir agi ou de s'être engagé à agir d'une certaine façon ne prouve rien sur le plan juridique »⁶⁸⁷.

8) Le paragraphe 2 souligne que l'existence d'un élément ne peut pas être déduite de la seule existence de l'autre et qu'un examen distinct doit être effectué pour chaque élément. Néanmoins, il n'exclut pas que le même matériau puisse être utilisé pour établir une pratique et son acceptation comme étant le droit (*opinio juris*). Une décision d'une juridiction nationale, par exemple, pourrait constituer une pratique pertinente et indiquer que ses effets sont nécessaires en vertu du droit international coutumier. De même, un rapport officiel publié par un État peut valoir pratique (ou contenir des informations sur la pratique étatique) et témoigner des conceptions juridiques qui la sous-tendent. Cependant, le point important reste que les éléments doivent faire l'objet de deux examens distincts, l'un pour établir la pratique, l'autre pour s'assurer de son acceptation comme étant le droit.

9) Si, pour déterminer une règle du droit international coutumier, l'existence d'une pratique générale est souvent le premier facteur à prendre en considération, et que ce n'est qu'ensuite qu'un examen est entrepris pour déterminer si cette pratique générale est acceptée comme étant le droit, rien n'oblige à procéder dans cet ordre. La détermination d'une règle du droit international coutumier peut aussi consister à évaluer un texte écrit qui exprimerait une conviction juridique répandue, puis à chercher à vérifier l'existence d'une pratique générale correspondant à celle-ci.

⁶⁸⁶ Voir aussi *infra*, commentaire du projet de conclusion 9, par. 5.

⁶⁸⁷ *Plateau continental de la mer du Nord* (voir *supra*, note 671), à la page 44, par. 76. De même, dans l'affaire du *Lotus*, la Cour permanente de Justice internationale a considéré ce qui suit : « Même si la rareté des décisions judiciaires que l'on peut trouver dans les recueils de jurisprudence était une preuve suffisante du fait invoqué [...], il en résulterait simplement que les États se sont souvent abstenus, en fait, d'exercer des poursuites pénales, et non qu'ils se reconnaissent obligés de ce faire ; or c'est seulement si l'abstention était motivée par la conscience d'un devoir de s'abstenir que l'on pourrait parler de coutume internationale. Le fait allégué ne permet pas de conclure que les États aient été conscients de pareil devoir. » (*Affaire du « Lotus »*, C.P.J.I., Série A, n° 10 (1927), à la page 28). Voir aussi *infra*, projet de conclusion 9, par. 2.

Troisième partie Pratique générale

Comme il est indiqué dans le projet de conclusion 2, ci-dessus, il est nécessaire, pour déterminer l'existence d'une règle de droit international coutumier, d'établir à la fois l'existence d'une pratique générale et son acceptation comme étant le droit (*opinio juris*). La troisième partie contient des directives plus détaillées sur le premier de ces deux éléments constitutifs du droit international coutumier, « une pratique générale ». Également appelé élément « matériel » ou « objectif »⁶⁸⁸, il vise les comportements (accompagnés de leur acceptation comme étant le droit) qui contribuent à la formation, ou à l'expression, du droit international coutumier. Un certain nombre de facteurs doivent être pris en considération pour déterminer si une pratique générale existe bel et bien.

Conclusion 4 Exigence d'une pratique

1. L'exigence d'une pratique générale en tant qu'élément constitutif du droit international coutumier signifie que c'est principalement la pratique des États qui contribue à la formation, ou à l'expression, de règles de droit international coutumier.
2. Dans certains cas, la pratique des organisations internationales contribue également à la formation, ou à l'expression, de règles de droit international coutumier.
3. La conduite d'autres acteurs ne constitue pas une pratique pouvant contribuer à la formation, ou à l'expression, de règles de droit international coutumier, mais peut être pertinente aux fins de l'appréciation de la pratique visée aux paragraphes 1 et 2.

Commentaire

- 1) Le projet de conclusion 4 précise quelle est la pratique à prendre en considération pour déterminer l'existence et le contenu de règles du droit international coutumier.
- 2) Le paragraphe 1 indique clairement que c'est avant tout la pratique des États qui doit être recherchée pour déterminer l'existence et le contenu des règles du droit international coutumier : l'élément matériel de ce droit est en effet souvent appelé « pratique des États »⁶⁸⁹. Parce qu'ils sont les principaux sujets du système juridique international et disposent d'une compétence générale, les États jouent un rôle prédominant dans la formation du droit international coutumier et c'est avant tout leur pratique qui doit être examinée aux fins de la détermination de ce droit. Dans bien des cas, la pratique des États est même le seul élément pertinent à prendre en considération pour déterminer l'existence et le contenu des règles du droit international coutumier. Ainsi que l'a fait savoir la Cour internationale de Justice en l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, pour « identifier les règles du droit international coutumier applicables au présent différend ... elle doit examiner la pratique et l'*opinio juris* des États »⁶⁹⁰.

⁶⁸⁸ Parfois également appelé *usus* (usage), ce qui risque de prêter à confusion avec l'expression « simple usage ou habitude », qui est à distinguer du droit international coutumier : voir *infra*, projet de conclusion 9, par. 2.

⁶⁸⁹ La pratique des États remplit d'autres fonctions importantes en droit international public, notamment en ce qui concerne l'interprétation des traités, mais ces fonctions n'entrent pas dans le champ d'application du présent projet de conclusions.

⁶⁹⁰ *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (voir *supra*, note 663), à la page 97, par. 183. De la même manière, en l'affaire du *Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne/Malte)*, la Cour a considéré qu'« [i]l est bien évident que la substance du droit international coutumier doit être recherchée en premier lieu dans la pratique effective et l'*opinio juris* des États [...] » (*Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne/Malte)* (voir *supra*, note 672), à la page 29, par. 27) ; dans l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'État*, la Cour a confirmé une fois encore que c'est de « la pratique des États [que] découle le droit international coutumier » (*Immunités juridictionnelles de l'État* (voir *supra*, note 672), à la page 143, par. 101).

3) L'adverbe « principalement » a une double utilité. En plus de mettre en avant le rôle prépondérant que joue la pratique des États dans la formation et l'expression des règles du droit international coutumier, il sert à renvoyer le lecteur à l'autre pratique qui contribue, dans certains cas, à la formation ou à l'expression des règles du droit international coutumier, laquelle est traitée au paragraphe 2.

4) Le paragraphe 2 indique que, « [d]ans certains cas », la pratique des organisations internationales contribue elle aussi à la formation et à l'expression des règles de droit international coutumier⁶⁹¹. Si les organisations internationales servent souvent d'arènes ou de catalyseurs de la pratique des États, ce paragraphe traite de la pratique attribuée aux organisations internationales elles-mêmes, et non de la pratique de leurs États membres agissant dans le cadre de ces organisations ou en rapport avec elles (pratique qui est attribuée aux États concernés)⁶⁹². Dans les cas où la pratique des organisations internationales elles-mêmes est pertinente (comme décrit ci-après), les références à la pratique des États dans le projet de conclusions et les commentaires devraient être interprétées comme incluant, *mutatis mutandis*, la pratique des organisations internationales.

5) Les organisations internationales ne sont pas des États⁶⁹³. Ce sont des entités créées et habilitées par des États (ou par des États et/ou d'autres organisations internationales) dans le but d'exercer certaines fonctions et qui, à cette fin, sont dotées d'une personnalité juridique internationale, c'est-à-dire qu'elles ont leurs propres droits et obligations au regard du droit international. La pratique des organisations internationales dans les relations internationales⁶⁹⁴ (lorsqu'elle s'accompagne de l'*opinio juris*) peut être considérée comme donnant lieu à des règles du droit international coutumier ou attestant de leur existence ; ce principe ne s'applique toutefois qu'aux règles a) dont l'objet relève du mandat des organisations, et/ou b) qui concernent expressément les organisations (telles que les règles relatives à leur responsabilité internationale ou aux traités auxquels elles peuvent être parties). L'expression « [d]ans certains cas », au paragraphe 2, vise d'ailleurs à indiquer que la pratique des organisations internationales n'est pas pertinente aux fins de la détermination de toutes les règles du droit international coutumier et qu'en outre, il se peut que seule soit pertinente la pratique de certaines organisations internationales, et non de toutes.

6) Dans ce contexte, la pratique relevant du paragraphe 2 se manifeste de la façon la plus évidente lorsque des États membres ont transféré des compétences exclusives à l'organisation internationale afin que celle-ci exerce certaines prérogatives de puissance publique de ses États membres, de sorte que la pratique de l'organisation peut être assimilée à la pratique de ces États. C'est le cas, par exemple, pour certaines compétences de l'Union européenne. La pratique visée au paragraphe 2 peut également se manifester dans des cas où les États membres ont transféré à l'organisation internationale non pas des compétences

⁶⁹¹ Le terme « organisations internationales » renvoie, dans le présent projet de conclusions, aux organisations qui ont été instituées par des instruments régis par le droit international (en général des traités) et qui sont aussi dotées d'une personnalité juridique internationale propre. Il ne vise pas les organisations non gouvernementales.

⁶⁹² Voir *infra*, les projets de conclusions 6, 10 et 12, qui traitent notamment de la pratique des États et de son acceptation comme étant le droit au sein des organisations internationales.

⁶⁹³ Voir aussi le projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales adopté par la Commission en 2011, par. 7 du commentaire général : « Les organisations internationales sont tout à fait différentes des États, et sont elles-mêmes très diverses. Au rebours des États, elles ne disposent pas d'une compétence générale et elles ont été établies pour exercer des fonctions spécifiques ("principe de spécialité"). Il existe des différences considérables entre les organisations internationales au regard de leurs pouvoirs et fonctions, du nombre de leurs membres, des relations entre l'organisation et ses membres, des procédures de délibération, de leurs structure et moyens matériels, ainsi que s'agissant des règles primaires comportant des obligations conventionnelles dont elles sont tenues. » (*Annuaire... 2011*, vol. II (2^e partie), p. 47). Voir aussi *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies, Avis consultatif, C.I.J. Recueil 1949*, p. 174, à la page 178 (« Les sujets de droit, dans un système juridique, ne sont pas nécessairement identiques quant à leur nature ou à l'étendue de leurs droits »).

⁶⁹⁴ La « pratique établie » de l'organisation (c'est-à-dire la pratique faisant partie des règles de l'organisation au sens du paragraphe 1 j) de l'article 2 de la Convention de Vienne de 1986 sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales) n'entre pas dans le champ d'application des présentes conclusions.

exclusives, mais des compétences fonctionnellement équivalentes à celles qu'ils exercent. La pratique des organisations internationales lorsqu'elles concluent des traités, qu'elles font fonction de dépositaires, qu'elles déploient des forces militaires (par exemple, dans le cadre d'opérations de maintien de la paix), qu'elles administrent des territoires ou qu'elles prennent position sur l'étendue des privilèges et immunités de l'organisation et de ses fonctionnaires, peut par conséquent contribuer à la formation, ou à l'expression, de règles du droit international coutumier dans ces domaines⁶⁹⁵.

7) Il convient néanmoins de faire preuve de prudence lorsqu'on apprécie l'importance de la pratique d'une organisation internationale dans le cadre d'une pratique générale. Les organisations internationales sont très diverses, non seulement quant à leurs pouvoirs, mais aussi quant à leur composition et à leurs fonctions. En règle générale, plus une pratique d'une organisation internationale est menée directement au nom de ses États membres ou approuvée par eux et plus le nombre de ces États membres est élevé, plus elle peut avoir de poids s'agissant de la formation, ou de l'expression, de règles de droit international coutumier. Les autres facteurs qui devront peut-être être pris en considération dans l'appréciation de la pratique sont notamment la nature de l'organisation, la nature de l'organe dont le comportement est examiné, la question de savoir si le comportement est *ultra vires* de l'organisation ou de l'organe, et la question de savoir si le comportement est conforme à celui des États membres de l'organisation.

8) Il est expressément indiqué au paragraphe 3 que la conduite d'autres entités que les États et les organisations internationales – par exemple, des organisations non gouvernementales (ONG) et des particuliers, ainsi que des sociétés transnationales et des groupes armés non étatiques – ne crée pas ni n'exprime le droit international coutumier. En elle-même, cette conduite ne contribue ni à la formation ni à l'expression de règles du droit international coutumier et ne constitue pas une preuve directe (première) de l'existence et du contenu de ces règles. Il est cependant reconnu dans le paragraphe qu'elle peut jouer un rôle indirect dans la détermination du droit international coutumier, en stimulant ou en constatant la pratique des États et des organisations internationales et son acceptation comme étant le droit (*opinio juris*)⁶⁹⁶. Par exemple, les actes de particuliers peuvent parfois être pertinents aux fins de la formation, ou de l'expression, de règles du droit international coutumier, mais seulement dans la mesure où des États les ont approuvés ou y ont réagi⁶⁹⁷.

9) Les déclarations officielles du Comité international de la Croix-Rouge (CICR), telles que ses appels en faveur du respect du droit international humanitaire et ses études sur le sujet, peuvent également jouer un rôle important en orientant la pratique des États qui réagissent à ces déclarations ; en outre, les publications du CICR peuvent être utiles aux fins de la détermination de la pratique pertinente. Ces activités peuvent donc contribuer au développement et à la détermination du droit international coutumier, mais elles ne constituent pas une pratique en tant que telle⁶⁹⁸.

⁶⁹⁵ Ainsi, on peut lire à la fois dans les conditions générales des accords de prêt et de garantie et autres accords de financement de la Banque européenne pour la reconstruction et le développement (BERD) et dans les conditions générales applicables aux prêts consentis à ses membres par la Banque asiatique d'investissement dans les infrastructures (BAII) que différentes sources du droit international public peuvent s'appliquer en cas de litige entre la Banque et une partie à l'accord de financement, parmi lesquelles différentes formes de coutume internationale, notamment la pratique des États et des institutions financières internationales lorsqu'elle est assez généralisée, constante et durable pour créer des obligations juridiques (Banque européenne pour la reconstruction et le développement, Standard Terms and Conditions (1^{er} décembre 2012), par. 8.04 b) vi) C) ; Banque asiatique d'investissement dans les infrastructures, General Conditions for Sovereign-backed Loans (1^{er} mai 2016), par. 7.04 vii) c) (non souligné dans l'original)).

⁶⁹⁶ En cette dernière capacité, leur production peut relever du projet de conclusion 14, ci-après. La Commission a examiné un point similaire s'agissant de la pratique des « acteurs non étatiques » dans le cadre de son sujet « Accords et pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités » : voir *infra*, projet de conclusion 5, par. 2, adopté en seconde lecture dans le cadre de l'examen de ce sujet.

⁶⁹⁷ Voir, par exemple, *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes* (*supra*, note 683), aux pages 265 et 266, par. 141.

⁶⁹⁸ Ceci est sans préjudice de l'importance des actes du CICR dans l'exercice des fonctions spécifiques qui lui sont conférées, en particulier par les Conventions de Genève du 12 août 1949 relatives à la

Conclusion 5

Comportement de l'État en tant que pratique de l'État

La pratique de l'État consiste dans le comportement de celui-ci, dans l'exercice de ses fonctions exécutive, législative, judiciaire ou autre.

Commentaire

1) Bien que, dans leurs relations internationales, les États agissent le plus souvent par leur exécutif, le projet de conclusion 5 dispose que la pratique de l'État consiste dans tout comportement de celui-ci, quelles que soient la branche concernée et les fonctions exercées. Conformément au principe de l'unité de l'État, cela inclut le comportement de tout organe de l'État faisant partie de son organisation et agissant en cette qualité, dans l'exercice des fonctions exécutive, législative, judiciaire ou « autre », par exemple l'exercice d'activités commerciales ou la promulgation par l'administration de directives à l'intention du secteur privé.

2) Pour être qualifié de pratique de l'État, le comportement en question doit être « de l'État ». Le comportement de tout organe de l'État doit être considéré comme le comportement de cet État, que cet organe exerce des fonctions législative, exécutive, judiciaire ou autre, quelle que soit la position qu'il occupe dans l'organisation de l'État, et quelle que soit sa nature en tant qu'organe du gouvernement central ou d'une collectivité territoriale de l'État. Un organe comprend toute personne ou entité qui a ce statut d'après le droit interne de l'État ; le comportement d'une personne ou entité autrement habilitée par le droit de l'État à exercer les prérogatives de la puissance publique est aussi un comportement « de l'État », pour autant que, en l'espèce, cette personne ou entité agisse en cette qualité⁶⁹⁹.

3) La pratique pertinente des États n'est pas limitée à leur comportement vis-à-vis d'autres États ou d'autres sujets de droit international ; un comportement au sein de l'État, comme le traitement par celui-ci de ses propres ressortissants, peut aussi être lié à des questions de droit international.

4) La pratique étatique peut être celle d'un seul État ou de deux États ou davantage agissant ensemble. Des exemples de ce dernier type de pratique peuvent concerner une action conjointe de plusieurs États patrouillant en haute mer pour lutter contre la piraterie ou coopérant pour la mise en orbite d'un satellite. Il faut distinguer ce type d'action conjointe de l'action des organisations internationales⁷⁰⁰.

5) Pour contribuer à la formation et à la détermination des règles du droit international coutumier, la pratique doit être connue des autres États (qu'elle soit publiquement accessible ou non)⁷⁰¹. De fait, on voit mal comment le comportement confidentiel d'un État pourrait jouer ce rôle tant qu'il n'est pas connu des autres États.

Conclusion 6

Formes de pratique

1. La pratique peut revêtir une large variété de formes. Elle comprend des actes matériels et verbaux. Elle peut, dans certaines circonstances, comprendre l'inaction.

2. Les formes de pratiques étatiques comprennent, sans y être limitées : les actes et la correspondance diplomatiques ; la conduite relative aux résolutions adoptées par une organisation internationale ou lors d'une conférence intergouvernementale ; la conduite relative aux traités ; la conduite exécutive, y compris la conduite

protection des victimes de guerre.

⁶⁹⁹ Voir les articles 4 et 5 des articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, résolution 56/83 de l'Assemblée générale en date du 12 décembre 2001, annexe. Pour le projet d'articles adopté par la Commission et les commentaires y relatifs, voir *Annuaire ... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, par. 76 et 77.

⁷⁰⁰ Voir aussi *supra*, projet de conclusion 4, par. 2, et commentaire y relatif.

⁷⁰¹ Dans le cas du droit international coutumier particulier, la pratique doit être connue d'au moins un autre État ou groupe d'États concerné (voir *infra*, projet de conclusion 16).

opérationnelle « sur le terrain » ; les actes législatifs et administratifs ; et les décisions des juridictions internes.

3. Il n'y a aucune hiérarchie prédéterminée entre les différentes formes de pratique.

Commentaire

1) Le projet de conclusion 6 indique les types de comportement que recouvre le terme « pratique », en donnant des exemples et en précisant qu'aucune forme de pratique ne prévaut a priori sur aucune autre dans la détermination du droit international coutumier. Il vise les formes de pratique en tant que faits empiriquement vérifiables et évite, pour le moment, de distinguer entre un acte et la preuve de l'existence d'une pratique.

2) Vu que les États exercent leurs compétences de diverses manières et ne se limitent pas à certains types d'actes, le paragraphe 1 dispose que la pratique peut revêtir une large variété de formes. Si certains ont soutenu que ce qui compte en tant que pratique aux fins de déterminer le droit international coutumier est ce que les États « font » et non ce qu'ils « disent », il est désormais généralement admis qu'un comportement verbal (qu'il soit écrit ou oral) peut aussi constituer une pratique ; de fait, la pratique peut parfois consister exclusivement en des actes verbaux, par exemple en des protestations diplomatiques.

3) Le paragraphe 1 dispose en outre clairement que l'inaction peut constituer une pratique. L'expression « dans certaines circonstances » vise toutefois à rappeler que seule l'inaction délibérée peut jouer ce rôle : l'État en question doit s'abstenir consciemment d'agir dans une situation donnée, et on ne saurait simplement supposer que l'inaction est délibérée. De telles omissions (parfois dénommées « pratique négative ») peuvent consister notamment à s'abstenir d'engager des poursuites pénales contre des fonctionnaires étrangers, à ne pas protéger certaines personnes naturalisées ou à s'abstenir de recourir à la force⁷⁰².

4) Le paragraphe 2 donne une liste des formes de pratique qui sont souvent jugées utiles pour la détermination du droit international coutumier. Comme le soulignent les mots « sans y être limitées », la liste n'est pas exhaustive ; compte tenu du rythme de l'évolution politique et technologique, et du caractère inévitable de celle-ci, il serait impossible d'établir une liste exhaustive de toutes les formes que la pratique est susceptible de prendre⁷⁰³. Les formes de pratique énumérées ne sont que des exemples qui, de plus, peuvent se chevaucher (par exemple, « les actes et la correspondance diplomatiques » et « la conduite exécutive »).

5) L'ordre dans lequel les formes de pratique sont énumérées au paragraphe 2 n'entraîne aucune conséquence. Il convient de donner à chacune des formes énumérées une interprétation large pour tenir compte de la grande variété des manières dont les États agissent et réagissent. Ainsi, l'expression « conduite exécutive » vise de manière générale toute forme d'acte de l'exécutif, qu'il s'agisse d'ordonnances, de décrets ou d'autres mesures, les déclarations officielles faites sur le plan international ou devant un organe législatif, et les demandes soumises à des juridictions nationales ou internationales. L'expression « les actes législatifs et administratifs » englobe de même les diverses formes de réglementation émanant d'une autorité publique. Par le terme « conduite opérationnelle “sur le terrain” », on entend les mesures de police et la saisie de biens, ainsi que les opérations sur le champ de bataille ou toute autre activité militaire, comme le mouvement de troupes ou de navires, ou le déploiement de certaines armes. Les mots « la conduite relative aux traités » vise les actes liés à la négociation et la conclusion des traités, ainsi que leur application ; en concluant un traité, un État peut participer à une pratique dans le

⁷⁰² À titre d'illustrations, voir *Affaire du « Lotus »* (*supra*, note 687), à la page 28 ; *Affaire Nottebohm (deuxième phase)*, arrêt du 6 avril 1955, C.I.J. Recueil 1955, p. 4, à la page 22 ; *Immunités juridictionnelles de l'État* (voir *supra*, note 672), aux pages 134 et 135, par. 77.

⁷⁰³ Voir aussi « Moyens de rendre plus accessible la documentation relative au droit international coutumier », *Annuaire ... 1950*, vol. II (2^e partie), p. 368, par. 31 ; [A/CN.4/710](#) : Moyens de rendre plus accessible la documentation relative au droit international coutumier : mémorandum du secrétariat (2018).

domaine auquel se rapporte le traité, par exemple dans le domaine des accords de délimitation maritime ou des accords avec le pays hôte. Le membre de phrase « la conduite relative aux résolutions adoptées par une organisation internationale ou lors d'une conférence intergouvernementale » recouvre de même les actes des États liés à la négociation, l'adoption et l'application de résolutions, décisions ou autres actes adoptés dans le cadre d'organisations internationales ou lors de conférences intergouvernementales, quel que soit leur intitulé et indépendamment de leur caractère juridiquement contraignant ou non. La question de savoir si l'un quelconque de ces exemples de formes de pratique est en fait pertinent dans un cas déterminé dépendra de la règle particulière considérée et de toutes les circonstances pertinentes⁷⁰⁴.

6) Les décisions des juridictions internes, à tous les niveaux, peuvent constituer la pratique de l'État⁷⁰⁵ (même si, vraisemblablement, celles des juridictions supérieures auront plus de poids) ; des décisions ayant été infirmées sur le point particulier en cause ne sont généralement pas considérées comme pertinentes. Il convient de distinguer le rôle des décisions des juridictions internes comme forme de pratique de l'État de leur rôle éventuel en tant que « moyen auxiliaire » de détermination des règles de droit international coutumier⁷⁰⁶.

7) Le paragraphe 2 s'applique *mutatis mutandis* aux formes de pratique des organisations internationales dans les cas, visés au paragraphe 2 du projet de conclusion 4 ci-dessus, où cette pratique contribue à la formation, ou à l'expression, de règles de droit international coutumier.

8) Le paragraphe 3 précise qu'aucune forme de pratique n'a, dans l'abstrait, une valeur probante supérieure aux autres. Dans certains cas particuliers, cependant, comme il est expliqué dans les commentaires des projets de conclusions 3 et 7 ci-dessus, il peut arriver que pour apprécier différents types (ou cas) de pratique dans leur contexte, il faille leur accorder un poids différent.

Conclusion 7

Appréciation de la pratique d'un État

1. Il convient de prendre en compte toute la pratique accessible de l'État, laquelle doit être appréciée dans son ensemble.
2. Lorsque la pratique d'un État varie, le poids à accorder à cette pratique peut être réduit, selon les circonstances.

Commentaire

1) Le projet de conclusion 7 concerne l'appréciation de la pratique d'un État particulier afin de déterminer la position de cet État dans le cadre de l'appréciation de l'existence d'une pratique générale (qui fait l'objet du projet de conclusion 8 ci-après). Comme le font clairement ressortir les deux paragraphes du projet de conclusion 7, il est nécessaire de prendre en considération et d'apprécier dans son ensemble toute la pratique accessible de l'État concerné sur la question en cause, y compris sa constance.

2) Le paragraphe 1 dispose, d'abord, que pour tenter de déterminer la position d'un État sur la question considérée, il convient de prendre en compte toute la pratique accessible de cet État. Cela signifie que la pratique examinée devrait être exhaustive (en fonction de son accessibilité) et inclure la pratique pertinente de tous les organes de l'État et

⁷⁰⁴ Voir *supra*, par. 3) du commentaire du projet de conclusion 3.

⁷⁰⁵ Voir, par exemple, *Immunités juridictionnelles de l'État* (*supra*, note 672), aux pages 131 à 135, par. 72 à 77 ; *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2002, p. 3, à la page 24, par. 58. Le terme « juridictions internes » peut aussi s'entendre de juridictions ayant une composante internationale exerçant leur activité dans le cadre d'un ou plusieurs ordres juridiques internes, comme les juridictions à composition mixte nationale et internationale.

⁷⁰⁶ Voir *infra*, projet de conclusion 13, par. 2. Les décisions des juridictions internes peuvent aussi servir de preuve de l'acceptation comme étant le droit (*opinio juris*) ; voir à ce propos *infra*, projet de conclusion 10, par. 2.

toute la pratique pertinente d'un organe particulier. Il est en outre indiqué clairement dans le paragraphe que la pratique pertinente doit être appréciée non pas isolément mais dans son ensemble ; c'est alors seulement que la position effective de l'État peut être déterminée.

3) La nécessité d'apprécier la pratique accessible « dans son ensemble » est illustrée par l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'État*, dans laquelle la Cour internationale de Justice a noté que, bien que la Cour de cassation grecque ait décidé, sur la base de « l'exception territoriale », que l'immunité de l'État en droit international coutumier ne s'étendait pas aux actes perpétrés par les forces armées au cours d'un conflit armé, une position différente avait été adoptée par le Tribunal supérieur spécial grec, par le Gouvernement grec lorsqu'il avait refusé de faire exécuter l'arrêt rendu par la Cour de cassation grecque et avait défendu cette position devant la Cour européenne des droits de l'homme, et par la Cour de cassation grecque elle-même dans une décision ultérieure. L'appréciation de cette pratique « dans son ensemble » a conduit la Cour à conclure que « la pratique suivie par l'État grec, considérée dans son ensemble, contredit plutôt qu'elle n'étaye l'argument de l'Italie » selon lequel l'immunité de l'État en droit international coutumier ne s'étend pas aux actes perpétrés par les forces armées au cours d'un conflit armé⁷⁰⁷.

4) Le paragraphe 2 vise expressément les situations dans lesquelles la pratique d'un État particulier est ou paraît incertaine. Comme cela vient d'être dit, tel peut être le cas lorsque différents organes ou pouvoirs de l'État adoptent des comportements différents sur la même question ou que la pratique d'un organe varie dans le temps. Si, dans de telles circonstances, la pratique d'un État dans son ensemble s'avère inconstante, la contribution de cet État à « une pratique générale » peut être réduite.

5) La formule « peut [...] selon les circonstances », employée au paragraphe 2, indiquer cependant qu'il convient de faire preuve de prudence pour une telle appréciation et que la même conclusion ne serait pas nécessairement tirée dans tous les cas. Dans l'*Affaire des pêcheries*, la Cour internationale de Justice a ainsi estimé qu'il n'y avait pas lieu « d'attacher trop d'importance aux quelques incertitudes ou contradictions, apparentes ou réelles, ... dans la pratique norvégienne. Elles s'expliquent assez naturellement si l'on prend en considération la diversité des faits et des situations au cours de la longue période... »⁷⁰⁸. Par conséquent, en cas de divergence dans la pratique des organes de niveaux différents du même État, il est peu probable que cela aboutisse à accorder moins de poids à la pratique de l'organe supérieur. La pratique des organes d'un gouvernement central sera généralement plus importante que celle des composantes d'un État fédéral ou des subdivisions politiques de l'État. La pratique de l'exécutif est souvent la plus pertinente sur le plan international et a donc un poids particulier pour ce qui est de la détermination du droit international coutumier bien qu'il puisse être nécessaire de tenir compte de la position constitutionnelle des différents organes en question⁷⁰⁹.

Conclusion 8

La pratique doit être générale

1. La pratique pertinente doit être générale, c'est-à-dire suffisamment répandue et représentative, ainsi que constante.
2. Il n'est prescrit aucune durée particulière de la pratique, pour autant que celle-ci soit générale.

Commentaire

1) Le projet de conclusion 8 concerne le critère de généralité auquel doit répondre la pratique, et vise à dégager l'essence de ce critère et l'examen auquel il convient de procéder pour établir qu'il y est bien répondu dans un cas particulier.

⁷⁰⁷ *Immunités juridictionnelles de l'État* (voir *supra*, note 672), à la page 134, par. 76 ; p. 136, par. 83. Voir aussi *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (*supra*, note 663), à la page 98, par. 186.

⁷⁰⁸ *Affaire des pêcheries*, arrêt du 18 décembre 1951, C.I.J. Recueil 1951, p. 116, à la page 138.

⁷⁰⁹ Voir, par exemple, *Immunités juridictionnelles de l'État* (*supra*, note 672), à la page 136, par. 83 (affaire dans laquelle la Cour a fait observer que, « en vertu du droit grec », le point de vue exprimé par le Tribunal supérieur spécial prévalait sur celui de la Cour de cassation grecque).

2) Le paragraphe 1 explique que la notion de généralité, qui renvoie à la totalité des cas dans lesquels la règle supposée de droit international coutumier a été suivie, inclut deux conditions. Tout d'abord, la pratique doit être suffisamment répandue et représentative. Ensuite, elle doit révéler de la constance. Comme l'a dit la Cour internationale de Justice dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord*, la pratique en question doit être « fréquente et pratiquement uniforme »⁷¹⁰ ; les actes doivent représenter une « pratique constante »⁷¹¹. Comme il est expliqué plus loin, il ne peut être indiqué aucune norme absolue pour l'une ou l'autre condition ; il convient de tenir compte du contexte pour apprécier le seuil à atteindre pour chacune d'elle⁷¹². Dans chaque cas, cependant, la pratique devrait être de nature à permettre de dégager un usage pratiquement uniforme. Il convient de tenir compte du caractère contradictoire ou inconstant d'une pratique pour déterminer s'il est possible de tirer une telle conclusion⁷¹³.

3) La condition selon laquelle la pratique doit être « répandue et représentative » ne se prête pas à des formulations précises, dès lors que les circonstances peuvent considérablement varier d'un cas à un autre (par exemple, la fréquence des situations appelant une action)⁷¹⁴. S'agissant des relations diplomatiques, par exemple, auxquelles tous les États participent régulièrement, une pratique devra peut-être se manifester largement, tandis que dans d'autres cas, la somme de pratique pourra fort bien être inférieure. C'est ce qu'exprime le terme « suffisamment », qui laisse entendre que le nombre et la répartition nécessaires des États participant à la pratique pertinente (comme le nombre de cas de pratique) ne peuvent être déterminés dans l'abstrait. Il est toutefois évident qu'une participation universelle n'est pas exigée : il n'est pas nécessaire de montrer que tous les États ont participé à la pratique en question. Les États participants devraient inclure ceux ayant eu l'occasion ou la possibilité d'appliquer la règle supposée⁷¹⁵. Il est important que ces États soient représentatifs, ce qui doit être déterminé compte tenu de toutes les circonstances, notamment des divers intérêts en jeu et/ou des différentes zones géographiques.

4) Dans l'évaluation de la généralité, il est donc impératif de prendre en considération la mesure dans laquelle les États qui sont particulièrement impliqués dans l'activité considérée ou qui sont les plus susceptibles d'être concernés par la règle supposée (les États « particulièrement intéressés ») ont participé à la pratique⁷¹⁶. S'il est vrai que, dans bien des cas, la totalité ou la quasi-totalité des États seront également concernés, il serait manifestement impossible de déterminer, par exemple, l'existence et le contenu d'une règle de droit international coutumier relative à la navigation dans des zones maritimes sans

⁷¹⁰ *Plateau continental de la mer du Nord* (voir *supra*, note 671), à la page 43, par. 74. De nombreux termes ont été employés pour qualifier le critère de généralité, notamment par la Cour internationale de Justice, sans que cela implique une quelconque différence de sens.

⁷¹¹ *Ibid.*, à la page 44, par. 77.

⁷¹² Voir aussi *supra*, projet de conclusion 3.

⁷¹³ Les écarts par rapport à la règle supposée portent à croire qu'il n'existe pas de règle ou peuvent mettre en évidence, notamment, l'existence d'une exception coutumière admissible, l'évolution d'une règle antérieure ou l'existence d'une règle du droit international coutumier particulier ou encore d'un ou plusieurs objecteurs persistants. Il pourrait aussi être utile de tenir compte du moment auquel la pratique non conforme s'est produite, en particulier du point de savoir si la pratique en question appartient au passé et si, depuis lors, la constance prévaut.

⁷¹⁴ Voir aussi l'arrêt du 4 février 2016 de la Cour fédérale d'Australie dans l'affaire *Ure v. The Commonwealth of Australia* [2016] FCAFC 8, par. 37 (« we would hesitate to say that it is impossible to demonstrate the existence of a rule of customary international [law] from a small number of instances of State practice. We would accept the less prescriptive proposition that as the number of instances of State practice decreases the task becomes more difficult ») [nous ne dirions peut-être pas qu'il est impossible de déduire l'existence d'une règle de droit international coutumier d'un petit nombre de cas de pratique étatique. Nous pourrions souscrire à la proposition moins prescriptive selon laquelle la tâche est d'autant plus difficile que le nombre de cas est restreint].

⁷¹⁵ Un nombre relativement faible d'États participant à une certaine pratique peut ainsi être suffisant si, de fait, cette pratique, ainsi que l'inaction des autres États face à celle-ci, est généralement acceptée comme étant le droit (accompagnée de l'*opinio juris*).

⁷¹⁶ Comme l'a dit la Cour internationale de Justice, « il demeure indispensable que dans ce laps de temps, aussi bref qu'il ait été, la pratique des États, y compris ceux qui sont particulièrement intéressés, ait été fréquente et pratiquement uniforme », *Plateau continental de la mer du Nord* (voir *supra*, note 671), à la page 43, par. 74.

prendre en considération la pratique des États côtiers et des États du pavillon pertinents, ou l'existence et le contenu d'une règle sur l'investissement étranger sans évaluer la pratique des pays exportateurs de capitaux ainsi que celle des États dans lesquels l'investissement est réalisé. Il faudrait toutefois préciser que les mots « particulièrement intéressés » ne devraient pas être interprétés comme renvoyant au pouvoir relatif des États.

5) La condition relative à la constance de la pratique signifie que lorsque les actes pertinents sont à ce point divergents qu'aucune forme de comportement systématique ne peut être dégagée, aucune pratique générale (et, partant, aucune règle correspondante de droit international coutumier) n'est censée exister. Dans l'*Affaire des Pêcheries*, la Cour internationale de Justice a ainsi estimé que « si la règle des dix milles a été adoptée par certains États..., d'autres États, en revanche, ont adopté une limite différente. En conséquence, la règle des dix milles n'a pas acquis l'autorité d'une règle générale de droit international »⁷¹⁷.

6) Pour examiner si la pratique est cohérente, il est naturellement important de prendre en considération des comportements qui sont en fait comparables, c'est-à-dire qui sont intervenus alors que les questions qui se posaient étaient identiques ou analogues de sorte qu'ils pourraient effectivement constituer des guides fiables. Dans l'affaire du *Lotus*, la Cour permanente de justice internationale a fait état « de précédents présentant une analogie étroite avec le cas d'espèce ; car c'est seulement dans les précédents de cette nature que pourrait se manifester, le cas échéant, l'existence d'un principe général [de droit international coutumier] applicable à l'espèce »⁷¹⁸.

7) En revanche, une totale uniformité dans la pratique des États n'est pas nécessaire. La pratique pertinente doit être pratiquement ou sensiblement uniforme, ce qui signifie que certaines incohérences ou contradictions n'invalideront pas nécessairement la constatation de l'existence d'une « pratique générale ». Dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, la Cour internationale de Justice a déclaré :

« [i]l ne faut pas s'attendre à ce que l'application des règles en question soit parfaite dans la pratique étatique... La Cour ne pense pas que, pour qu'une règle soit coutumièrement établie, la pratique correspondante doive être rigoureusement conforme à cette règle. Il lui paraît suffisant, pour déduire l'existence de règles coutumières, que les États y conforment leur conduite d'une manière générale... »⁷¹⁹.

8) Lorsque des comportements non conformes prennent la forme de violations d'une règle, cela non plus n'empêche pas nécessairement l'établissement d'une pratique générale. Cela est particulièrement vrai lorsque l'État concerné nie la violation ou exprime son soutien à la règle. Comme l'a fait observer la Cour internationale de Justice :

⁷¹⁷ *Affaire des pêcheries* (voir *supra*, note 708), à la page 131. Une chambre de la Cour internationale de Justice a estimé dans l'affaire du *Golfe du Maine* que la pratique était là pour démontrer « que chaque cas concret est finalement différent des autres... Les conditions pour la formation de principes et règles de nature coutumière ... ne sauraient donc être réunies » (*Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine* (voir *supra*, note 668), à la page 290, par. 81). Voir aussi, par exemple, *Affaire Colombo-péruvienne relative au droit d'asile* (*supra*, note 674), à la page 277 (« Les faits soumis à la Cour révèlent tant d'incertitude et de contradictions, tant de fluctuations et de discordances dans l'exercice de l'asile diplomatique ... qu'il n'est pas possible de dégager de tout cela une coutume constante et uniforme ... en ce qui concerne la prétendue règle de la qualification unilatérale et définitive du délit. ») ; *Interpretation of the air transport services agreement between the United States of America and Italy*, avis consultatif du 17 juillet 1965, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XVI (numéro de vente : E/F.69.V.1), p. 75 à 108, à la page 100 (« It is correct that only a constant practice, observed in fact and without change can constitute a rule of customary international law ») [Il est exact que seule une pratique constante, observée dans les faits et sans changement, peut constituer une règle de droit international coutumier].

⁷¹⁸ *Affaire du « Lotus »* (voir *supra*, note 687), à la page 21. Voir aussi *Plateau continental de la mer du Nord* (*supra*, note 671), à la page 45, par. 79 ; *Prosecutor v. Moinina Fofana and Allieu Kondewa*, affaire n° SCSL-04-14-A (chambre d'appel), arrêt du 28 mai 2008, Tribunal spécial pour la Sierra Leone, par. 406.

⁷¹⁹ *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (voir *supra*, note 663), à la page 98, par. 186.

« Il lui paraît suffisant ... que les États ... traitent eux-mêmes les comportements non conformes à la règle en question comme des violations de celle-ci et non pas comme des manifestations de la reconnaissance d'une règle nouvelle. Si un État agit d'une manière apparemment inconciliable avec une règle reconnue, mais défend sa conduite en invoquant des exceptions ou justifications contenues dans la règle elle-même, il en résulte une confirmation plutôt qu'un affaiblissement de la règle, et cela que l'attitude de cet État puisse ou non se justifier en fait sur cette base. »⁷²⁰.

9) Le paragraphe 2 vise l'élément temporel, en indiquant clairement que le fait qu'une pratique générale soit suivie durant une période relativement brève ne constitue pas en soi un obstacle à la détermination de l'existence d'une règle correspondante de droit international coutumier. Une longue période peut générer une pratique plus abondante, mais l'existence d'une règle coutumière n'est pas subordonnée à une pratique générale observée depuis des temps immémoriaux ou pendant une période considérable ou d'une durée déterminée⁷²¹. C'est ce qu'a confirmé la Cour internationale de Justice dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord*, en déclarant que « le fait qu'il ne se soit écoulé qu'un bref laps de temps ne constitue pas nécessairement en soi un empêchement à la formation d'une règle nouvelle de droit international coutumier »⁷²². Cependant, ainsi qu'il ressort clairement de ce passage, il doit s'écouler un certain laps de temps pour qu'une pratique générale se dégage ; il n'existe pas de « coutume instantanée ».

Quatrième partie

Acceptée comme étant le droit (*opinio juris*)

Il ne suffit pas en soi d'établir qu'une certaine pratique est suivie de manière constante par un nombre suffisamment important et représentatif d'États pour dégager une règle de droit international coutumier. La quatrième partie concerne le second élément constitutif du droit international coutumier, parfois qualifié d'élément « subjectif » ou « psychologique », au titre duquel, dans chaque cas, il convient aussi de s'assurer de l'existence, parmi les États, d'une acceptation comme étant le droit (*opinio juris*) quant à la valeur obligatoire de la pratique considérée.

Conclusion 9

Exigence d'une pratique générale acceptée comme étant le droit (*opinio juris*)

1. La condition, en tant qu'élément constitutif du droit international coutumier, que la pratique générale soit acceptée comme étant le droit (*opinio juris*) signifie que la pratique en question doit être menée avec le sentiment de l'existence d'une obligation juridique ou d'un droit.
2. Une pratique générale qui est acceptée comme étant le droit (*opinio juris*) doit être distinguée du simple usage ou de la simple habitude.

Commentaire

- 1) Le projet de conclusion 9 vise à présenter de façon synthétique la nature et la fonction du second élément constitutif du droit international coutumier, l'acceptation comme étant le droit (*opinio juris*).
- 2) Le paragraphe 1 explique que l'acceptation comme étant le droit (*opinio juris*), en tant qu'élément constitutif du droit international coutumier, vise l'exigence que la pratique pertinente soit menée avec le sentiment de l'existence d'une obligation juridique ou d'un droit ; c'est-à-dire que cette pratique doit être assortie de la conviction qu'elle est autorisée,

⁷²⁰ Ibid. Voir aussi, par exemple, *Prosecutor v. Sam Hinga Norman* (*supra*, note 675), par. 51. La même observation vaut pour l'appréciation de la pratique d'un État particulier : voir *supra*, projet de conclusion 7.

⁷²¹ Dans des domaines comme le droit international de l'espace ou le droit de la mer, par exemple, le droit international coutumier s'est parfois développé rapidement.

⁷²² *Plateau continental de la mer du Nord* (voir *supra*, note 671), à la page 43, par. 74.

requis ou interdite par le droit international coutumier⁷²³. Il est donc essentiel d'établir dans chaque cas que les États ont agi d'une certaine façon parce qu'ils se sentaient ou se croyaient juridiquement contraints ou autorisés à le faire en vertu d'une règle du droit international coutumier : ils doivent avoir poursuivi la pratique en vertu d'un droit, ou s'y être soumis en vertu d'une obligation. Comme la Cour internationale de Justice l'a souligné dans l'arrêt relatif au *Plateau continental de la mer du Nord* :

« Non seulement les actes considérés doivent représenter une pratique constante, mais en outre ils doivent témoigner, par leur nature ou la manière dont ils sont accomplis, de la conviction que cette pratique est rendue obligatoire par l'existence d'une règle de droit. La nécessité de pareille conviction, c'est-à-dire l'existence d'un élément subjectif, est implicite dans la notion même d'*opinio juris sive necessitatis*. Les États intéressés doivent donc avoir le sentiment de se conformer à ce qui équivaut à une obligation juridique. »⁷²⁴.

3) Il convient de distinguer l'acceptation comme étant le droit (*opinio juris*) d'autres motifs d'action extrajuridiques, comme la courtoisie, l'opportunité politique ou la convenance : si la pratique en question est motivée uniquement par ces autres considérations, il n'existe aucune règle du droit international coutumier. Ainsi, dans l'affaire du *Droit d'asile*, la Cour internationale de Justice a refusé d'admettre l'existence d'une règle du droit international coutumier, considérant que, dans les cas particuliers cités, il n'avait pas été établi, notamment, que la règle prétendue qui avait été invoquée avait été :

« appliquée ... par les États qui accordaient l'asile, en tant que droit appartenant à ceux-ci, et respectée par les États territoriaux en tant que devoir leur incombant, et pas seulement pour des raisons d'opportunité politique ... des considérations de convenance ou de simple opportunité politique semblent avoir déterminé l'État territorial à reconnaître l'asile sans que cette décision lui fût dictée par le sentiment d'un devoir juridique quelconque »⁷²⁵.

4) L'intention de se conformer à une obligation conventionnelle en tant que telle, de même que celle de se conformer au droit interne, ne correspond pas à l'acceptation comme étant le droit aux fins de la détermination du droit international coutumier : l'on ne saurait en conséquence déduire de la pratique guidée par une telle intention l'existence d'une règle du droit international coutumier⁷²⁶. Un État peut certes considérer qu'il est lié par une certaine obligation à la fois par le droit international coutumier et par un traité ; mais cela devrait être démontré. En revanche, le fait que des États agissent en conformité avec une disposition d'un traité par lequel ils ne sont pas liés, ou appliquent les dispositions de celui-ci

⁷²³ Si l'acceptation d'une certaine pratique comme étant le droit (*opinio juris*) a souvent été décrite comme correspondant au « sentiment de l'existence d'une obligation juridique », le projet de conclusion 9 utilise la formulation plus large « sentiment de l'existence d'une obligation juridique ou d'un droit », étant donné que les États ont des droits et des obligations au regard du droit international coutumier et qu'ils peuvent agir avec la conviction qu'ils ont un droit ou une obligation. Le projet de conclusion ne laisse pas entendre qu'en l'absence d'interdiction, un État doit invoquer un droit pour justifier son acte.

⁷²⁴ *Plateau continental de la mer du Nord* (voir *supra*, note 671), à la page 44, par. 77 ; voir aussi au paragraphe 76 (visant la condition selon laquelle les États « croyaient appliquer une règle de droit international coutumier à caractère obligatoire »). La Cour a aussi fait référence, entre autres, à une « croyance en une sorte de droit général [concernant les] États » (*Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (voir *supra*, note 663), à la page 108, par. 206.

⁷²⁵ *Affaire colombo-péruvienne relative au droit d'asile* (voir *supra*, note 674, aux pages 277 et 286. Voir aussi *Affaire du « Lotus »* (*supra*, note 687), à la page 28 (« Même si la rareté des décisions judiciaires que l'on peut trouver dans les recueils de jurisprudence était une preuve suffisante du fait invoqué ..., il en résulterait simplement que les États se sont souvent abstenus, en fait, d'exercer des poursuites pénales, et non qu'ils se reconnaissent obligés de ce faire ; or, c'est seulement si l'abstention était motivée par la conscience d'un devoir de s'abstenir que l'on pourrait parler de coutume internationale. Le fait allégué ne permet pas de conclure que les États aient été conscients de pareil devoir ; par contre, ..., il y a d'autres circonstances qui sont de nature à persuader du contraire. » ; et *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (voir *supra*, note 663), aux pages 108 à 110, par. 206 à 209.

⁷²⁶ Voir, par exemple, *Plateau continental de la mer du Nord* (*supra*, note 671), à la page 43, par. 76. Il peut ainsi être particulièrement difficile de déterminer l'éventuelle émergence d'une règle du droit international coutumier lorsqu'un traité non déclaratoire a suscité une participation quasi universelle.

dans leurs relations avec des États qui n'y sont pas parties, peut établir l'existence d'une acceptation comme étant le droit (*opinio juris*) en l'absence de toute explication indiquant le contraire.

5) L'acceptation comme étant le droit (*opinio juris*) doit être recherchée en ce qui concerne à la fois les États qui suivent la pratique pertinente et ceux qui sont en position d'y réagir, dont il faut démontrer qu'ils ont interprété la pratique comme étant conforme au droit international coutumier⁷²⁷. Il n'est pas nécessaire d'établir que tous les États ont considéré (accepté comme étant le droit) la règle supposée comme une règle du droit international coutumier ; ce qu'il faut c'est une acceptation large et représentative conjuguée à l'absence ou la quasi-absence d'objection⁷²⁸.

6) Le paragraphe 2 fait valoir que, sans l'acceptation comme étant le droit (*opinio juris*), une pratique générale ne peut être censée créer, ou exprimer, le droit international coutumier ; c'est alors un simple usage ou une simple habitude. En d'autres termes, lorsque les États estiment avoir juridiquement toute latitude pour suivre une pratique ou ne pas en tenir compte, cette pratique ne contribue pas et ne correspond pas au droit international coutumier (à moins que la règle à déterminer ne prévoie elle-même cette faculté de choix)⁷²⁹. Les constantes de comportement observées au niveau international n'ont pas toutes une portée juridique : les mesures de courtoisie diplomatique, par exemple, comme le déroulement de tapis rouges lors de visites de chefs d'État, ne sont assorties d'aucun sentiment d'obligation juridique et ne sauraient donc générer ni démontrer un quelconque devoir ou droit d'agir ainsi⁷³⁰.

Conclusion 10

Formes de preuve de l'acceptation comme étant le droit (*opinio juris*)

1. La preuve de l'acceptation comme étant le droit (*opinio juris*) peut revêtir une large variété de formes.

2. Les formes de preuve de l'acceptation comme étant le droit (*opinio juris*) comprennent, sans s'y limiter : les déclarations publiques faites au nom des États ; les publications officielles ; les avis juridiques gouvernementaux ; la correspondance diplomatique ; les décisions des juridictions nationales ; les dispositions de traités ;

⁷²⁷ Voir *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (*supra*, note 663), à la page 109, par. 207 (« Ou bien les États agissant de la sorte ou bien d'autres États en mesure de réagir doivent s'être comportés d'une façon qui témoigne "de la conviction que cette pratique est rendue obligatoire par l'existence d'une règle de droit". ») (citant l'arrêt du *Plateau continental de la mer du Nord*).

⁷²⁸ Ainsi, lorsque « les membres de la communauté internationale sont profondément divisés » sur la question de savoir si une certaine pratique est assortie de l'acceptation comme étant le droit (*opinio juris*), il n'est pas possible de conclure à l'existence d'une telle *opinio juris* : voir *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* (*supra*, note 675), à la page 254, par. 67.

⁷²⁹ Dans l'arrêt qu'elle a rendu dans l'affaire du *Droit de passage*, la Cour internationale de Justice a ainsi fait observer, à propos du passage des forces armées et de la police armée que « [l]a pratique suppose que le souverain territorial avait le pouvoir discrétionnaire de retirer ou de refuser son autorisation. Il est allégué que cette autorisation était toujours accordée mais, de l'avis de la Cour, cela ne saurait affecter la situation juridique. Rien dans le dossier n'indique que les Britanniques ou les Indiens aient été obligés d'accorder leur autorisation. » (*Affaire du droit de passage sur territoire indien* (voir *supra*, note 675), aux pages 42 et 43). Dans l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'État*, la Cour internationale de Justice a de même estimé, en tentant de déterminer la teneur d'une règle du droit international coutumier, que : « [s]'il est vrai que les États décident parfois d'accorder une immunité plus large que ne l'impose le droit international, le fait est que, aux fins de la présente instance, la reconnaissance de l'immunité en pareil cas n'est pas assortie de l'*opinio juris* requise et, partant, n'éclaire pas la question dont la Cour est saisie. » (*Immunités juridictionnelles de l'État* (voir *supra*, note 672), à la page 123, par. 55).

⁷³⁰ La Cour internationale de Justice a ainsi souligné qu'« [i]l existe nombre d'actes internationaux, dans le domaine du protocole par exemple, qui sont accomplis presque invariablement mais sont motivés par de simples considérations de courtoisie, d'opportunité ou de tradition et non par le sentiment d'une obligation juridique » (*Plateau continental de la mer du Nord* (voir *supra*, note 671), à la page 44, par. 77).

ainsi que la conduite en relation avec les résolutions adoptées par une organisation internationale ou lors d'une conférence intergouvernementale.

3. L'absence de réaction s'étendant dans le temps à une pratique peut constituer la preuve de l'acceptation de cette pratique comme étant le droit (*opinio juris*), lorsque les États étaient en mesure de réagir et que les circonstances appelaient une réaction.

Commentaire

1) Le projet de conclusion 10 concerne la preuve permettant d'établir qu'une pratique est acceptée comme étant le droit (*opinio juris*). Il en ressort que l'acceptation comme étant le droit peut être manifestée de la part des États par divers comportements, qu'il faudrait évaluer soigneusement pour déterminer s'ils reflètent réellement, dans chaque cas, l'opinion de l'État sur l'état actuel du droit international coutumier.

2) Le paragraphe 1 énonce le principe général selon lequel l'acceptation comme étant le droit (*opinio juris*) peut revêtir une grande variété de formes. Les États peuvent faire savoir qu'ils acceptent (ou non) l'existence d'une règle du droit international coutumier de nombreuses manières différentes. Ainsi qu'il ressort clairement des paragraphes suivants, l'acceptation d'une pratique comme étant le droit peut être déduite tant d'une déclaration que d'une action (ou au contraire d'une inaction) au regard de la pratique en question.

3) Le paragraphe 2 donne une liste non exhaustive des formes de preuve de l'acceptation comme étant le droit (*opinio juris*), notamment celles le plus communément utilisées à de telles fins⁷³¹. Ces formes de preuve peuvent également montrer qu'une pratique n'est pas acceptée comme étant le droit. À certains égards, les formes de preuve de l'acceptation comme étant le droit et les formes de pratique étatique mentionnées au paragraphe 2 du projet de conclusion 6 ci-dessus se recoupent⁷³², ce qui s'explique en partie par le fait que les moyens permettant d'établir l'existence de l'un et l'autre élément sont parfois les mêmes (ces deux éléments devant néanmoins toujours être établis séparément)⁷³³. Quoi qu'il en soit, les déclarations sont davantage susceptibles d'exprimer la conviction juridique de l'État et s'avèrent souvent plus révélatrices de l'acceptation (ou non) comme étant le droit que de l'existence d'une pratique.

4) En ce qui concerne les formes de preuve de l'acceptation comme étant le droit (*opinio juris*), une déclaration publique faite au nom d'un État dont il ressort expressément qu'une pratique est autorisée, interdite ou prescrite par le droit international coutumier est le meilleur moyen de déterminer si l'État en question a rejeté ou, au contraire, adopté cette pratique (ou reconnu qu'elle a à juste titre été rejetée ou adoptée par d'autres) avec le sentiment de l'existence d'une obligation juridique ou d'un droit. De la même manière, l'effet de la pratique correspondant à une règle présumée peut être annulé par une déclaration contemporaine niant l'existence de la règle⁷³⁴. Que ce soit dans un sens ou dans l'autre, sont notamment considérés comme des déclarations publiques faites au nom d'un État les déclarations faites dans le cadre d'une instance multilatérale, les projets de loi présentés au parlement, les écritures ou plaidoiries présentées devant les tribunaux, les déclarations dénonçant le caractère illicite de la conduite d'un autre État et les réponses à des propositions de codification. Ces déclarations peuvent être individuelles ou conjointes.

5) Les autres formes de preuve énumérées au paragraphe 2 peuvent aussi permettre de déterminer la position juridique des États en ce qui concerne certaines pratiques. Les « publications officielles » sont les documents publiés au nom de l'État, y compris les manuels militaires et les cartes officielles, dans lesquels l'acceptation comme étant le droit

⁷³¹ Voir aussi le document [A/CN.4/710](#) : Moyens de rendre plus accessible la documentation relative au droit international coutumier : mémorandum du secrétariat (2018).

⁷³² Il y a aussi des différences entre les listes, lesquelles visent à donner les principaux exemples liés à chaque élément constitutif.

⁷³³ Voir *supra*, projet de conclusion 3, par. 2.

⁷³⁴ Parfois, la pratique elle-même s'accompagne du rejet explicite de toute obligation juridique, par exemple lorsque les États versent des indemnités *ex gratia* au titre de dommages causés aux biens de missions ou d'agents diplomatiques étrangers.

(*opinio juris*) peut être constatée. Les avis publiés de conseillers juridiques gouvernementaux peuvent aussi être indicatifs de la position juridique de l'État, sauf lorsque celui-ci a refusé d'y souscrire. La « correspondance diplomatique » désigne notamment les circulaires adressées aux missions diplomatiques, par exemple celles portant sur les privilèges et immunités. La législation nationale, bien qu'elle découle dans la plupart des cas d'un choix politique, peut démontrer l'acceptation d'une pratique comme étant le droit, en particulier lorsqu'il est précisé (par exemple à l'occasion de l'adoption de la législation) qu'elle a été prescrite par le droit international coutumier ou vise à donner effet à celui-ci. Il arrive également que les décisions de juridictions nationales portant sur des questions de droit international contiennent pareilles précisions.

6) Les instruments multilatéraux et les négociations diplomatiques sont des éléments accessibles et très utiles pour établir la conviction juridique des États au regard du contenu du droit international coutumier, d'où la référence aux « dispositions de traités » et à la « conduite en relation avec les résolutions adoptées par une organisation internationale ou lors d'une conférence intergouvernementale ». Leur utilité potentielle aux fins de la détermination des règles du droit international coutumier est examinée plus avant dans les projets de conclusions 11 et 12, ci-après.

7) Le paragraphe 2 s'applique *mutatis mutandis* à toutes les formes de preuve de l'acceptation comme étant le droit (*opinio juris*) des organisations internationales.

8) Le paragraphe 3 prévoit que, dans certaines conditions, le fait pour un État de ne pas réagir dans un délai raisonnable peut aussi, comme l'a dit la Cour internationale de Justice dans l'*Affaire des pêcheries*, « témoigner du fait que [les gouvernements] n[e] considèrent pas [une pratique adoptée par d'autres] comme étant contraire au droit international »⁷³⁵. Effectivement, le fait de tolérer une pratique peut être une preuve de l'acceptation comme étant le droit (*opinio juris*) s'il traduit l'adhésion à cette pratique. Toutefois, pour que l'absence d'objection ou de protestation expresses ait une valeur probante, deux conditions doivent être remplies dans les circonstances de chaque affaire, l'objectif étant de s'assurer que cette inaction ne procède pas de motifs sans rapport avec la légalité de la pratique en question⁷³⁶. Premièrement, il faut que les circonstances aient appelé une réaction à la pratique⁷³⁷, ce qui peut être le cas, par exemple, lorsque celle-ci a un effet – surtout s'il est défavorable – sur les intérêts ou les droits de l'État n'ayant pas réagi ou ayant refusé de réagir⁷³⁸. Deuxièmement, l'État doit avoir été « en mesure de réagir », c'est-à-dire qu'il doit

⁷³⁵ *Affaire des pêcheries* (voir *supra*, note 708), à la page 139. Voir aussi *Affaire du « Lotus »* (*supra*, note 687), à la page 29 (« [L]a Cour croit devoir souligner le fait qu'il n'apparaît pas que les États intéressés se soient opposés aux poursuites pénales relatives à des cas d'abordage devant les tribunaux d'un pays autre que celui du pavillon ou qu'ils aient avancé des protestations : leur conduite ne semble guère avoir été différente de celle qu'ils tiennent dans tous les cas de juridiction concurrente. Cette circonstance va directement à l'encontre de l'existence du consentement tacite des États en faveur de la compétence exclusive de l'État du pavillon, que l'agent du Gouvernement français a cru pouvoir déduire de la rareté des questions de compétence devant les tribunaux répressifs. Il ne semble guère probable, et il ne serait pas conforme à la pratique internationale, que le Gouvernement français dans le cas de l'*Ortigia-Oncle-Joseph* et le Gouvernement allemand dans celui de l'*Ekbatana-West-Hinder* eussent omis de protester contre l'exercice de la juridiction pénale de la part des tribunaux italiens et belges, si vraiment ils avaient pensé qu'il y avait là une violation du droit international ») ; et *Priebke, Erich s/ solicitud de extradición*, affaire n° 16.063/94, arrêt du 2 novembre 1995, Cour suprême de l'Argentine, opinion du Juge Gustavo A. Bossert, à la page 40, par. 90.

⁷³⁶ Voir aussi, plus généralement, *Plateau continental de la mer du Nord* (*supra*, note 671), à la page 27, par. 33.

⁷³⁷ Dans un contexte différent, la Cour internationale de Justice a fait observer que « [l']absence de réaction peut tout à fait valoir acquiescement [...] Autrement dit, un silence peut aussi être éloquent, mais seulement si le comportement de l'autre État appelle une réponse » (*Souveraineté sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks et South Ledge (Malaisie/Singapour)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2008, p. 12, aux pages 50 et 51, par. 121). Voir aussi *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes* (*supra*, note 683), aux pages 265 et 266, par. 141 (« De l'avis de la Cour, le fait que le Nicaragua n'ait pas nié l'existence d'un droit découlant de cette pratique, qui s'était poursuivie sans être entravée ni remise en question durant une très longue période, est particulièrement révélateur. »).

⁷³⁸ Il est fort possible qu'une pratique soit considérée comme ayant une incidence sur la totalité ou la quasi-totalité des États.

avoir eu connaissance de la pratique (ce qui est présumé être le cas lorsque celle-ci a bénéficié d'une large publicité, par exemple) et avoir disposé du temps et des moyens nécessaires pour réagir. Lorsque l'État n'a pas eu connaissance de la pratique, qu'on ne pouvait pas s'attendre à ce qu'il en ait connaissance, ou qu'il n'a pas eu suffisamment de temps pour réagir, son inaction ne saurait valoir acceptation du fait que cette pratique est prescrite (ou permise) par le droit international coutumier. Un État peut aussi donner d'autres raisons pour expliquer son inaction.

Cinquième partie

Portée de certains moyens de détermination du droit international coutumier

1) Pour déterminer l'existence et le contenu des règles du droit international coutumier, il peut être recouru à diverses sources autres que des preuves directes de l'acceptation d'une pratique comme étant le droit (*opinio juris*). On citera notamment les textes portant sur des questions juridiques, en particulier les traités, les résolutions des organisations internationales et des conférences intergouvernementales, la jurisprudence des tribunaux (nationaux et internationaux) et la doctrine, qui peuvent aider à collecter, synthétiser et interpréter les informations indicatives de la pratique pertinente aux fins de la détermination du droit international coutumier et contenir des formulations explicites permettant d'encadrer et d'orienter l'établissement de ses deux éléments constitutifs. La cinquième partie a pour but d'expliquer la valeur potentielle de ces sources et de souligner qu'il est éminemment important d'examiner soigneusement tant leur contenu que le contexte dans lequel elles ont été élaborées.

2) Les textes issus des travaux de la Commission du droit international méritent eux-mêmes une attention particulière aux fins de la question qui nous intéresse. Comme la Cour internationale de Justice et d'autres juridictions l'ont fait observer⁷³⁹, la détermination par la Commission de l'existence (ou de l'absence) et du contenu d'une règle du droit international coutumier peut avoir un poids considérable. Cela tient au fait que la Commission, en tant qu'organe subsidiaire de l'Assemblée générale des Nations Unies, est dotée d'un mandat unique de développement progressif du droit international et de codification⁷⁴⁰, ainsi qu'au caractère minutieux de ses procédures (qui supposent notamment la réalisation d'études approfondies de la pratique des États et de l'*opinio juris*) et à l'étroite relation qu'elle entretient avec l'Assemblée générale et les États (et au fait que les États lui transmettent des observations orales et écrites tout au long de ses travaux). Le poids à accorder aux déterminations de la Commission dépend toutefois de divers facteurs, dont les sources sur lesquelles se fonde la Commission, l'état d'avancement de ses travaux et, surtout, la réaction des États aux produits obtenus⁷⁴¹.

Conclusion 11

Traités

1. Une règle énoncée dans un traité peut refléter une règle de droit international coutumier s'il est établi que la règle conventionnelle :

⁷³⁹ Voir, par exemple, *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1997, p. 7, à la page 40, par. 51 ; *Responsabilités et obligations des États qui patronnent des personnes et des entités dans le cadre d'activités menées dans la Zone*, avis consultatif, 1^{er} février 2011, TIDM Recueil 2011, p. 10, à la page 56, par. 169 ; *Le Procureur c. Elizaphan Ntakirutimana et Gérard Ntakirutimana*, affaires n° ICTR-96-10-A et ICTR-96-17-A, arrêt (Chambre d'appel) du 13 décembre 2004, Tribunal pénal international pour le Rwanda, par. 518 ; *Dubai-Sharjah Border Arbitration (1981)*, *International Law Reports*, vol. 91, p. 543 à 701, à la page 575 ; et 2 BvR 1506/03, Cour constitutionnelle fédérale allemande, ordonnance de la deuxième Chambre, 5 novembre 2003, par. 47.

⁷⁴⁰ Voir le Statut de la Commission du droit international, adopté par l'Assemblée générale dans sa résolution 174 (II) en date du 21 novembre 1947.

⁷⁴¹ Une fois que l'Assemblée générale a pris des mesures à l'égard d'un projet final de la Commission, par exemple qu'elle l'a annexé à une résolution et l'a remis aux États, ce projet peut aussi relever du projet de conclusion 12, *infra*.

- a) A codifié une règle de droit international coutumier existante à la date de la conclusion du traité ;
- b) A abouti à la cristallisation d'une règle de droit international coutumier qui avait commencé à émerger avant la conclusion du traité ; ou
- c) A servi de point de départ à une pratique générale qui est acceptée comme étant le droit (*opinio juris*), engendrant ainsi une nouvelle règle de droit international coutumier.

2. Le fait qu'une règle soit énoncée dans plusieurs traités peut signifier, sans toutefois que cela soit nécessairement le cas, que la règle conventionnelle reflète une règle de droit international coutumier.

Commentaire

1) Le projet de conclusion 11 porte sur l'importance des traités aux fins de la détermination du droit international coutumier. Il ne traite pas de la question de la conduite des États au regard des traités en tant que formes de pratique, qui est traitée dans le projet de conclusion 6 ci-dessus, et ne concerne pas non plus directement le processus d'élaboration des traités et les projets de dispositions conventionnelles, qui peuvent contribuer à la formation d'une pratique étatique et constituer une preuve de l'acceptation comme étant le droit (*opinio juris*), ainsi qu'il est indiqué dans les projets de conclusions 6 et 10 ci-dessus.

2) Bien que les traités ne lient que les parties, ils « peuvent avoir un rôle important à jouer en enregistrant et définissant les règles dérivées de la coutume ou même en les développant »⁷⁴². Leurs dispositions (et les processus qui conduisent à leur adoption et à leur application) peuvent faire la lumière sur le contenu du droit international coutumier⁷⁴³. Les dispositions conventionnelles explicites peuvent s'avérer des preuves particulièrement claires de l'existence ou du contenu des règles du droit international coutumier lorsqu'elles sont déclaratoires de ces règles. Toutefois, l'expression « peut refléter » indique que les traités ne peuvent en eux-mêmes créer une règle du droit international coutumier, ni fournir une preuve concluante de son existence ou de son contenu.

3) Le nombre de parties à un traité peut être un facteur important lorsqu'il s'agit de déterminer si les règles particulières énoncées dans le traité reflètent le droit international coutumier, les traités acceptés par la quasi-totalité des États pouvant être particulièrement révélateurs à cet égard⁷⁴⁴. Cela étant, les traités qui ne sont pas encore entrés en vigueur ou

⁷⁴² *Plateau continental* (voir *supra*, note 672), aux pages 29 et 30, par. 27 (« Il est bien évident que la substance du droit international coutumier doit être recherchée en premier lieu dans la pratique effective et l'*opinio juris* des États, même si les conventions multilatérales peuvent avoir un rôle important à jouer en enregistrant et en définissant les règles dérivées de la coutume ou même en les développant. »). L'article 38 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, fait référence à la possibilité « qu'une règle énoncée dans un traité devienne obligatoire pour un État tiers en tant que règle coutumière de droit international reconnue comme telle ».

⁷⁴³ Voir *Immunités juridictionnelles de l'État* (*supra*, note 672), à la page 128, par. 66 ; « Moyens de rendre plus accessible la documentation relative au droit international coutumier », *Annuaire ... 1950*, vol. II (2^e partie), p. 368, par. 29 (« [i] n'est pas rare que, pour établir l'existence d'une règle de droit international coutumier, on s'appuie sur la formulation conventionnelle par certains États d'une pratique également suivie par d'autres États. Et même des conventions multilatérales qui ont été signées, mais qui n'ont pas été mises en vigueur, sont souvent considérées comme ayant une certaine valeur comme preuve du droit international coutumier »).

⁷⁴⁴ Voir, par exemple, Commission des réclamations Érythrée-Éthiopie, Sentence partielle, *Prisonniers de guerre – Réclamation de l'Éthiopie n° 4*, décision du 1^{er} juillet 2003, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXVI (numéro de vente : E/F.06.V.7), p. 73 à 114, aux pages 86 et 87, par. 31 (« Certainly, there are important, modern authorities for the proposition that the Geneva Conventions of 1949 have largely become expressions of customary international law, and both Parties to this case agree. The mere fact that they have obtained nearly universal acceptance supports this conclusion » [Assurément, d'importantes sources modernes soutiennent l'idée que les Conventions de Genève de 1949 sont dans une grande mesure devenues l'expression du droit international coutumier, ce dont les deux parties conviennent. Le simple fait qu'elles aient recueilli une adhésion presque universelle appuie cette conclusion]) (note omise) ; et *Prosecutor v. Sam Hinga Norman* (voir *supra*, note 675), aux paragraphes 17 à 20 (où il est notamment dit que le fait que la

n'ont pas encore recueilli une large adhésion peuvent également être significatifs dans certaines circonstances, surtout lorsqu'ils ont été adoptés sans opposition ou par une très grande majorité d'États⁷⁴⁵. En tout état de cause, l'attitude des États qui ne sont pas parties à un traité ratifié par un grand nombre d'États, tant au moment de sa conclusion qu'ultérieurement, est aussi importante.

4) Le paragraphe 1 décrit les trois situations dans lesquelles une règle énoncée dans un traité peut être considérée comme une expression du droit international coutumier, ces situations se distinguant l'une de l'autre par le moment auquel la règle du droit international coutumier s'est formée ou a commencé à se former. La formulation « règle énoncée dans un traité » vise à indiquer qu'une règle n'est pas nécessairement contenue dans une seule disposition conventionnelle mais peut être reflétée par deux ou trois dispositions lues conjointement⁷⁴⁶. Le membre de phrase « s'il est établi que » indique clairement qu'il ne suffit pas d'examiner le texte d'un traité pour déterminer si une règle conventionnelle reflète une règle du droit international coutumier ; dans chaque cas, l'existence de la règle doit être confirmée par la pratique (avec l'acceptation comme étant le droit). Il faut pouvoir démontrer que les États ne suivent pas une pratique (seulement) parce que le traité leur en fait obligation, mais parce qu'ils sont convaincus que la règle énoncée est, ou est devenue, une règle du droit international coutumier⁷⁴⁷.

5) L'alinéa a) concerne la situation dans laquelle il est établi qu'une règle énoncée dans un traité est déclaratoire d'une règle préexistante du droit international coutumier⁷⁴⁸. Pour faire pareil constat, il faut d'abord examiner le texte du traité, qui peut contenir des dispositions explicites⁷⁴⁹. Le fait que les réserves à une disposition conventionnelle soient expressément autorisées peut donner à penser que la disposition en question ne reflète pas le droit international coutumier, mais n'est pas nécessairement probant⁷⁵⁰. Il peut ne pas y avoir d'indications à ce sujet dans le traité et, le cas échéant, celles-ci peuvent concerner le

Convention relative aux droits de l'enfant ait recueilli une large adhésion, puisqu'elle est la plus largement acceptée de toutes les conventions internationales, fait de ses dispositions pertinentes une expression du droit international coutumier).

⁷⁴⁵ Voir, par exemple, *Plateau continental* (*supra*, note 672), à la page 30, par. 27 (« Il est [...] indéniable que, ayant été adoptée par l'écrasante majorité des États, la Convention de 1982 [sur le droit de la mer, qui n'était alors pas encore entrée en vigueur] revêt une importance majeure, de sorte que, même si les Parties ne l'invoquent pas, il incombe manifestement à la Cour d'examiner jusqu'à quel point l'une quelconque de ses dispositions pertinentes lie les Parties en tant que règle de droit international coutumier. »).

⁷⁴⁶ Il peut aussi arriver qu'une seule disposition ne reflète que partiellement le droit international coutumier.

⁷⁴⁷ Dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord*, ce raisonnement a conduit la Cour à ne pas tenir compte de plusieurs des exemples de pratique des États qui avaient été mis en avant comme reflétant une règle du droit international coutumier (*Plateau continental de la mer du Nord* (voir *supra*, note 671), à la page 43, par. 76).

⁷⁴⁸ Voir, par exemple, *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* (*supra*, note 663), aux pages 46 et 47, par. 87.

⁷⁴⁹ Dans la Convention de 1948 pour la prévention et la répression du crime de génocide (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 78, n° 1021, p. 277), par exemple, les Parties « confirment que le génocide, qu'il soit commis en temps de paix ou en temps de guerre, est un crime du droit des gens » (art. 1^{er}) (non souligné dans l'original) ; le préambule de la Convention sur la haute mer adoptée à Genève en 1958 contient un alinéa libellé comme suit : « Désireux de codifier les règles du droit international relatives à la haute mer » (*ibid.*, vol. 450, n° 6465, à la page 83). Un traité peut également préciser qu'il relève du développement progressif plutôt que de la codification du droit international ; dans l'*Affaire colombo-péruvienne relative au droit d'asile*, par exemple, la Cour internationale de Justice a jugé que le préambule de la Convention concernant les droits et les devoirs des États adoptée à Montevideo en 1933 (Société des Nations, *Recueil des Traités*, vol. CLXV, n° 3802, p. 19), où il est dit que la Convention modifie une convention antérieure (et le fait qu'un nombre limité d'États aient ratifié cette convention) infirmaient la thèse selon laquelle la Convention « n'a[vait] fait que codifier des principes déjà reconnus par la coutume » (*Affaire colombo-péruvienne relative au droit d'asile* (voir *supra*, note 674), à la page 277).

⁷⁵⁰ Voir aussi Guide de la pratique sur les réserves aux traités, lignes directrices 3.1.5.3 (Réserves portant sur une disposition reflétant une règle coutumière) et 4.4.2 (Absence d'effet sur les droits et obligations découlant d'une règle de droit international coutumier), *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-sixième session, Supplément n° 10 (A/66/10 et Add.1)*.

traité dans son ensemble plutôt qu'une règle en particulier⁷⁵¹ ; dans ce cas, on peut recourir aux travaux préparatoires⁷⁵², y compris à toutes déclarations faites par les États pendant le processus de rédaction susceptibles de traduire une intention de codifier une règle du droit international coutumier existante. S'il est établi que les États ayant participé à la négociation considéraient effectivement la règle en question comme une règle du droit international coutumier, preuve est faite de l'acceptation de celle-ci comme étant le droit (*opinio juris*), et cette preuve a d'autant plus de poids que les États ayant participé à la négociation sont nombreux. Cela n'empêche pas, toutefois, qu'il faille se pencher sur la question de savoir si l'existence d'une règle du droit international coutumier (par opposition à une disposition conventionnelle) est étayée par une pratique suffisamment vaste, représentative et constante ; cela parce que le fait que les parties soutiennent que le traité est déclaratoire du droit existant ne constitue qu'un seul élément de preuve, et parce que la règle du droit international coutumier sous-tendant telles ou telles dispositions conventionnelles peut avoir changé ou être devenue caduque depuis la conclusion du traité. En d'autres termes, la pratique doit venir confirmer ou accompagner l'*opinio juris*.

6) L'alinéa b) porte sur les cas dans lesquels il est établi qu'une pratique générale acceptée comme étant le droit (assortie de l'*opinio juris*) a été cristallisée par une règle conventionnelle établie sur la base d'une pratique limitée des États. En d'autres termes, la règle conventionnelle a renforcé et précisé une règle du droit international coutumier qui avait seulement commencé à émerger au moment de l'élaboration du traité et qui, par la suite, en est devenue l'expression⁷⁵³. Pour pouvoir faire un tel constat, il faut là encore déterminer si la règle telle qu'elle est formulée dans le traité a ou non été acceptée comme étant le droit et est étayée par une pratique générale⁷⁵⁴.

⁷⁵¹ La Convention de 1930 concernant certaines questions relatives aux conflits de lois sur la nationalité (Société des Nations, *Recueil des Traités*, vol. CLXXIX, n° 4137, p. 89) dispose que « [l']insertion de ces principes et règles ne préjuge en rien la question de savoir si lesdits principes et règles font ou non partie actuellement du droit international » (art. 18). Il est parfois fait référence, de manière générale, à la fois à la codification et au développement : dans le préambule de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, par exemple, les États parties se disent convaincus que « la codification et le développement progressif du droit des traités [sont] réalisés dans la [...] Convention » ; dans le préambule de la Convention des Nations Unies de 2004 sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens (résolution 59/38 de l'Assemblée générale, en date du 2 décembre 2004), les États parties disent considérer « que les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens procèdent d'un principe généralement accepté du droit international coutumier » et expriment leur conviction que la Convention « contribuera à la codification et au développement du droit international et à l'harmonisation des pratiques dans ce domaine ». Voir aussi *Benkharbouche v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs* et *Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs and Libya v. Janah*, Cour suprême du Royaume-Uni, [2017] UKSC 62 (18 octobre 2017), par. 32.

⁷⁵² Lorsqu'elle s'est penchée, dans le cadre des affaires du *Plateau continental de la mer du Nord*, sur la question de savoir si l'article 6 de la Convention de 1958 sur le plateau continental (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 499, n° 7302, p. 311) reflétait le droit international coutumier lorsque la Convention a été élaborée, la Cour internationale de Justice a dit que : « [l]a valeur de la règle dans la Convention doit donc surtout être jugée par rapport aux conditions dans lesquelles la Commission [du droit international] a été amenée à la proposer et qui ont déjà été examinées au sujet de la thèse du Danemark et des Pays-Bas sur le caractère nécessaire et a priori de l'équidistance [dans la délimitation maritime]. La Cour considère que cet examen suffit, aux fins du présent raisonnement, à montrer que le principe de l'équidistance, tel qu'il est actuellement énoncé à l'article 6 de la Convention, a été proposé par la Commission avec beaucoup d'hésitation, à titre plutôt expérimental et tout au plus de *lege ferenda*, donc certainement pas de *lege lata* ni même à titre de règle de droit international coutumier en voie de formation. Tel n'est manifestement pas le genre de fondement que l'on pourrait invoquer pour prétendre que l'article 6 de la Convention a consacré ou cristallisé la règle de l'équidistance. » (*Plateau continental de la mer du Nord* (voir *supra*, note 671) à la page 38, par. 62). Voir aussi *Immunités juridictionnelles de l'État* (*supra*, note 672), aux pages 138 et 139, par. 89.

⁷⁵³ Même lorsqu'une disposition conventionnelle n'a pas fait l'objet d'un consensus, il se peut que l'évolution du droit international coutumier se soit poursuivie « par la pratique des États dans la ligne des débats de la conférence [où le traité avait été négocié] et des accords auxquels on avait presque abouti », *Compétence en matière de pêcheries (République fédérale d'Allemagne c. Islande)*, fond, arrêt, C.I.J. *Recueil* 1974, p. 175, aux pages 191 et 192, par. 44.

⁷⁵⁴ Voir, par exemple, *Plateau continental* (*supra*, note 672), à la page 33, par. 34 (« Il est incontestable selon la Cour qu[e] la pratique des États démontre que l'institution de la zone économique exclusive,

7) L'alinéa c) concerne la situation dans laquelle il est établi qu'une règle énoncée dans un traité a engendré une nouvelle règle du droit international coutumier⁷⁵⁵. On ne considère pas facilement ce résultat comme atteint. Comme la Cour internationale de Justice l'a expliqué dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord*, pour établir qu'une règle énoncée dans un traité a engendré la formation d'une règle du droit international coutumier :

« [i]l faut d'abord que la disposition en cause ait, en tout cas virtuellement, un caractère fondamentalement normatif et puisse ainsi constituer la base d'une règle générale de droit. [I]l demeure indispensable que dans ce laps de temps, aussi bref qu'il ait été, la pratique des États, y compris ceux qui sont particulièrement intéressés, ait été fréquente et pratiquement uniforme dans le sens de la disposition invoquée et se soit manifestée de manière à établir une reconnaissance générale du fait qu'une règle de droit ou une obligation juridique est en jeu »⁷⁵⁶.

En d'autres termes, une pratique générale acceptée comme étant le droit (*opinio juris*) « dans le sens de la disposition invoquée » doit exister. Le fait que les parties au traité adoptent un comportement concordant les unes envers les autres pouvant être attribué à l'obligation mise à leur charge par le traité plutôt qu'à l'acceptation de la règle conventionnelle en question comme une règle contraignante du droit international coutumier, la pratique de ces parties à l'égard des États non parties au traité et celle des États non parties à l'égard des États parties ou entre eux auront une valeur particulière.

8) Le paragraphe 2 vise à souligner que ce n'est pas parce qu'une disposition figure dans un certain nombre de traités, bilatéraux ou autres, faisant ainsi naître des droits et obligations semblables pour un éventail d'États potentiellement large, qu'elle reflète nécessairement le droit international coutumier. Si la répétition d'une disposition peut effectivement attester l'existence d'une règle du droit international coutumier (ou engendrer pareille règle), elle peut « tout aussi bien se comprendre dans le sens contraire », en ce que les États concluent des traités soit pour combler l'absence de règle, soit pour déroger à une règle existante mais différente du droit international coutumier⁷⁵⁷. Là encore, il y a lieu de se pencher sur la question de savoir s'il existe des exemples de pratiques acceptées comme étant le droit (*opinio juris*) qui viennent étayer la règle écrite.

où il est de règle que le titre soit déterminé par la distance, s'est intégrée au droit coutumier. ») (non souligné dans l'original).

⁷⁵⁵ Comme l'a dit la Cour internationale de Justice, « cette situation est du domaine des possibilités et elle se présente de temps à autre. C'est même l'une des méthodes reconnues par lesquelles des règles nouvelles de droit international coutumier peuvent se former » (*Plateau continental de la mer du Nord* (voir *supra*, note 671), à la page 41, par. 71). Le règlement figurant à l'annexe de la Convention IV de La Haye de 1907 concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre est un exemple fréquemment cité : bien que, d'après les participants, ce règlement ait été établi dans le but de « réviser les lois et coutumes générales de la guerre » de l'époque (et non, par conséquent, de codifier le droit international coutumier existant), il a par la suite été considéré comme l'expression du droit international coutumier (voir *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, avis consultatif, C.I.J. Recueil 2004*, p. 136, à la page 172, par. 89).

⁷⁵⁶ *Plateau continental de la mer du Nord* (voir *supra*, note 671), aux pages 41 à 43, par. 72 et 74 (où la Cour souligne, au paragraphe 71, qu'« on ne considère pas facilement ce résultat comme atteint »). Voir aussi *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (supra, note 663)*, à la page 98, par. 184 (« Lorsque deux États conviennent d'incorporer dans un traité une règle particulière, leur accord suffit pour qu'elle fasse loi entre eux ; mais dans le domaine du droit international coutumier, il ne suffit pas que les parties soient du même avis sur le contenu de ce qu'elles considèrent comme une règle. La Cour doit s'assurer que l'existence de la règle dans l'*opinio juris* des États est confirmée par la pratique. »).

⁷⁵⁷ Voir *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2007*, p. 582, à la page 615, par. 90 (« Le fait, dont se prévaut la Guinée, que différents accords internationaux tels les accords sur la promotion et la protection des investissements étrangers et la Convention de Washington aient institué des régimes juridiques spécifiques en matière de protection des investissements, ou encore qu'il soit courant d'inclure des dispositions à cet effet dans les contrats conclus directement entre États et investisseurs étrangers, ne suffit pas à démontrer que les règles coutumières de protection diplomatique auraient changé ; il pourrait tout aussi bien se comprendre dans le sens contraire. »).

Conclusion 12
Résolutions d'organisations internationales et de conférences
intergouvernementales

1. Une résolution adoptée par une organisation internationale ou lors d'une conférence intergouvernementale ne peut pas, en elle-même, créer une règle de droit international coutumier.
2. Une résolution adoptée par une organisation internationale ou lors d'une conférence intergouvernementale peut fournir un élément de preuve pour déterminer l'existence et le contenu d'une règle de droit international coutumier ou contribuer à son développement.
3. Une disposition d'une résolution adoptée par une organisation internationale ou lors d'une conférence intergouvernementale peut refléter une règle de droit international coutumier s'il est établi que cette disposition correspond à une pratique générale qui est acceptée comme étant le droit (*opinio juris*).

Commentaire

- 1) Le projet de conclusion 12 concerne le rôle que les résolutions adoptées par les organisations internationales ou lors des conférences intergouvernementales peuvent jouer dans la détermination des règles du droit international coutumier. Il dispose que, si ces résolutions ne peuvent en elles-mêmes ni constituer des règles du droit international coutumier ni être une preuve concluante de l'existence ou du contenu de telles règles, elles peuvent avoir valeur de preuve d'une règle de droit existante ou en train de se faire jour et peuvent contribuer au développement d'une règle du droit international coutumier⁷⁵⁸.
- 2) Comme dans le projet de conclusion 6, le mot « résolution » s'entend des résolutions, décisions et autres actes adoptés par les organisations internationales ou lors d'une conférence intergouvernementale, quel que soit le terme employé pour les désigner⁷⁵⁹ et qu'ils soient ou non juridiquement contraignants. Une attention particulière devrait être accordée dans le présent contexte aux résolutions de l'Assemblée générale, organe plénier de l'Organisation des Nations Unies à composition quasi universelle qui peut offrir des preuves importantes de l'opinion collective de ses Membres. Les résolutions adoptées par des organes (ou lors de conférences) à participation plus limitée peuvent également être pertinentes, mais leur poids est probablement moindre s'agissant de déterminer l'existence d'une règle du droit international coutumier.
- 3) Bien que les résolutions des organes des organisations internationales (à la différence des résolutions des conférences intergouvernementales) émanent, à proprement parler, non pas des États membres, mais de l'organisation, ce qui importe dans le cadre du présent projet de conclusion est qu'elles peuvent être l'expression collective des vues de ces États. Lorsqu'elles portent (explicitement ou implicitement) sur des questions juridiques, les résolutions peuvent donner une idée de la position des États membres sur ces questions. Une grande partie de ce qui a été dit des traités au regard du projet de conclusion 11 ci-dessus vaut pour les résolutions ; mais, à la différence des traités, celles-ci ne sont normalement pas juridiquement contraignantes et retiennent généralement moins l'attention de la communauté des juristes que les traités. Comme les traités, les résolutions ne sauraient dispenser de vérifier s'il existe en fait une pratique générale qui est acceptée comme étant le droit (assortie de l'*opinio juris*).
- 4) Le paragraphe 1 indique clairement que les résolutions adoptées par des organisations internationales ou lors de conférences intergouvernementales ne peuvent en elles-mêmes constituer des règles du droit international coutumier. En d'autres termes, la seule adoption d'une résolution (ou de résolutions successives) prétendant énoncer une

⁷⁵⁸ Voir *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* (*supra*, note 675), aux pages 254 et 255, par. 70 ; *SEDCO Incorporated v. National Iranian Oil Company and Iran*, deuxième sentence interlocutoire, sentence n° ITL 59-129-3 du 27 mars 1986, *International Law Reports*, vol. 84, p. 483 à 592, à la page 526.

⁷⁵⁹ De très nombreux termes sont utilisés pour les désigner, par exemple « déclaration » ou « déclaration de principes ».

règle du droit international coutumier ne crée pas une telle règle : il doit être établi que la règle ainsi énoncée correspond en fait à une pratique générale qui est acceptée comme étant le droit (assortie de l'*opinio juris*). Aucune « coutume instantanée » ne naît des résolutions elles-mêmes⁷⁶⁰.

5) Le paragraphe 2 dispose, premièrement, que les résolutions peuvent néanmoins aider à déterminer les règles du droit international coutumier en fournissant une preuve de leur existence ou de leur contenu. Le mot « peuvent » tend à indiquer que toutes les résolutions ne jouent pas ce rôle. Comme l'a relevé la Cour internationale de Justice, les résolutions, « même si elles n'ont pas force obligatoire ... peuvent, dans certaines circonstances, fournir des éléments de preuve importants pour établir l'existence d'une règle ou l'émergence d'une *opinio juris* »⁷⁶¹. Il en est ainsi en particulier lorsqu'une résolution se veut déclaratoire d'une règle du droit international coutumier existante, auquel cas elle peut constituer une preuve de l'acceptation de cette règle comme étant le droit par les États l'ayant appuyée. En d'autres termes, « [l]'effet d'un consentement au texte de telles résolutions peut [...] s'interpréter comme une adhésion à la valeur de la règle ou de la série de règles déclarée par la résolution »⁷⁶². À l'inverse, les votes contre, les abstentions ou les dissociations d'un consensus, ainsi que les déclarations générales et les explications de positions, peuvent attester qu'il n'y a pas d'acceptation comme étant le droit.

6) Comme la position des États sur telle ou telle résolution (ou règle particulière énoncée dans une résolution), exprimée par leur vote ou autrement, est souvent motivée par des considérations politiques ou d'autres considérations non juridiques, déterminer s'il y a acceptation comme étant le droit (*opinio juris*) à partir de ces résolutions doit s'effectuer « avec la prudence nécessaire »⁷⁶³. C'est ce qu'indique le mot « peut ». Dans chaque cas, il convient d'évaluer avec soin les divers facteurs pour s'assurer que les États concernés entendaient effectivement reconnaître l'existence d'une règle du droit international coutumier. Comme la Cour internationale de Justice l'a indiqué dans *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, « il faut [...] examiner le contenu ainsi que les conditions d'adoption [de la résolution] ; il faut en outre vérifier s'il existe une *opinio juris* quant à son caractère normatif. Par ailleurs des résolutions successives peuvent illustrer l'évolution progressive de l'*opinio juris* nécessaire à l'établissement d'une règle nouvelle. »⁷⁶⁴. Le libellé précis de la résolution est le point de départ de l'évaluation de l'importance juridique de celle-ci ; la référence au droit international et la présence (ou l'absence) de termes particuliers dans ce texte, préambule compris, peuvent être significatives⁷⁶⁵. Sont également pertinents les débats et négociations ayant précédé l'adoption de la résolution et en particulier les explications de vote et autres déclarations faites immédiatement avant ou après l'adoption⁷⁶⁶. L'appui dont bénéficie la résolution (dont l'importance de la majorité, les votes contre ou les abstentions donnent la mesure) est critique. Des divergences d'opinion sur certaines dispositions d'une résolution peuvent indiquer qu'il n'y a pas d'acceptation comme étant le droit (*opinio juris*), au moins concernant ces dispositions, et les résolutions qui donnent lieu à des votes contre ou à des

⁷⁶⁰ Voir aussi, *supra*, commentaire du projet de conclusion 8, par. 9.

⁷⁶¹ *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* (voir *supra*, note 675), aux pages 254 et 255, par. 70 (visant les résolutions de l'Assemblée générale).

⁷⁶² *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (voir *supra*, note 663), à la page 100, par. 188. Voir également *The Government of the State of Kuwait v. The American Independent Oil Company (AMINOIL)*, sentence finale (24 mars 1982), *International Law Reports*, vol. 66, p. 518 à 627, aux pages 601 et 602, par. 143.

⁷⁶³ *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (voir *supra*, note 663), à la page 99, par. 188.

⁷⁶⁴ *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* (voir *supra*, note 675), à la page 255, par. 70.

⁷⁶⁵ Dans sa résolution 96 (I) du 11 décembre 1946, par exemple, l'Assemblée générale a « [a]ffirm[é] que le génocide [était] un crime du droit des gens », formule qui donne à penser que le paragraphe était censé être déclaratoire du droit international coutumier.

⁷⁶⁶ À l'Assemblée générale, les explications de vote sont souvent données lors de l'adoption par une grande commission, auquel cas elles ne sont généralement pas répétées en séance plénière.

abstentions ne sont généralement pas considérées comme reflétant le droit international coutumier⁷⁶⁷.

7) Le paragraphe 2 indique en outre que les résolutions adoptées par des organisations internationales ou lors de conférences intergouvernementales, même si elles sont dénuées de force juridique propre, peuvent parfois jouer un rôle important dans le développement du droit international coutumier. Tel peut être le cas lorsque, à l'instar d'un traité, une résolution (ou une série de résolutions) inspire ou promeut l'apparition d'une pratique générale acceptée comme étant le droit (assortie de l'*opinio juris*) conforme à ses termes ou lorsqu'elle cristallise une règle en train de se faire jour.

8) Le paragraphe 3 indique clairement que les dispositions des résolutions adoptées par des organisations internationales et lors de conférences intergouvernementales ne peuvent en elles-mêmes constituer une preuve concluante de l'existence ou du contenu de règles du droit international coutumier. Ceci découle de l'indication selon laquelle, pour que l'existence d'une règle soit démontrée, l'*opinio juris* des États, telle qu'elle peut être attestée par une résolution, doit être confirmée par la pratique ; d'autres éléments de preuve sont ainsi nécessaires, en particulier pour démontrer que la règle alléguée est en fait observée dans la pratique des États⁷⁶⁸. Une disposition d'une résolution ne peut prouver l'existence d'une règle du droit international coutumier en l'absence d'une pratique ou si la pratique est divergente ou incohérente.

Conclusion 13

Décisions de juridictions

1. Les décisions de juridictions internationales, en particulier celles de la Cour internationale de Justice, relatives à l'existence et au contenu de règles de droit international coutumier constituent un moyen auxiliaire de détermination desdites règles.

2. Une attention peut être portée, le cas échéant, aux décisions des juridictions nationales relatives à l'existence et au contenu de règles de droit international coutumier, à titre de moyen auxiliaire de détermination de telles règles.

Commentaire

1) Le projet de conclusion 13 porte sur le rôle des décisions des juridictions nationales et des juridictions internationales aux fins de la détermination des règles de droit international coutumier. Il convient de rappeler que les décisions des juridictions nationales peuvent avoir une double fonction à cet égard. D'une part, elles peuvent valoir pratique ainsi que preuve de l'acceptation comme étant le droit (*opinio juris*) de la part de l'État du for, ainsi qu'il ressort des projets de conclusions 6 et 10 ci-dessus. D'autre part, lorsqu'elles sont elles-mêmes relatives à l'existence et au contenu de règles de droit international coutumier, elles peuvent constituer un moyen auxiliaire de détermination de ces règles, comme il est indiqué dans le projet de conclusion 13.

2) Le texte du projet de conclusion 13 est largement inspiré du libellé du paragraphe 1 d) de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, selon lequel, si les décisions de la Cour ne sont obligatoires que pour les parties en litige, les décisions de justice constituent des moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international,

⁷⁶⁷ Voir, par exemple, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* (*supra*, note 675), à la page 255, par. 71 (« Plusieurs résolutions dont il est question en l'espèce ont cependant été adoptées avec un nombre non négligeable de voix contre et d'abstentions. Ainsi, bien que lesdites résolutions constituent la manifestation claire d'une inquiétude profonde à l'égard du problème des armes nucléaires, elles n'établissent pas encore l'existence d'une *opinio juris* quant à l'illicéité de l'emploi de ces armes. »).

⁷⁶⁸ Voir, par exemple, *KAING Guek Eav alias Duch*, dossier n° 001/18-07-2007-ECCC/SC, arrêt, Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens, Chambre de la Cour suprême (3 février 2012), par. 194 (« Étant donné que la Déclaration relative à la torture de 1975 est une résolution non contraignante de l'Assemblée générale des Nations Unies, il faut disposer d'éléments supplémentaires pour conclure que la définition de la torture qui s'y trouve reflétait le droit international coutumier au moment des faits. »).

y compris le droit international coutumier. L'emploi de l'expression « moyens auxiliaires » vise à indiquer que les décisions de justice jouent un rôle secondaire dans la détermination du droit et ne sont pas elles-mêmes une source de droit international (contrairement aux traités, au droit international coutumier et aux principes généraux du droit). L'emploi de cette expression n'indique pas et ne vise pas à indiquer que ces décisions ne sont pas importantes aux fins de la détermination du droit international coutumier.

3) Les décisions portant sur des questions de droit international, en particulier les décisions relatives à l'existence de règles de droit international coutumier et dans lesquelles pareilles règles sont déterminées et appliquées, peuvent être très utiles lorsqu'il s'agit d'établir l'existence ou l'absence de règles de droit international coutumier. Toutefois, leur valeur varie considérablement en fonction tant de la qualité du raisonnement juridique suivi (et notamment, au premier chef, de la mesure dans laquelle ce raisonnement résulte d'un examen approfondi des éléments tendant à prouver qu'une pratique générale supposée est acceptée comme étant le droit) que de la manière dont la décision est prise en compte, en particulier par les États et dans la jurisprudence postérieure. Selon les circonstances, peuvent aussi entrer en ligne de compte, entre autres éléments, la nature de la juridiction concernée, l'ampleur de la majorité avec laquelle la décision a été adoptée et les règles et procédures appliquées par la juridiction. On retiendra en outre que les décisions relatives au droit international coutumier ne gravent pas celui-ci dans le marbre ; les règles du droit international coutumier peuvent avoir évolué depuis la date à laquelle telle ou telle décision a été rendue.

4) Le paragraphe 1 fait mention des « juridictions internationales », cette expression désignant tout organe international doté de compétences judiciaires qui est appelé à examiner des règles de droit international coutumier. Il fait expressément référence à la Cour internationale de Justice, principal organe judiciaire de l'Organisation des Nations Unies, dont le Statut fait partie intégrante de la Charte des Nations Unies et dont les membres sont nommés par l'Assemblée générale et le Conseil de sécurité, eu égard à l'importance de sa jurisprudence et à la position particulière qu'elle occupe du fait qu'elle est le seul tribunal international de droit commun permanent⁷⁶⁹. Outre la Cour internationale de Justice et son prédécesseur, la Cour permanente de justice internationale, l'expression « juridictions internationales » désigne notamment, mais non exclusivement, les tribunaux régionaux et spécialisés tels que le Tribunal international du droit de la mer, la Cour pénale internationale et les autres tribunaux pénaux internationaux, les tribunaux régionaux des droits de l'homme et l'Organe de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce, ainsi que les tribunaux arbitraux interétatiques et les autres tribunaux arbitraux appliquant le droit international. Les compétences dont disposent les juridictions internationales et le vaste éventail d'éléments de preuve auquel elles ont accès peuvent donner un poids considérable à leurs décisions, sous réserve des considérations mentionnées dans le paragraphe précédent.

5) Aux fins du présent projet de conclusion, le terme « décisions » s'entend des jugements et des avis consultatifs, ainsi que des ordonnances portant sur des questions de procédure et des décisions interlocutoires. Si les opinions individuelles et dissidentes peuvent faire la lumière sur telle ou telle décision et aborder des questions qui ne sont pas couvertes par celle-ci, elles doivent néanmoins être traitées avec circonspection car elles ne reflètent que le point de vue de leur auteur et il se peut qu'y soient exposés des arguments auxquels la juridiction concernée n'adhère pas.

⁷⁶⁹ Bien qu'il n'y ait pas de hiérarchie des juridictions internationales, les décisions de la Cour internationale de Justice sont souvent considérées comme faisant autorité par les autres tribunaux. Voir, par exemple, *Affaire Jones et autres c. Royaume-Uni*, requêtes n^{os} 34356/06 et 40528/06, Cour européenne des droits de l'homme, CEDH 2014, par. 198 ; *Navire « SAIGA » (n^o 2) (Saint-Vincent-et-les Grenadines c. Guinée)*, arrêt, *TIDM Recueil 1999*, p. 10, aux paragraphes 133 et 134 ; et *Japon – Taxes sur les boissons alcooliques*, Rapport de l'Organe d'appel de l'OMC, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R et WT/DS11/AB/R, adopté le 1^{er} novembre 1996, sect. D.

6) Le paragraphe 2 concerne les décisions de juridictions nationales (également appelées « tribunaux internes » ou « tribunaux municipaux »)⁷⁷⁰. La distinction entre les juridictions internationales et les juridictions nationales n'est pas toujours évidente ; dans le présent projet de conclusions, l'expression « juridictions nationales » englobe les juridictions composées de magistrats internationaux qui appliquent le droit d'un ou plusieurs pays, tels les tribunaux « hybrides », de composition et de compétence à la fois nationales et internationales.

7) Il convient de faire preuve d'une certaine prudence lorsqu'on envisage de considérer les décisions de juridictions nationales comme des moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international coutumier⁷⁷¹. En conséquence, les deux paragraphes du projet de conclusion sont formulés différemment, le paragraphe 2 contenant le membre de phrase « [u]ne attention peut être portée, le cas échéant ». Les juridictions nationales appliquent un droit particulier qui peut tenir compte des règles du droit international dans une certaine mesure et à certains égards seulement. Les décisions de ces juridictions peuvent refléter la perspective d'un pays. Contrairement à la plupart des juridictions internationales, les juridictions nationales peuvent parfois manquer de compétences en droit international et peuvent se prononcer sans avoir entendu les arguments des États⁷⁷².

Conclusion 14 **Doctrine**

La doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations peut servir de moyen auxiliaire de détermination des règles de droit international coutumier.

Commentaire

1) Le projet de conclusion 14 porte sur le rôle de la doctrine dans la détermination des règles de droit international coutumier. Calqué sur le libellé de l'Article 38, paragraphe 1) d), du Statut de la Cour internationale de Justice, ce projet de conclusion indique que ces travaux peuvent être utilisés comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit international coutumier, c'est-à-dire pour rechercher s'il existe une pratique générale acceptée comme étant le droit (assortie de l'*opinio juris*). Le mot « doctrine » doit s'entendre au sens large ; il englobe la doctrine se présentant sous une forme non écrite, par exemple les conférences et les matériels audiovisuels.

2) Comme les décisions des juridictions, qui font l'objet du projet de conclusion 13 ci-dessus, la doctrine ne constitue pas en tant que telle une source du droit international, mais elle peut donner des indications aux fins de la détermination de l'existence et du contenu des règles de ce droit. Cette fonction auxiliaire s'explique par l'intérêt que peut présenter la doctrine en tant qu'elle collecte des informations sur la pratique des États et qu'elle en fait l'analyse, qu'elle relève les divergences dans cette pratique et l'absence ou la formation éventuelles de règles et qu'elle évalue le droit.

3) Il faut être prudent lorsqu'on s'appuie sur la doctrine, car l'intérêt qu'elle présente pour la détermination de l'existence d'une règle du droit international coutumier est variable ; c'est ce qu'indiquent les mots « peut servir ». Premièrement, les auteurs visent parfois non seulement à rendre compte de l'état du droit à un moment donné (*lex lata*), mais à en promouvoir le développement (*lex ferenda*). Ce faisant, ils ne marquent pas toujours (ou ne marquent pas clairement) la distinction entre le droit tel qu'il est et le droit tel qu'ils voudraient qu'il soit. Deuxièmement, la doctrine peut refléter les points de vue nationaux ou autres points de vue individuels des auteurs. Troisièmement, la qualité de la doctrine

⁷⁷⁰ À propos des décisions de juridictions nationales en tant que moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international coutumier, voir, par exemple, *Mohammed and others v. Ministry of Defence*, Cour suprême du Royaume-Uni, [2017] UKSC 2 (17 janvier 2017), par. 149 à 151 (Lord Mance).

⁷⁷¹ Voir aussi *Minister of Justice and Constitutional Development v. Southern African Litigation Centre*, Cour suprême d'appel de l'Afrique du Sud (2016) 3 SA 317 (SCA) (15 mars 2016), par. 74.

⁷⁷² Voir aussi « Moyens de rendre plus accessible la documentation relative au droit international coutumier », *Annuaire ... 1950*, vol. II (2^e partie), p. 370, par. 53.

peut varier considérablement. Évaluer l'autorité de tel ou tel travail est donc essentiel ; dans l'affaire du *Paquete Habana*, la Cour suprême des États-Unis a visé :

« les travaux des juristes et commentateurs qui, grâce à des années de travail, de recherche et d'expérience, ont acquis une connaissance approfondie des sujets dont ils traitent. Les tribunaux judiciaires consultent ces travaux non pour les considérations de leurs auteurs sur ce que devrait être le droit, mais pour les preuves fiables qu'ils contiennent de ce qu'il est réellement. »⁷⁷³.

4) Le mot « publicistes », qui est tiré du Statut de la Cour internationale de Justice, vise toutes les personnes dont les travaux peuvent contribuer à éclaircir des points de droit international. Naturellement, la plupart de ces auteurs seront des spécialistes du droit international public, mais d'autres ne sont pas à exclure. La référence aux publicistes « les plus qualifiés » souligne qu'une attention doit être accordée aux écrits des auteurs éminents dans le domaine concerné. Cela étant, c'est la qualité des travaux et non la réputation de leur auteur qui importe en dernière analyse ; comptent parmi les facteurs à prendre en considération à cet égard l'approche retenue par l'auteur pour déterminer le droit international coutumier et la mesure dans laquelle son texte y est fidèle. La référence aux publicistes « des différentes nations » vise à souligner qu'il importe de tenir compte autant que possible de la doctrine représentative des principaux systèmes juridiques et des principales régions du monde dans les différentes langues de travail lorsqu'il s'agit d'identifier le droit international coutumier.

5) Les textes issus des travaux des organes internationaux œuvrant à la codification et au développement du droit international peuvent être une ressource utile à cet égard⁷⁷⁴. Figurent notamment parmi ces organes collectifs l'Institut de Droit international et l'Association de droit international ainsi que des organes internationaux d'experts spécialisés dans certains domaines et issus de différentes régions. La valeur de chaque texte doit être soigneusement évaluée compte tenu du mandat et des compétences de l'organe concerné, de la mesure dans laquelle le texte vise à établir le droit existant, du soin et de l'objectivité dont l'organe fait preuve dans le cadre de ses travaux sur telle ou telle question, et du soutien dont bénéficie le texte en question au sein de l'organe ainsi que de l'accueil qui lui a été réservé par les États et d'autres entités.

Sixième partie

Objecteur persistant

La sixième partie comprend un seul projet de conclusion, relatif à la règle de l'objecteur persistant.

Conclusion 15

Objecteur persistant

1. Lorsqu'un État a objecté à une règle de droit international coutumier lorsqu'elle était en voie de formation, cette règle n'est pas opposable audit État aussi longtemps qu'il maintient son objection.
2. L'objection doit être exprimée clairement, être communiquée aux autres États et être maintenue de manière persistante.
3. Le présent projet de conclusion est sans préjudice de toute question concernant les normes impératives du droit international général (*jus cogens*).

Commentaire

1) Les règles du droit international coutumier, « par nature doivent s'appliquer dans des conditions égales à tous les membres de la communauté internationale et ne peuvent donc être subordonnées à un droit d'exclusion exercé unilatéralement et à volonté par l'un

⁷⁷³ *The Paquete Habana and The Lola*, Cour suprême des États-Unis 175 US 677 (1900), à la page 700. Voir également l'*Affaire du « Lotus »* (*supra*, note 687), aux pages 26 et 31.

⁷⁷⁴ L'attention particulière à accorder aux textes issus des travaux de la Commission du droit international est décrite au paragraphe 2) du commentaire général de la présente partie (5^e partie).

quelconque des membres de la communauté à son avantage »⁷⁷⁵. Toutefois, lorsqu'un État s'est systématiquement opposé à une règle du droit international coutumier en voie de formation et qui continue de s'y opposer après sa cristallisation, cette règle ne lui est pas opposable. C'est ce que l'on appelle souvent la « règle » ou la « doctrine » de l'objecteur persistant et il n'est pas rare que cette question se pose dans le cadre de la détermination des règles du droit coutumier international. L'invocation de la règle de l'objecteur persistant est soumise à des conditions rigoureuses, comme l'indique le projet de conclusion.

2) La règle de l'objecteur persistant ne vise pas les cas où l'objection d'un nombre important d'États à l'émergence d'une nouvelle règle du droit international coutumier empêche purement et simplement la cristallisation de la règle en question (du fait qu'il n'y a pas de pratique générale acceptée comme étant le droit)⁷⁷⁶.

3) Un État qui s'oppose à une règle du droit international coutumier en voie de formation en faisant valoir des arguments contre elle ou en appliquant une pratique s'écartant de celle-ci peut adopter l'une ou l'autre des positions suivantes ou combiner les deux : il peut tenter d'empêcher la formation de la règle ou, si la règle parvient à se former, faire en sorte qu'elle ne lui soit pas opposable. On peut citer par exemple le cas de certains États qui se sont opposés, alors qu'elle était en voie de formation, à la règle permettant à chaque État de fixer la largeur de sa mer territoriale pour autant que celle-ci ne dépasse pas 12 milles marins. Peut-être ces États auraient-ils voulu définir comme règle générale une largeur de 3, 5 ou 6 milles marins mais, quoiqu'il en soit, ils n'étaient pas disposés à accepter qu'un élargissement des mers territoriales leur soit imposé⁷⁷⁷. S'il est établi qu'une règle du droit international coutumier s'est formée, c'est à l'État objecteur qu'il incombe de prouver qu'il peut se prévaloir du statut d'objecteur persistant.

4) Il n'est pas rare que la règle de l'objecteur persistant soit invoquée et reconnue dans la jurisprudence, tant internationale que nationale⁷⁷⁸, ainsi que dans d'autres contextes⁷⁷⁹. Si les vues divergent parfois, la règle de l'objecteur persistant est largement acceptée par les

⁷⁷⁵ *Plateau continental de la mer du Nord* (voir *supra*, note 671), aux pages 38 et 39, par. 63. Cela est vrai des règles du droit international coutumier « général », par opposition au droit international coutumier « particulier » (à propos duquel voir *infra*, projet de conclusion 16).

⁷⁷⁶ Voir, par exemple, *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts* (Cour constitutionnelle fédérale allemande), vol. 46 (1978), décision du 13 décembre 1977, 2 BvM 1/76, n° 32, p. 342 à 404, aux pages 388 et 389, par. 6 (« Cela ne concerne pas simplement une action qu'un État peut soutenir avec succès depuis toujours contre l'application d'une règle générale existante du droit international en faisant valoir ses droits de manière persistante (au sens de l'arrêt de la Cour internationale de Justice dans l'*Affaire des pêcheries* [...]), mais au contraire l'impossibilité de postuler à l'heure actuelle l'existence d'une règle générale correspondante du droit international. »).

⁷⁷⁷ Finalement, dans le cadre d'un accord global sur le droit de la mer, les États n'ont pas maintenu leurs objections. Il peut parfois être difficile de conserver le statut d'objecteur persistant sur la durée, mais cela ne remet pas en cause l'existence de la règle énoncée dans le projet de conclusion 15.

⁷⁷⁸ Voir, par exemple, *Affaire des pêcheries* (*supra*, note 708), à la page 131 ; *Michael Domingues v. United States*, affaire n° 12.285 (2002), Cour interaméricaine des droits de l'homme, rapport n° 62/02, par. 48 et 49 ; *Sabeh El Leil c. France* [GC], n° 34869/05, Cour européenne des droits de l'homme, 29 juin 2011, par. 54 ; rapport du groupe spécial de l'OMC, *Communautés européennes – Mesures affectant l'approbation et la commercialisation des produits biotechnologiques*, WT/DS291/R, WT/DS292/R et WT/DS293/R, adopté le 21 novembre 2006, à la page 335, note 248 ; *Siderman de Blake v. Republic of Argentina*, Cour d'appel des États-Unis, neuvième circuit, 965 F.2d 699 ; 1992 U.S. App., à la page 715, par. 54.

⁷⁷⁹ Voir, par exemple, l'intervention de la Turquie en 1982 à la troisième Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer, document A/CONF.62/SR.189, p. 76, par. 150 (à consulter en anglais à l'adresse <http://legal.un.org/diplomaticconferences/lawofthesea-1982/Vol17.html>) ; Département de la défense des États-Unis, *Law of War Manual*, Bureau du Conseiller général, Washington, décembre 2016, aux pages 29 à 34, sect. 1.8 (droit international coutumier), en particulier à la page 30, par. 1.8 (« Customary international law is generally binding on all States, but States that have been persistent objectors to a customary international law rule during its development are not bound by that rule ») [Le droit international coutumier est généralement contraignant pour tous les États, mais ceux qui se sont opposés de manière persistante à une règle du droit international coutumier pendant qu'elle était en voie de formation ne sont pas liés par cette règle] et p. 34, par. 1.8.4.

États et les auteurs ainsi que par les institutions scientifiques qui s'occupent de droit international⁷⁸⁰.

5) Le paragraphe 1 indique clairement que l'objection doit avoir été exprimée alors que la règle en question était en voie de formation. Cet aspect temporel de l'objection est essentiel : l'État doit exprimer son opposition avant qu'une pratique donnée se soit cristallisée en règle du droit international coutumier et sa position sera d'autant plus ferme qu'il aura fait connaître son opposition tôt. S'il n'est pas toujours facile de faire la distinction entre objection et violation, il ne saurait y avoir de règle de l'objecteur ultérieur : une fois que la règle est formée, un État ne peut pas s'y soustraire simplement en s'y opposant.

6) Si un État établit son statut d'objecteur persistant, la règle ne lui est pas opposable tant qu'il maintient son objection ; l'expression « pas opposable » est utilisée pour illustrer le caractère exceptionnel de la position d'objecteur persistant. Comme il est indiqué plus loin dans le paragraphe, une fois qu'il a abandonné son objection (ce qu'il peut faire à tout moment, expressément ou d'une autre manière), l'État concerné devient lié par la règle.

7) Le paragraphe 2 énonce en termes précis les conditions rigoureuses qui doivent être remplies pour qu'un État puisse établir et conserver son statut d'objecteur persistant à l'égard d'une règle du droit international coutumier. Outre qu'elle doit être formulée avant que la pratique ne se cristallise en règle de droit, l'objection doit être exprimée clairement, à savoir que la non-acceptation de la règle en voie de formation ou le refus d'être lié par elle doit être sans ambiguïté⁷⁸¹. L'objection n'a toutefois pas à être exprimée sous une forme particulière. Il n'est pas nécessaire qu'elle se traduise par une action concrète ; une objection verbale claire, formulée par écrit ou oralement, suffit pour que l'État concerné conserve son statut juridique d'objecteur.

8) La condition exigeant que l'objection soit communiquée aux autres États signifie que l'objection doit être communiquée à l'échelle internationale ; elle ne peut pas simplement être exprimée au niveau national. C'est à l'État objecteur qu'il incombe de veiller à ce que l'objection soit effectivement communiquée aux autres États.

9) La condition exigeant que l'objection soit maintenue de manière persistante s'applique à la fois avant et après la formation de la règle du droit international coutumier. Pour déterminer si cette condition est remplie, il faut faire preuve de pragmatisme et tenir compte des circonstances propres à chaque cas. Cette condition signifie, premièrement, que l'objection devrait être réaffirmée lorsque les circonstances sont telles que cette réaffirmation s'impose (c'est-à-dire, lorsque le silence ou l'inaction pourraient raisonnablement amener à conclure que l'État a abandonné son objection). Il est clair, toutefois, qu'on ne peut pas attendre des États qu'ils manifestent leur objection en toute occasion, en particulier lorsque leur position est déjà bien connue. Deuxièmement, les réaffirmations successives de l'objection doivent être globalement cohérentes, c'est-à-dire ne pas présenter de contradictions notables.

10) Le paragraphe 3 dispose expressément que le projet de conclusion 15 est sans préjudice de toute question concernant les normes impératives du droit international général (*jus cogens*). Le commentaire du projet de conclusion 1 indique déjà clairement que tous les présents projets de conclusion sont sans préjudice des questions de hiérarchie entre les règles du droit international, y compris celles concernant les normes impératives du droit international (*jus cogens*), ou des questions concernant le caractère *erga omnes* de certaines obligations⁷⁸².

⁷⁸⁰ La Commission a elle-même récemment évoqué la règle dans son Guide de la pratique sur les réserves aux traités, dans lequel elle indique : « Une réserve peut être le moyen pour un "objecteur persistant" de manifester la constance de son objection ; celui-ci peut certainement refuser l'application, par le biais d'un traité, d'une règle qui ne lui est pas opposable en vertu du droit international général » (voir par. 7) du commentaire concernant la directive 3.1.5.3, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-sixième session, Supplément n° 10 (A/66/10/Add.1)*).

⁷⁸¹ Voir, par exemple, *C. v. Director of Immigration and another*, Hong Kong, Cour d'appel [2011] HKCA 159, CACV 132-137/2008 (2011), au paragraphe 68 (« La preuve de l'objection doit être manifeste »).

⁷⁸² Voir *supra*, commentaire du projet de conclusion 1, par. 5).

Septième partie

Droit international coutumier particulier

La septième partie comprend un seul projet de conclusion, relatif au droit international coutumier particulier (parfois appelé « coutume régionale » ou « coutume spéciale »). Si les règles de droit international coutumier général revêtent un caractère contraignant pour tous les États, les règles de droit international coutumier particulier s'appliquent entre un nombre limité d'États. Même si celles-ci ne sont pas fréquentes, elles jouent parfois un rôle important dans les relations interétatiques, en conciliant des valeurs et intérêts différents propres à certains États seulement⁷⁸³.

Conclusion 16

Droit international coutumier particulier

1. Une règle de droit international coutumier particulier, qu'elle soit régionale, locale ou autre, est une règle de droit international coutumier qui ne s'applique qu'entre un nombre limité d'États.

2. Pour déterminer l'existence et le contenu d'une règle de droit international coutumier particulier, il est nécessaire de rechercher s'il existe une pratique générale entre les États concernés qui est acceptée par eux comme étant le droit (*opinio juris*) applicable entre eux.

Commentaire

1) Il est incontesté qu'il peut exister des règles de droit international coutumier n'ayant pas un caractère général. La jurisprudence de la Cour internationale de Justice le confirme, qui cite notamment un droit international coutumier « particulier au système juridique interaméricain »⁷⁸⁴ ou « dont la valeur serait limitée au continent africain comme elle l'aurait été auparavant à l'Amérique hispanique »⁷⁸⁵, « une coutume locale »⁷⁸⁶ et un droit international coutumier « de caractère régional »⁷⁸⁷. Les affaires dans lesquelles la Cour a été appelée à identifier de telles règles comprennent l'affaire du *Droit d'asile*⁷⁸⁸ et l'affaire du *Droit de passage*⁷⁸⁹. Le terme « droit international coutumier particulier » désigne ces règles par opposition aux règles du droit international coutumier d'application générale. Il a été préféré à « coutume particulière » pour souligner que le projet de conclusion concerne des règles de droit et non de simples coutumes ou usages : il peut tout à fait exister entre les États des « coutumes locales » qui ne sont pas des règles de droit international⁷⁹⁰.

2) Le projet de conclusion 16 a été placé à la fin du projet de conclusions parce que, d'une manière générale, les projets de conclusion qui précèdent s'appliquent également à la détermination des règles de droit international coutumier particulier, sauf si le présent projet de conclusion en dispose autrement. En particulier, l'approche des deux éléments s'applique, comme indiqué dans le présent commentaire⁷⁹¹.

⁷⁸³ Il n'est pas exclu qu'elles puissent avec le temps se transformer en règles de droit international coutumier général.

⁷⁸⁴ *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (voir *supra*, note 663), à la page 105, par. 199.

⁷⁸⁵ *Différend frontalier*, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 554, à la page 565, par. 21.

⁷⁸⁶ *Affaire relative aux droits des ressortissants des États-Unis d'Amérique au Maroc (France c. États-Unis d'Amérique)* (voir *supra*, note 685), à la page 200 ; *Affaire du droit de passage sur territoire indien* (voir *supra*, note 675), à la page 39.

⁷⁸⁷ *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes* (voir *supra*, note 683), à la page 233, par. 34.

⁷⁸⁸ *Affaire colombo-péruvienne relative au droit d'asile* (voir *supra*, note 674).

⁷⁸⁹ *Affaire du droit de passage sur territoire indien* (voir *supra*, note 675).

⁷⁹⁰ Voir également *supra*, projet de conclusion 9, par. 2.

⁷⁹¹ La Cour internationale de Justice a considéré que le droit international coutumier particulier relevant de l'Article 38, par. 1 b) de son Statut : voir *Affaire colombo-péruvienne relative au droit d'asile* (*supra*, note 674), aux pages 276 et 277.

3) Le paragraphe 1, qui a le caractère d'une définition, explique que le droit international coutumier particulier ne s'applique qu'entre un nombre limité d'États. Il doit être distingué du droit international coutumier général, c'est-à-dire du droit international coutumier qui s'impose en principe à tous les États. En soi, une règle du droit international coutumier particulier ne crée ainsi ni obligations ni droits pour les États tiers⁷⁹².

4) Les règles de droit international coutumier particulier peuvent s'appliquer entre divers types de groupements d'États. On parle souvent de règles coutumières de caractère régional, comme celles « particulièrement au système juridique latino-américain » (dont l'institution de l'asile diplomatique est un exemple couramment cité)⁷⁹³. Un droit international coutumier particulier peut s'appliquer à une aire géographique plus réduite, par exemple une sous-région, ou même ne lier que deux États. Dans l'affaire du *Droit de passage*, la Cour internationale de Justice a expliqué ce qui suit :

« On voit difficilement pourquoi le nombre des États entre lesquels une coutume locale peut se constituer sur la base d'une pratique prolongée devrait nécessairement être supérieur à deux. La Cour ne voit pas de raison pour qu'une pratique prolongée et continue entre deux États, pratique acceptée par eux comme régissant leurs rapports, ne soit pas à la base de droits et d'obligations réciproques entre ces deux États. »⁷⁹⁴.

Les affaires dans lesquelles des prétentions concernant l'existence de telles règles de droit international coutumier particulier ont été examinées concernaient, par exemple, un droit d'accès à des enclaves en territoire étranger⁷⁹⁵, la copropriété (condominium) d'eaux historiques entre trois États côtiers⁷⁹⁶, le droit des habitants de la rive d'un fleuve servant de frontière entre deux États de pratiquer la pêche de subsistance⁷⁹⁷, un droit de transit transfrontalier/international avec dispense des formalités d'immigration⁷⁹⁸, et une obligation de parvenir à un accord dans l'administration de la production d'énergie sur un fleuve servant de frontière entre deux États⁷⁹⁹.

5) S'il existe généralement une relation géographique entre les États auxquels une règle du droit international coutumier particulier s'applique, cela n'est pas nécessairement le cas. L'expression « régional, local ou autre » vise à indiquer que bien qu'une règle du droit international coutumier particulier soit le plus souvent régionale, sous-régionale ou locale, il n'y a pas de raison, en principe, pour qu'une règle du droit international coutumier particulier ne puisse également se former entre États liés par une cause, une activité ou un intérêt commun autre que leur situation géographique ou constituant une communauté d'intérêt, établie par un traité ou autrement.

6) Le paragraphe 2 concerne les conditions de fond de la détermination de l'existence d'une règle du droit international coutumier particulier. Pour l'essentiel, déterminer si une telle règle existe consiste à rechercher s'il existe une pratique générale des États concernés qui est acceptée par eux comme régissant leurs relations *inter se*. Dans l'affaire du *Droit*

⁷⁹² La situation est comparable à celle exposée dans les dispositions de la Convention de Vienne de 1969 en ce qui concerne les traités et les États tiers (3^e partie, sect. 4).

⁷⁹³ *Affaire colombo-péruvienne relative au droit d'asile* (voir *supra*, note 674), à la page 276.

⁷⁹⁴ *Affaire du droit de passage sur territoire indien* (voir *supra*, note 675), à la page 39.

⁷⁹⁵ *Ibid.*, p. 6.

⁷⁹⁶ Voir les prétentions du Honduras dans l'affaire du *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime (El Salvador/Honduras : Nicaragua (intervenant))*, arrêt du 11 septembre 1992, p. 351, à la page 597, par. 399.

⁷⁹⁷ *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes* (voir *supra*, note 683), aux pages 265 et 266, par. 140 à 144 ; voir également l'opinion individuelle du juge Sepúlveda-Amor, aux pages 278 à 282, par. 20 à 36.

⁷⁹⁸ *Nkondo v. Minister of Police and Another*, Cour suprême d'Afrique du Sud, 1980 (2) SA 894 (O), 7 mars 1980, *International Law Reports*, vol. 82, p. 358 à 375, aux pages 368 à 375 (le juge Smuts déclarant ce qui suit : « Il n'y a pas de preuve d'une pratique établie de longue date entre la République d'Afrique du Sud et le Lesotho qui se serait cristallisée en un droit coutumier local de transit avec dispense des formalités d'immigration » (à la page 359)).

⁷⁹⁹ *Kraftwerk Reckingen AG c. Canton de Zurich et autres*, arrêt d'appel, BGE 129 II 114, ILDC 346 (CH 2002), 10 octobre 2002, Cour suprême fédérale suisse [BGer] ; deuxième Chambre de droit public, par. 4.

d'asile, la Cour internationale de Justice a fourni des indications sur ce point, lorsqu'elle a déclaré ce qui suit en ce qui concerne l'argument de la Colombie concernant l'existence d'une « coutume régionale ou locale, propre aux États de l'Amérique latine » :

« La Partie qui invoque une coutume de cette nature doit prouver qu'elle s'est constituée de telle manière qu'elle est devenue obligatoire pour l'autre Partie. Le Gouvernement de la Colombie doit prouver que la règle dont il se prévaut est conforme à un usage constant et uniforme, pratiqué par les États en question, et que cet usage traduit un droit appartenant à l'État octroyant l'asile et un devoir incombant à l'État territorial. Ceci découle de l'Article 38 du Statut de la Cour, qui fait mention de la coutume internationale "comme preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit". »⁸⁰⁰.

7) L'approche des deux éléments qui exige à la fois une pratique générale et son acceptation comme étant le droit (*opinio juris*) s'applique ainsi également à la détermination des règles de droit international coutumier particulier. Toutefois, s'agissant de ce droit, la pratique doit être générale au sens où elle doit être constante « entre les États concernés », c'est-à-dire tous les États auxquels la règle en question s'applique. Chacun d'eux doit l'avoir acceptée comme étant le droit entre eux. À cet égard, l'application de l'approche des deux éléments est plus stricte dans le cas des règles de droit international coutumier particulier.

⁸⁰⁰ *Affaire colombo-péruvienne relative au droit d'asile* (voir *supra*, note 674), aux pages 276 et 277.

[FRENCH TEXT – TEXTE FRANÇAIS]

ACCORD

DE PARTENARIAT TRANSPACIFIQUE

GLOBAL ET PROGRESSISTE

PRÉAMBULE

Les Parties au présent accord, ayant résolu :

DE RÉAFFIRMER les points énoncés dans le préambule de l'Accord de partenariat transpacifique, fait à Auckland le 4 février 2016 (ci-après dénommé le « PTP »);

DE CONCRÉTISER rapidement, par le biais du présent accord, les avantages du PTP et leur importance stratégique et économique;

DE CONTRIBUER au maintien de marchés ouverts, à l'essor du commerce mondial et à la création de nouvelles possibilités économiques pour tous, quels que soient leur revenu et leur situation économique;

DE PROMOUVOIR l'approfondissement de l'intégration économique régionale et la coopération entre les Parties;

D'ACCROÎTRE les possibilités d'accélérer la libéralisation du commerce et l'investissement dans la région;

DE RÉAFFIRMER l'importance de promouvoir la responsabilité sociale des entreprises, l'identité et la diversité culturelles, la protection et la conservation de l'environnement, l'égalité des sexes, les droits des Autochtones, les droits dans le domaine du travail, le commerce inclusif, le développement durable et le savoir traditionnel, ainsi que l'importance de préserver leur droit de réglementer dans l'intérêt public;

Partie non contestante désigne une Partie qui n'est pas partie à un différend en matière d'investissement;

parties contestantes désigne le demandeur et le défendeur;

Règlement d'arbitrage de la CNUDCI désigne le Règlement d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international;

Règlement d'arbitrage de la LCIA désigne le règlement d'arbitrage de la Cour d'arbitrage international de Londres;

Règlement d'arbitrage de l'ICC désigne le règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale;

Règlement du Mécanisme supplémentaire du CIRDI désigne le *Règlement régissant le Mécanisme supplémentaire pour l'administration de procédures par le Secrétariat du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements*;

renseignements protégés désigne les renseignements commerciaux confidentiels ou les renseignements privilégiés ou par ailleurs protégés contre la divulgation en vertu du droit d'une Partie, y compris les renseignements gouvernementaux classifiés;

restructuration négociée désigne la restructuration ou le rééchelonnement d'un instrument de la dette qui a été effectué par a) la modification ou l'amendement de cet instrument, tel que prévu par ses modalités, ou b) un échange de dette global ou tout autre processus similaire par lequel les détenteurs d'au moins 75 p. 100 du montant total en principal de la dette au titre de cet instrument ont consenti à l'échange ou à tout autre processus;

secrétaire général désigne le secrétaire général du CIRDI.

Article 9.2 : Portée

1. Le présent chapitre s'applique aux mesures adoptées ou maintenues par une Partie concernant :

- a) les investisseurs d'une autre Partie;
- b) les investissements visés;
- c) tous les investissements effectués sur son territoire à l'égard de l'article 9.10 (Prescriptions de résultats) et de l'article 9.16 (Investissement et objectifs en matière d'environnement, de santé et autres objectifs réglementaires).

2. Les obligations d'une Partie découlant du présent chapitre s'appliquent aux mesures adoptées ou maintenues par :

- a) les gouvernements ou les autorités de cette Partie au niveau central, régional ou local;
- b) toute personne, y compris une entreprise d'État ou tout autre organisme, exerçant un pouvoir gouvernemental délégué par les gouvernements ou les autorités de cette Partie au niveau central, régional ou local¹³.

3. Il est entendu que le présent chapitre ne lie pas une Partie à l'égard d'un acte ou d'un fait antérieur à la date d'entrée en vigueur du présent accord pour cette Partie, ou d'une situation qui a cessé d'exister avant cette date.

Article 9.3 : Rapports avec les autres chapitres

1. En cas d'incompatibilité entre le présent chapitre et un autre chapitre du présent accord, ce dernier prévaut dans la mesure de l'incompatibilité.

2. Le présent chapitre ne devient pas applicable aux mesures adoptées ou maintenues par une Partie qui concernent la fourniture transfrontières d'un service du simple fait qu'une Partie subordonne au dépôt d'un cautionnement ou d'une autre forme de garantie financière la fourniture transfrontières d'un service par un fournisseur de service de l'autre Partie. Le présent chapitre s'applique aux mesures adoptées ou maintenues par la Partie qui concernent le cautionnement ou la garantie financière ainsi déposé pour autant que ce cautionnement ou cette garantie financière soit un investissement visé.

3. Le présent chapitre ne s'applique pas aux mesures adoptées ou maintenues par une Partie dans la mesure où elles sont visées par le chapitre 11 (Services financiers).

¹³ Il est entendu qu'un pouvoir gouvernemental est délégué conformément à la législation d'une Partie, y compris par voie législative ou par ordonnance, directive ou autre acte du gouvernement transférant le pouvoir gouvernemental ou en autorisant l'exercice.

Article 9.4 : Traitement national¹⁴

1. Chacune des Parties accorde aux investisseurs d'une autre Partie un traitement non moins favorable que celui qu'elle accorde, dans des circonstances similaires, à ses propres investisseurs, en ce qui concerne l'établissement, l'acquisition, l'expansion, la gestion, la direction, l'exploitation et la vente ou autre aliénation d'investissements sur son territoire.

2. Chacune des Parties accorde aux investissements visés un traitement non moins favorable que celui qu'elle accorde, dans des circonstances similaires, aux investissements effectués sur son territoire par ses propres investisseurs, en ce qui concerne l'établissement, l'acquisition, l'expansion, la gestion, la direction, l'exploitation et la vente ou autre aliénation d'investissements.

3. Il est entendu que le traitement à être accordé par une Partie en application des paragraphes 1 et 2 désigne, dans le cas d'un gouvernement régional, le traitement non moins favorable que le traitement le plus favorable que ce gouvernement régional accorde, dans des circonstances similaires, aux investisseurs de la Partie dont ce gouvernement régional fait partie et aux investissements effectués par ces investisseurs.

Article 9.5 : Traitement de la nation la plus favorisée

1. Chacune des Parties accorde aux investisseurs d'une autre Partie un traitement non moins favorable que celui qu'elle accorde, dans des circonstances similaires, aux investisseurs de toute autre Partie ou de tout État tiers, en ce qui concerne l'établissement, l'acquisition, l'expansion, la gestion, la direction, l'exploitation et la vente ou autre aliénation d'investissements sur son territoire.

2. Chacune des Parties accorde aux investissements visés un traitement non moins favorable que celui qu'elle accorde, dans des circonstances similaires, aux investissements effectués sur son territoire par les investisseurs de toute autre Partie ou de tout État tiers, en ce qui concerne l'établissement, l'acquisition, l'expansion, la gestion, la direction, l'exploitation et la vente ou autre aliénation d'investissements.

3. Il est entendu que le traitement visé au présent article n'englobe pas les procédures ou mécanismes internationaux de règlement des différends, comme ceux qui sont prévus à la section B.

¹⁴ Il est entendu que la question de savoir si le traitement est accordé dans des « circonstances similaires » selon l'article 9.4 (Traitement national) ou l'article 9.5 (Traitement de la nation la plus favorisée) dépend de l'ensemble des circonstances, y compris la question de savoir si le traitement en cause fait une distinction entre les investisseurs ou les investissements en fonction d'objectifs légitimes de bien-être public.

Article 9.6 : Norme minimale de traitement¹⁵

1. Chacune des Parties accorde aux investissements visés un traitement conforme aux principes de droit international coutumier applicables, y compris un traitement juste et équitable ainsi qu'une protection et une sécurité intégrales.

2. Il est entendu que le paragraphe 1 prescrit la norme minimale de traitement des étrangers en droit international coutumier comme norme de traitement à accorder aux investissements visés. Les concepts de « traitement juste et équitable » et de « protection et sécurité intégrales » n'exigent pas de traitement supplémentaire ou supérieur à celui exigé par cette norme ni ne créent de droits substantiels additionnels. Les obligations contenues au paragraphe 1 d'accorder:

- a) un « traitement juste et équitable » comprend l'obligation de ne pas dénier justice dans les instances décisionnelles pénales, civiles ou administratives, conformément au principe de l'application régulière de la loi consacré dans les principaux systèmes juridiques du monde;
- b) une « protection et une sécurité intégrales » exige que chacune des Parties accorde le niveau de protection policière requis en vertu du droit international coutumier.

3. La constatation d'un manquement à une autre disposition du présent accord ou d'un accord international distinct n'établit pas un manquement au présent article.

4. Il est entendu que le simple fait qu'une Partie prenne ou omette de prendre une mesure qui pourrait être contraire aux attentes d'un investisseur ne signifie pas qu'il y a eu manquement au présent article, même si cela a pour effet d'entraîner une perte ou un dommage à l'investissement visé.

5. Il est entendu que le simple fait pour une Partie de ne pas accorder, renouveler ou maintenir une subvention ou une contribution, ou de la modifier ou de la réduire, ne constitue pas un manquement au présent article, même si cela a pour effet d'entraîner une perte ou un dommage à l'investissement visé.

¹⁵ Le présent article est interprété conformément à l'annexe 9-A (Droit international coutumier).

Article 9.7 : Traitement en cas de conflit armé ou de guerre civile

1. Nonobstant l'article 9.12.6b) (Mesures non conformes), chacune des Parties accorde aux investisseurs d'une autre Partie ainsi qu'aux investissements visés un traitement non discriminatoire quant aux mesures qu'elle adopte ou maintient relativement aux pertes subies par des investissements sur son territoire en raison d'un conflit armé ou d'une guerre civile.

2. Nonobstant le paragraphe 1, si, dans une situation prévue au paragraphe 1, un investisseur d'une Partie subit, sur le territoire d'une autre Partie, une perte attribuable :

- a) à la réquisition de la totalité ou d'une partie de son investissement visé par les forces ou les autorités de cette dernière Partie;
- b) à la destruction, non requise par la nécessité de la situation, de la totalité ou d'une partie de son investissement visé par les forces ou les autorités de cette dernière Partie,

cette dernière Partie accorde à l'investisseur la restitution de son investissement, une indemnisation pour sa perte, ou les deux, s'il y a lieu.

3. Le paragraphe 1 ne s'applique pas aux mesures existantes relatives aux subventions ou aux contributions qui seraient incompatibles avec l'article 9.4 (Traitement national) si ce n'était de l'article 9.12.6b) (Mesures non conformes).

Article 9.8 : Expropriation et indemnisation¹⁶

1. Aucune Partie ne nationalise ni n'exproprie un investissement visé, directement ou indirectement, au moyen de mesures équivalentes à une nationalisation ou à une expropriation (expropriation), sauf si toutes les conditions suivantes sont réunies :

- a) à des fins publiques^{17 18};
- b) de façon non discriminatoire;
- c) moyennant une indemnisation prompte, adéquate et effective, conformément aux paragraphes 2, 3 et 4;
- d) si elle respecte le principe de l'application régulière de la loi.

2. L'indemnité :

- a) est versée sans délai;
- b) équivaut à la juste valeur marchande de l'investissement exproprié immédiatement avant l'expropriation (la date de l'expropriation);
- c) ne reflète aucun changement de valeur attribuable au fait que l'expropriation envisagée était déjà connue;
- d) est pleinement réalisable et librement transférable.

3. Si la juste valeur marchande est libellée dans une monnaie librement utilisable, l'indemnisation versée n'est pas inférieure à la juste valeur marchande à la date de l'expropriation, majorée d'intérêts calculés selon un taux commercial raisonnable pour cette monnaie, courus de la date de l'expropriation à la date du paiement.

¹⁶ L'article 9.8 (Expropriation et indemnisation) est interprété conformément à l'annexe 9-B (Expropriation) et est assujéti à l'annexe 9-C (Expropriation de terrain).

¹⁷ Il est entendu que, pour l'application du présent article, le terme « fins publiques » renvoie à un concept en droit international coutumier. Le droit interne peut exprimer ce concept ou un concept similaire en utilisant des termes différents, par exemple « nécessité publique », « intérêt public » ou « usage public ».

¹⁸ Pour plus de précision : i) si Brunei Darussalam est la Partie expropriatrice, toute mesure d'expropriation directe d'un terrain est prise aux fins prévues dans le *Land Code* (Cap. 40) et la *Land Acquisition Act* (Cap. 41) à la date d'entrée en vigueur de l'accord pour lui; et ii) si la Malaisie est la Partie expropriatrice, toute mesure d'expropriation directe d'un terrain est prise aux fins prévues dans la *Land Acquisitions Act* de 1960, la *Land Acquisition Ordinance* de 1950 de l'État de Sabah et le *Land Code* de 1958 de l'État de Sarawak, à la date d'entrée en vigueur de l'accord pour elle.

4. Si la juste valeur marchande est libellée dans une monnaie qui n'est pas librement utilisable, l'indemnisation versée, convertie dans la monnaie utilisée pour le versement au taux de change du marché en vigueur à la date du paiement, n'est pas inférieure :

- a) à la juste valeur marchande à la date de l'expropriation, convertie dans une monnaie librement utilisable au taux de change du marché en vigueur à cette date;
- b) majorée des intérêts, calculés selon un taux commercial raisonnable pour cette monnaie librement utilisable, courus de la date de l'expropriation à la date du paiement.

5. Les dispositions du présent article ne s'appliquent pas à la délivrance de licences obligatoires accordées relativement à des droits de propriété intellectuelle conformément à l'Accord sur les ADPIC, ni à la révocation, à la restriction ou à la création de droits de propriété intellectuelle, dans la mesure où la délivrance, la révocation, la restriction ou la création est conforme au chapitre 18 (Propriété intellectuelle) et à l'Accord sur les ADPIC¹⁹.

6. Il est entendu que ne constitue pas à elle seule une expropriation la décision d'une Partie soit de ne pas accorder, renouveler ou maintenir une subvention ou une contribution, soit de modifier ou de réduire une subvention ou une contribution,

- a) en l'absence de tout engagement spécifique pris en vertu de la législation ou dans le cadre d'un contrat à l'égard de la délivrance, du renouvellement ou du maintien de cette subvention ou contribution;
- b) prise conformément aux modalités régissant la délivrance, le renouvellement, la modification, la réduction ou le maintien de cette subvention ou contribution.

¹⁹ Il est entendu que, pour l'application du présent article, les Parties reconnaissent que le terme « révocation » de droits de propriété intellectuelle comprend la résiliation ou l'annulation de ces droits, et que le terme « restriction » de droits de propriété intellectuelle comprend les exceptions à ces droits.



Treaty Series

*Treaties and international agreements
registered
or filed and recorded
with the Secretariat of the United Nations*

VOLUME 1728

Recueil des Traités

*Traités et accords internationaux
enregistrés
ou classés et inscrits au répertoire
au Secrétariat de l'Organisation des Nations Unies*

United Nations • Nations Unies

New York, 2000

No. 30174

**FRANCE
and
ARGENTINA**

**Agreement on the reciprocal promotion and protection of
investments (with related letter). Signed at Paris on
3 July 1991**

Authentic texts: French and Spanish.

Registered by France on 3 August 1993.

**FRANCE
et
ARGENTINE**

**Accord sur l'encouragement et la protection réciproques des
investissements (avec lettre connexe). Signé à Paris le
3 juillet 1991**

Textes authentiques : français et espagnol.

Enregistré par la France le 3 août 1993.

ACCORD¹ ENTRE LE GOUVERNEMENT DE LA RÉPUBLIQUE FRANÇAISE ET LE GOUVERNEMENT DE LA RÉPUBLIQUE ARGENTINE SUR L'ENCOURAGEMENT ET LA PROTECTION RÉCIPROQUES DES INVESTISSEMENTS

Le Gouvernement de la République Française et le Gouvernement de la République Argentine ci-après dénommés "les Parties contractantes",

Désireux de renforcer la coopération économique entre les deux Etats et de créer des conditions favorables pour les investissements français en Argentine et argentins en France.

Persuadés que l'encouragement et la protection de ces investissements sont propres à stimuler les transferts de capitaux et de technologie entre les deux pays, dans l'intérêt de leur développement économique,

Sont convenus des dispositions suivantes :

ARTICLE 1

Pour l'application du présent accord :

1. Le terme "investissement" désigne des avoirs tels que les biens, droits et intérêts de toutes natures et, plus particulièrement mais non exclusivement :

a) les biens meubles et immeubles, ainsi que tous autres droits réels tels que les hypothèques, privilèges, usufruits, cautionnements et droits analogues ;

b) les actions, primes d'émission et autres formes de participation, même minoritaires ou indirectes, aux sociétés constituées sur le territoire de l'une des Parties contractantes ;

c) les obligations, créances et droits à toutes prestations ayant valeur économique ;

d) les droits d'auteur, les droits de propriété industrielle (tels que brevets d'invention, licences, marques déposées, modèles et maquettes industrielles), les procédés techniques, les noms déposés et la clientèle ;

e) les concessions accordées par la loi ou en vertu d'un contrat, notamment les concessions relatives à la prospection, la culture, l'extraction ou l'exploitation de richesses naturelles, y compris celles qui se situent dans la zone maritime des Parties contractantes,

étant entendu que lesdits avoirs doivent être ou avoir été investis et, dans le respect des dispositions du présent accord, les droits y afférents définis conformément à la législation de la Partie contractante sur le territoire ou dans la zone maritime de laquelle l'investissement est effectué, avant ou après l'entrée en vigueur du présent accord.

Toute modification de la forme d'investissement des avoirs n'affecte pas leur qualification d'investissement, à condition que cette modification ne soit pas contraire à la législation de la Partie contractante sur le territoire ou dans la zone maritime de laquelle l'investissement est réalisé.

¹ Entré en vigueur le 3 mars 1993, soit un mois après la date de réception de la dernière des notifications par lesquelles les Parties s'étaient informées de l'accomplissement des procédures internes requises, conformément à l'article 13.



Treaty Series

*Treaties and international agreements
registered
or filed and recorded
with the Secretariat of the United Nations*

VOLUME 1699

Recueil des Traités

*Traités et accords internationaux
enregistrés
ou classés et inscrits au répertoire
au Secrétariat de l'Organisation des Nations Unies*

United Nations • Nations Unies

New York, 2001

[TRADUCTION — TRANSLATION]

ACCORD¹ ENTRE LA RÉPUBLIQUE ARGENTINE ET LE
ROYAUME D'ESPAGNE RELATIF À L'ENCOURAGEMENT ET
À LA PROTECTION RÉCIPROQUE DES INVESTISSEMENTS

La République Argentine et le Royaume d'Espagne, ci-après dénommés « les Parties »,

Désireux d'intensifier leur coopération économique au profit des deux pays,

Se proposant de créer des conditions favorables aux investissements des investisseurs de chacune des Parties sur le territoire de l'autre, et

Reconnaissant que l'encouragement et la protection des investissements conformément au présent Accord stimuleront les initiatives dans ce domaine,

Sont convenus de ce qui suit :

Article premier

DÉFINITIONS

1. Aux fins du présent Accord, le terme « investisseurs » désigne :

a) Les personnes physiques ayant leur domicile dans l'une des Parties et la nationalité de cette Partie, conformément aux accords en vigueur en la matière entre les deux pays;

b) Les personnes morales, y compris les entreprises, associations de sociétés, sociétés commerciales et autres organismes constitués selon le droit de cette Partie et ayant leur siège dans le territoire de cette même Partie.

2. Le terme « investissements » désigne tout type d'avoirs — tels que les biens et droits de toute nature, acquis ou réalisés conformément à la législation du pays qui reçoit l'investissement, et en particulier, mais non exclusivement, les suivants :

- Actions et autres formes de participation dans des sociétés;
- Droits dérivés de tous types d'apports effectués dans le dessein de créer une valeur économique, y compris les prêts directement liés à un investissement spécifique, qu'ils aient été capitalisés ou non;
- Les biens meubles et immeubles, ainsi que les droits réels tels qu'hypothèques, privilèges, nantissements, usufruits et droits similaires;
- Tout type de droits dans le cadre de la propriété intellectuelle, y compris les brevets d'invention et marques de commerce, ainsi que les licences de fabrication et le savoir-faire;

¹ Entré en vigueur le 28 septembre 1992, date à laquelle les Parties se sont notifiées (les 9 juillet et 28 septembre 1992) l'accomplissement des formalités constitutionnelles requises, conformément au paragraphe 1 de l'article XI.

— Les droits d'exercer des activités économiques et commerciales accordés par la loi ou en vertu d'un contrat, en particulier ceux qui sont liés à la prospection, à la culture, à l'extraction ou à l'exploitation de ressources naturelles.

Le contenu et la portée des droits correspondant à diverses catégories d'avoirs seront déterminés par les lois et règlements de la Partie sur le territoire de laquelle l'investissement est situé.

Aucune modification de la forme juridique selon laquelle les actifs et les capitaux auront été investis ou réinvestis ne devra affecter leur qualification d'investissements conformément au présent Accord.

3. L'expression « revenus de l'investissement ou gains » s'entend du produit tiré d'un investissement, au sens que lui donne la définition figurant au point précédent, et comprend, en particulier, les bénéfices, dividendes et intérêts.

4. Le terme « territoire » s'entend du territoire terrestre de chacune des Parties ainsi que de leur zone de souveraineté économique exclusive et du plateau continental, au-delà des limites des eaux territoriales de chacune des Parties, sur lequel ces Parties détiennent ou peuvent détenir, conformément au droit international, une compétence et des droits souverains aux fins de prospection, d'exploration et de protection des ressources naturelles.

Article II

ENCOURAGEMENT ET ACCEPTATION

1. Chaque Partie encouragera, dans toute la mesure possible, les investissements sur son territoire des investisseurs de l'autre Partie et acceptera ces investissements conformément à sa législation.

2. Le présent Accord s'appliquera également aux investissements de capital effectués antérieurement à l'entrée en vigueur dudit Accord par les investisseurs d'une Partie conformément aux dispositions légales de l'autre Partie sur le territoire de cette dernière. Toutefois, le présent Accord ne s'appliquera pas aux différends ou aux réclamations qui seraient survenus avant son entrée en vigueur.

Article III

PROTECTION

1. Chacune des Parties protégera, sur son territoire, les investissements effectués conformément à sa législation par des investisseurs de l'autre Partie et ne mettra aucun obstacle, moyennant des mesures injustifiées ou discriminatoires, à la gestion, l'entretien, l'utilisation, la jouissance, l'augmentation, la cession ni, le cas échéant, la liquidation de ces investissements.

2. Chacune des Parties s'efforcera d'accorder les autorisations nécessaires en relation avec ces investissements et, dans le cadre de sa législation, autorisera l'exécution de contrats de licence de fabrication, d'assistance technique, commerciale, financière et administrative, et délivrera les autorisations requises en relation avec les activités de consultants ou experts engagés par des investisseurs de l'autre Partie.



Treaty Series

*Treaties and international agreements
registered
or filed and recorded
with the Secretariat of the United Nations*

VOLUME 1765

Recueil des Traités

*Traités et accords internationaux
enregistrés
ou classés et inscrits au répertoire
au Secrétariat de l'Organisation des Nations Unies*

United Nations • Nations Unies

New York, 2000

[TRADUCTION — TRANSLATION]

ACCORD¹ ENTRE LE GOUVERNEMENT DU ROYAUME-UNI DE GRANDE-BRETAGNE ET D'IRLANDE DU NORD ET LE GOUVERNEMENT DE LA RÉPUBLIQUE ARGENTINE RELATIF À L'ENCOURAGEMENT ET À LA PROTECTION DES INVESTISSEMENTS

Le Gouvernement du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et le Gouvernement de la République argentine,

Désireux de créer des conditions favorables aux investissements des investisseurs d'un Etat dans le territoire de l'autre Etat,

Reconnaissant que l'encouragement et la protection réciproque de ces investissements dans le cadre d'un accord international seront de nature à stimuler l'initiative individuelle au sein du monde des affaires et à accroître la prospérité des deux Etats,

Sont convenus de ce qui suit :

Article premier

DÉFINITIONS

Aux fins du présent Accord :

a) Le terme « investissement » s'entend des avoirs de toute nature définis conformément à la législation et à la réglementation de la Partie contractante sur le territoire de laquelle l'investissement est admis et effectué conformément au présent Accord et comprend notamment mais non exclusivement

- i) Des biens meubles et immeubles ainsi que tous autres droits sur la propriété tel qu'hypothèques, nantissements et gages;
- ii) Les parts, actions et obligations d'une société et toute autre forme de participation dans une société constituée sur le territoire de l'une ou l'autre des Parties contractantes;
- iii) Les créances monétaires qui sont directement liées à un investissement spécifique ou à toute autre réalisation sous contrat ayant une valeur financière;
- iv) Les droits de propriété intellectuelle, fonds de commerce, procédés techniques et savoir-faire;
- v) Les concessions d'affaires conférées par la loi ou en vertu d'un contrat, y compris les concessions en vue de la prospection, de la culture, de l'extradition ou de l'exploitation de ressources naturelles.

Une modification de la forme sous laquelle les avoirs auront été investis n'affecte pas leur caractère d'investissements. Le terme « investissement » comprend

¹ Entré en vigueur le 19 février 1993, date de la dernière des notifications par lesquelles les Parties contractantes se sont informées de l'accomplissement des formalités constitutionnelles requises, conformément à l'article 13.



Treaty Series

*Treaties and international agreements
registered
or filed and recorded
with the Secretariat of the United Nations*

VOLUME 2242

Recueil des Traités

*Traités et accords internationaux
enregistrés
ou classés et inscrits au répertoire
au Secrétariat de l'Organisation des Nations Unies*

United Nations • Nations Unies
New York, 2004

[TRANSLATION - TRADUCTION]

ACCORD RELATIF À L'ENCOURAGEMENT ET À LA PROTECTION
RÉCIPROQUE DES INVESTISSEMENTS ENTRE LE ROYAUME DES
PAYS-BAS ET LA RÉPUBLIQUE FÉDÉRALE TCHÈQUE ET
SLOVAQUE

Le Gouvernement du Royaume des Pays-Bas et le Gouvernement de la République fédérale tchèque et slovaque, ci-après dénommés les Parties contractantes,

Désireux d'étendre et d'intensifier les relations économiques mutuelles, notamment en ce qui concerne les investissements effectués par des investisseurs de l'une des Parties contractantes dans le territoire de l'autre Partie contractante,

Reconnaissant qu'un accord sur le traitement réservé à ces investissements stimulera les mouvements de capitaux et de technologie, ainsi que le développement économique des Parties contractantes et qu'un traitement juste et équitable des investissements est souhaitable,

Prenant note de l'Acte final de la Conférence sur la sécurité et la coopération en Europe, signé le 1er août 1975 à Helsinki,

Sont convenus de ce qui suit :

Article premier

Aux fins du présent Accord :

a) Le terme "investissements" désigne tous les types d'avoirs investis soit directement soit par l'intermédiaire d'un investisseur d'un État tiers, et notamment mais non exclusivement :

- i) Les biens meubles et immeubles ainsi que tous les autres droits de propriété y relatifs;
- ii) Les actions, obligations et autres types de participation à des sociétés et à des coentreprises, ainsi que les droits en découlant;
- iii) Les créances financières et celles sur d'autres avoirs et sur toutes prestations ayant une valeur économique;
- iv) Les droits de propriété intellectuelle, y compris les droits relatifs aux procédés techniques, à la clientèle et au savoir-faire;
- v) Les concessions conférées par le droit public ou en vertu de contrat, y compris les droits concédés pour la prospection, l'exploration, l'extraction et l'acquisition de ressources naturelles;

b) Le terme "investisseurs" désigne :

- i) Les personnes physiques ayant la nationalité de l'une des Parties contractantes conformément à sa législation;

CHAPITRE 14

INVESTISSEMENT

Article 14.1 : Définitions

Les définitions qui suivent s'appliquent au présent chapitre :

entreprise désigne une entreprise au sens de l'article 1.4 (Définitions générales) et une succursale d'une entreprise;

entreprise d'une Partie désigne une entreprise constituée ou organisée conformément au droit d'une Partie, ou une succursale qui est située sur le territoire d'une Partie et qui y exerce des activités commerciales;

investissement désigne tout actif qu'un investisseur possède ou contrôle directement ou indirectement et qui a les caractéristiques d'un investissement, y compris l'engagement de capitaux ou d'autres ressources, l'attente de gains ou de bénéfices, ou la prise en charge de risques. Un investissement peut prendre entre autres la forme :

- a) d'une entreprise;
- b) d'actions, de parts de capital et d'autres formes de participation au capital d'une entreprise;
- c) d'obligations, de débentures, d'autres titres de créance et de prêts¹;
- d) de contrats à terme, d'options et d'autres instruments dérivés;
- e) de contrats clés en main, de contrats de construction, de gestion, de production, de concession, de partage de revenus et d'autres contrats similaires;
- f) de droits de propriété intellectuelle;
- g) de licences, d'autorisations, de permis et d'autres droits similaires conférés en vertu du droit d'une Partie²;

¹ Certaines formes de créances, telles que les obligations, débentures et les billets à ordre à long terme, sont plus susceptibles de présenter les caractéristiques d'un investissement, alors que d'autres formes de créances, telles que les demandes de paiement remboursables immédiatement, sont moins susceptibles de présenter de telles caractéristiques.

² La question de savoir si un type particulier de licence, d'autorisation, de permis ou de tout autre instrument similaire (y compris une concession, dans la mesure où elle a la nature d'un tel instrument) possède les caractéristiques d'un investissement dépend de facteurs tels que la nature et l'étendue des droits que le droit d'une Partie confère au détenteur. Il est entendu que les instruments qui ne possèdent pas les caractéristiques d'un

ANNEXE 14-B

EXPROPRIATION

Les Parties confirment leur compréhension commune de ce qui suit :

1. Une mesure ou une série de mesures prises par une Partie ne peuvent constituer une expropriation à moins qu'elles ne portent atteinte à un droit de propriété corporel ou incorporel¹⁸ ou à un intérêt de propriété dans un investissement.

2. Le paragraphe 1 de l'article 14.8 (Expropriation et indemnisation) vise deux situations. La première est l'expropriation directe en cas de nationalisation d'un investissement ou de toute autre forme d'expropriation directe par transfert formel du titre ou saisie inconditionnelle.

3. La deuxième situation visée par le paragraphe 1 de l'article 14.8 (Expropriation et indemnisation) est l'expropriation indirecte, lorsqu'une mesure ou une série de mesures prises par une Partie ont un effet équivalent à celui d'une expropriation directe sans transfert formel du titre ou saisie inconditionnelle.

- a) Afin de déterminer si une mesure ou une série de mesures prises par une Partie dans une situation de fait donnée constituent ou non une expropriation indirecte, il est nécessaire de procéder à une enquête factuelle au cas par cas qui tient compte, entre autres facteurs :
 - i) des effets économiques de la mesure gouvernementale, même si le fait qu'une mesure ou une série de mesures prises par une Partie aient un effet défavorable sur la valeur économique d'un investissement n'établit pas à lui seul qu'il y a eu expropriation indirecte,
 - ii) le degré auquel la mesure gouvernementale porte atteinte aux attentes distinctes et raisonnables sous-tendant l'investissement¹⁹,
 - iii) le caractère de la mesure gouvernementale, y compris son objet, son contexte et l'intention poursuivie.
- b) Sauf en de rares circonstances, ne constituent pas une expropriation indirecte les mesures réglementaires non discriminatoires d'une Partie qui sont conçues et

¹⁸ Il est entendu que l'existence d'un droit de propriété est établie au regard du droit d'une Partie.

¹⁹ Il est entendu que la question de savoir si les attentes sous-tendant l'investissement de l'investisseur sont raisonnables dépend, dans la mesure de leur pertinence, de facteurs comme le fait que le gouvernement ait ou non donné à l'investisseur des assurances écrites contraignantes, ainsi que la nature et la portée de toute réglementation gouvernementale existante ou éventuelle dans le secteur concerné.

appliquées en vue d'atteindre des objectifs légitimes de protection du bien-être public, par exemple en matière de santé, de sécurité et d'environnement.



Bruxelles, le 14 septembre 2016

**10973/16
ADD 3**

**Dossier interinstitutionnel:
2016/0206 (NLE)**

**WTO 195
SERVICES 20
FDI 16
CDN 12**

ACTES LÉGISLATIFS ET AUTRES INSTRUMENTS

Objet: Accord économique et commercial global (AECG) entre le Canada, d'une part, et l'Union européenne et ses États membres, d'autre part

EXPROPRIATION

Les Parties confirment leur compréhension commune des points suivants :

1. L'expropriation peut être directe ou indirecte :
 - a) une expropriation directe se produit lorsqu'un investissement est nationalisé ou exproprié directement d'une autre façon, par transfert formel d'un titre de propriété ou par saisie pure et simple;
 - b) une expropriation indirecte se produit lorsqu'une mesure ou une série de mesures d'une Partie ont un effet équivalent à une expropriation directe, en ce qu'elles privent substantiellement l'investisseur des attributs fondamentaux de la propriété de son investissement, y compris du droit d'user, de jouir et de disposer de son investissement, sans qu'il y ait transfert formel d'un titre de propriété ou saisie pure et simple.
2. Pour déterminer si une mesure ou une série de mesures d'une Partie, dans une situation de fait spécifique, constituent une expropriation indirecte, il est nécessaire de procéder à un examen au cas par cas fondé sur les faits, qui tient compte, entre autres, des facteurs suivants :
 - a) l'impact économique de la mesure ou de la série de mesures, même si le seul fait qu'une mesure ou série de mesures d'une Partie aient un effet défavorable sur la valeur économique d'un investissement ne suffit pas à établir qu'il y a eu expropriation indirecte;

- b) la durée de la mesure ou de la série de mesures d'une Partie;
 - c) l'étendue de l'atteinte portée par la mesure ou la série de mesures en cause aux attentes spécifiques et raisonnables sous-tendant l'investissement;
 - d) la nature de la mesure ou de la série de mesures, notamment leur objet, contexte et but.
3. Il est entendu que, sauf dans de rares circonstances où l'impact d'une mesure ou d'une série de mesures est si grave au regard de leur but qu'elles semblent manifestement excessives, les mesures non discriminatoires d'une Partie qui sont conçues et appliquées afin de protéger des objectifs légitimes de bien-être public, notamment en matière de santé, de sécurité et d'environnement, ne constituent pas une expropriation indirecte.



Bruxelles, le 18.4.2018
COM(2018) 194 final

ANNEX 2

ANNEXE

de la

Proposition de décision du Conseil

relative à la conclusion de l'accord de protection des investissements entre l'Union européenne et ses États membres, d'une part, et la République de Singapour, d'autre part

EXPROPRIATION

Les parties confirment leur compréhension commune des points exposés ci-après.

1. L'article 2.6 (Expropriation) couvre deux situations. La première est l'expropriation directe, lorsqu'un investissement visé est nationalisé ou exproprié directement d'une autre façon, par le transfert officiel de propriété ou la saisie pure et simple. La seconde est l'expropriation indirecte, lorsqu'une mesure ou un ensemble de mesures prises par une partie ont des effets équivalents à ceux d'une expropriation directe en ce sens qu'elles privent matériellement l'investisseur visé des droits fondamentaux de propriété associés à l'investissement visé, y compris le droit d'user, de jouir et de disposer de son investissement, et ce, sans transfert officiel de propriété ni saisie pure et simple.

2. Pour déterminer si une mesure ou un ensemble de mesures prises par une partie, dans une situation particulière, constituent une expropriation indirecte, il y a lieu d'examiner les faits de l'espèce au cas par cas, en prenant notamment en considération les facteurs suivants:
 - a) l'incidence économique de la mesure ou de l'ensemble de mesures, ainsi que leur durée, bien que le fait qu'une mesure ou un ensemble de mesures prises par une partie ait des effets négatifs sur la valeur économique d'un investissement ne permette pas d'établir à lui seul qu'il y a eu expropriation indirecte;

- b) l'ampleur des répercussions de la mesure ou de l'ensemble de mesures sur la faculté d'user, de jouir ou de disposer du bien; et
- c) la nature de la mesure ou de l'ensemble de mesures, en particulier leur objet, le contexte dans lequel elles s'inscrivent et l'intention ayant motivé leur adoption.

Il est entendu que, sauf dans les rares cas où une mesure ou un ensemble de mesures ont des effets si rigoureux au regard de leur objet qu'elles semblent manifestement excessives, toute mesure ou tout ensemble de mesures non discriminatoires qui sont élaborées et appliquées par une partie afin de protéger des objectifs légitimes de politique publique, notamment en matière de santé publique, de sécurité et d'environnement, ne constituent pas une expropriation indirecte.

No. 55088*

**Colombia
and
Canada**

Free Trade Agreement between Canada and the Republic of Colombia (with annexes and exchange of letters). Lima, 21 November 2008

Entry into force: *15 August 2011, in accordance with article 2304*

Authentic texts: *English, French and Spanish*

Registration with the Secretariat of the United Nations: *Colombia, 1 April 2018*

**No UNTS volume number has yet been determined for this record. The Text(s) reproduced below, if attached, are the authentic texts of the agreement /action attachment as submitted for registration and publication to the Secretariat. For ease of reference they were sequentially paginated. Translations, if attached, are not final and are provided for information only.*

**Colombie
et
Canada**

Accord de libre-échange entre le Canada et la République de Colombie (avec annexes et échange de lettres). Lima, 21 novembre 2008

Entrée en vigueur : *15 août 2011, conformément à l'article 2304*

Textes authentiques : *anglais, français et espagnol*

Enregistrement auprès du Secrétariat de l'Organisation des Nations Unies : *Colombie,
1^{er} avril 2018*

**Aucun numéro de volume n'a encore été attribué à ce dossier. Les textes disponibles qui sont reproduits ci-dessous sont les textes originaux de l'accord ou de l'action tels que soumis pour enregistrement. Par souci de clarté, leurs pages ont été numérotées. Les traductions qui accompagnent ces textes ne sont pas définitives et sont fournies uniquement à titre d'information.*

CHAPITRE HUIT

INVESTISSEMENT

Section A – Investissement

Article 801 : Portée et champ d'application

1. Le présent chapitre s'applique aux mesures adoptées ou maintenues par une Partie concernant :

- a) les investisseurs de l'autre Partie;
- b) les investissements visés;
- c) tous les investissements effectués sur son territoire pour ce qui est des articles 807, 815 et 816.

2. Il est entendu que les dispositions du présent chapitre ne lient pas une Partie concernant un acte ou un fait antérieur à la date d'entrée en vigueur du présent accord, ou une situation qui a cessé d'exister avant cette date.

3. Conformément aux articles 1305 (Politique de concurrence, monopoles et entreprises d'État - Monopoles désignés) et 1306 (Politique de concurrence, monopoles et entreprises d'État - Entreprises d'État), les Parties confirment qu'elles conviennent qu'aucune disposition du présent chapitre ne peut être interprétée comme empêchant une Partie de désigner un monopole ou de maintenir ou d'établir une entreprise d'État.

Article 802 : Rapports avec les autres chapitres

1. En cas d'incompatibilité entre le présent chapitre et un autre chapitre, ce dernier prévaut dans la mesure de l'incompatibilité.

2. L'obligation faite par une Partie à un fournisseur de services de l'autre Partie de verser un cautionnement ou une autre forme de garantie financière à titre de condition de la fourniture transfrontière d'un service sur son territoire ne rend pas automatiquement le présent chapitre applicable aux mesures adoptées ou maintenues par la Partie concernant la fourniture transfrontière de ce service. Le présent chapitre s'applique aux mesures adoptées ou maintenues par la Partie relativement au cautionnement ou à la garantie financière ainsi versé, dans la mesure où le cautionnement ou la garantie financière est un investissement visé.

3. Le présent chapitre ne s'applique pas aux mesures adoptées ou maintenues par une Partie dans la mesure où celles-ci sont couvertes par le chapitre onze (Services financiers).

4. Les articles 904 (Commerce transfrontières des services – Accès aux marchés) et 907 (Commerce transfrontières des services – Réglementation interne) sont incorporés dans le présent chapitre et en font partie intégrante et s'appliquent aux mesures adoptées ou maintenues par une Partie concernant la fourniture d'un service sur son territoire par un investissement visé¹.

Article 803 : Traitement national

1. Chaque Partie accorde aux investisseurs de l'autre Partie un traitement non moins favorable que celui qu'elle accorde, dans des circonstances similaires, à ses propres investisseurs, en ce qui concerne l'établissement, l'acquisition, l'expansion, la gestion, la direction, l'exploitation et la vente ou autre aliénation d'investissements sur son territoire.

2. Chaque Partie accorde aux investissements visés un traitement non moins favorable que celui qu'elle accorde, dans des circonstances similaires, aux investissements effectués par ses propres investisseurs, en ce qui concerne l'établissement, l'acquisition, l'expansion, la gestion, la direction, l'exploitation et la vente ou autre aliénation d'investissements sur son territoire.

3. Le traitement accordé par une Partie en vertu des paragraphes 1 et 2 signifie, en ce qui concerne un gouvernement sous-national, un traitement non moins favorable que le traitement le plus favorable accordé par ce gouvernement sous-national, dans des circonstances similaires, aux investisseurs, et aux investissements effectués par les investisseurs, de la Partie dont il forme une partie.

¹ Les Parties conviennent que toute réserve établie par une Partie en vertu de l'article 906 (Commerce transfrontières des services – Mesures non conformes) à l'égard de l'article 904 (Commerce transfrontières des services – Accès aux marchés) s'applique aux mesures de ladite Partie visées au paragraphe 4.

Annexe 811

Expropriation indirecte

Les Parties confirment qu'elles partagent l'opinion suivante :

1. Le paragraphe 1 de l'article 811 envisage deux cas de figure. Le premier cas de figure est l'expropriation directe, où un investissement est nationalisé ou autrement exproprié directement en vertu du droit international.
2. Le deuxième cas de figure est l'expropriation indirecte, qui résulte d'une mesure ou d'un train de mesures d'une Partie qui a un effet équivalent à l'expropriation directe sans transfert formel de titre ou confiscation pure et simple.
 - a) Pour établir si une mesure ou un train de mesures d'une Partie constitue une expropriation indirecte, il faut un examen au cas par cas et une enquête sur les faits où les facteurs suivants, entre autres, sont pris en considération :
 - i) les effets économiques de la mesure ou du train de mesures, encore que le fait que la mesure ou le train de mesures de la Partie ait un effet défavorable sur la valeur économique d'un investissement ne suffise pas à lui seul à établir qu'il y a eu expropriation indirecte,
 - ii) la mesure dans laquelle la mesure ou le train de mesures porte atteinte aux attentes définies et raisonnables fondées sur l'investissement,
 - iii) la nature de la mesure ou du train de mesures;
 - b) Sauf dans de rares cas, par exemple lorsque la mesure ou le train de mesures est si rigoureux au regard de son objet qu'on ne peut raisonnablement penser qu'il a été adopté de bonne foi, ne constituent pas une expropriation indirecte les mesures non discriminatoires d'une Partie qui sont conçues et appliquées dans un but légitime de protection du bien-être public, par exemple en matière de santé, de sécurité et la protection de l'environnement.

Annexe 821

**Renonciations et consentements types requis
en vertu de l'article 821 du présent accord**

Afin de faciliter la présentation des renonciations requises en vertu de l'article 821 du présent accord et pour assurer la bonne marche des procédures de règlement des différends énoncées à la section B, les renonciations types suivantes sont utilisées, selon le type de plainte.

Les plaintes déposées en vertu de l'article 819 doivent être accompagnées soit de la formule 1, si l'investisseur est un ressortissant d'une Partie, soit de la formule 2, si l'investisseur est une Partie, une entreprise d'État ou une entreprise de cette Partie.

Lorsque la plainte porte sur des pertes ou des dommages causés à des intérêts dans une entreprise de l'autre Partie qui est une personne morale dont l'investisseur a la propriété ou le contrôle directement ou indirectement, la formule 1 ou la formule 2 doit être accompagnée de la formule 3.

Les plaintes déposées en vertu de l'article 820 doivent être accompagnées soit de la formule 1, si l'investisseur est un ressortissant d'une Partie, soit de la formule 2, si l'investisseur est une Partie, une entreprise d'État ou une entreprise de cette Partie, et de la formule 4.

Formule 1

Consentement et renonciation par un investisseur qui dépose une plainte en vertu de l'article 819 ou de l'article 820 (si l'investisseur est un ressortissant d'une Partie) de l'Accord de libre-échange entre le Canada et la République de Colombie fait le (date de signature) :

Je, _____ (Nom de l'investisseur) _____, consens à l'arbitrage conformément aux modalités établies dans l'Accord, et renonce à mon droit d'engager ou de poursuivre, devant un tribunal administratif ou judiciaire relevant de l'une ou l'autre des Parties à l'Accord, ou devant d'autres instances de règlement des différends, des procédures se rapportant à la mesure de _____ (Nom de la Partie contestante) _____ dont il est allégué qu'elle constitue un manquement visé à l'article 819, à l'exception d'une procédure d'injonction, d'une procédure déclaratoire ou d'un autre recours extraordinaire ne comportant pas le paiement de dommages-intérêts, entrepris devant un tribunal administratif ou judiciaire relevant de _____ (Nom de la Partie contestante) _____.

(Doit être signé et daté.)

Formule 2

Consentement et renonciation par un investisseur qui dépose une plainte en vertu de l'article 819 ou de l'article 820 (si l'investisseur est une Partie, une entreprise d'État ou une entreprise de cette Partie) de l'Accord de libre-échange entre le Canada et la République de Colombie fait le (date de signature) :

Je, _____ (Nom du déclarant) _____, au nom de _____ (Nom de l'investisseur) _____, consens à l'arbitrage conformément aux modalités établies dans l'Accord, et renonce au droit de _____ (Nom de l'investisseur) _____ d'engager ou de poursuivre, devant un tribunal administratif ou judiciaire relevant de l'une ou l'autre des Parties à l'Accord, ou devant d'autres instances de règlement des différends, des procédures se rapportant à la mesure de _____ (Nom de la Partie contestante) _____ dont il est allégué qu'elle constitue un manquement visé à l'article 819 ou 820, à l'exception d'une procédure d'injonction, d'une procédure déclaratoire ou d'un autre recours extraordinaire ne comportant pas le paiement de dommages-intérêts, entrepris devant un tribunal administratif ou judiciaire relevant de _____ (Nom de la Partie contestante) _____. Je déclare solennellement être dûment autorisé à signer les présents consentement et renonciation au nom de _____ (Nom de l'investisseur) _____.

(Doit être signé et daté.)

Merci d'utiliser le titre suivant lorsque vous citez ce document :

OCDE (2004), « Le traitement de la nation la plus favorisée dans le droit international des investissements », Éditions OCDE.
<http://dx.doi.org/10.1787/338113032407>



Le traitement de la nation la plus favorisée dans le droit international des investissements

OCDE

La version originale de ce document a été publiée comme suit :

OECD (2004), “Most-Favoured-Nation Treatment in International Investment Law”, *OECD Working Papers on International Investment*, 2004/02, OECD Publishing.
<http://dx.doi.org/10.1787/518757021651>



DIRECTION DES AFFAIRES FINANCIERES ET DES ENTREPRISES

DOCUMENTS DE TRAVAIL DE SUR L'INVESTISSEMENT INTERNATIONAL
Numéro 2004/2

LE TRAITEMENT DE LA NATION LA PLUS FAVORISEE DANS LE DROIT INTERNATIONAL DES INVESTISSEMENTS

Septembre 2004

Le présent document, déclassifié sous la responsabilité du Secrétaire général, a été développé en soutien des travaux du Comité de l'investissement en vue de mieux comprendre les dispositions de protection de l'investissement dans les accords internationaux.

Le présent document a bénéficié des discussions et de la variété des perspectives au sein du Comité. Le présent document en tant que revue factuel, cependant, n'est pas censée refléter nécessairement le point de vue de l'OCDE ou des gouvernements des pays membres de l'Organisation, ni préjuger d'une quelconque façon de négociations ou de différends présents ou à venir concernant des accords sur l'investissement.

Le présent document a été préparée par Marie-France Houde, Administrateur principal, Division de l'investissement, Direction des Affaires financières et des entreprises, et Fabrizio Pagani, Direction des affaires juridiques.

LE TRAITEMENT DE LA NATION LA PLUS FAVORISEE DANS LE DROIT INTERNATIONAL DES INVESTISSEMENTS

1. Introduction

Les accords bilatéraux et régionaux sur l'investissement se sont multipliés au cours des dix dernières années et de nouveaux accords sont actuellement négociés. Les accords sur l'investissement ont en commun leur clause de la nation la plus favorisée (NPF), qui garantit que les parties à un traité octroient un traitement non moins favorable que celui qu'elles accordent en vertu d'autres traités dans les secteurs visés par la clause. Les clauses NPF sont donc devenues un instrument significatif de la libéralisation économique en matière d'investissement. Qui plus est, la clause NPF, en accordant aux investisseurs de toutes les parties bénéficiaires, dans des circonstances similaires, un traitement non moins favorable que les partenaires les plus proches ou les plus influents d'un pays donné peuvent négocier dans des domaines couverts par la clause, permet d'éviter les distorsions économiques qu'entraînerait une libéralisation plus sélective, pays par pays. Ce traitement peut résulter de l'application des traités ou des actes législatifs ou administratifs du pays comme de la simple pratique.

Le présent article procède à un revue factuel de la jurisprudence et des publications correspondantes sur les clauses NPF des accords sur l'investissement, en vue de mieux comprendre comment s'articule le traitement de la nation la plus favorisée entre de tels accords.

- La *section II* définit la clause NPF, retrace son origine et en donne certains exemples tirés des deux principaux types de modèles d'accords sur l'investissement, à savoir le « modèle nord-américain » et le « modèle européen »).
- La *section III* résume les aspects pertinents des vastes travaux menés par la Commission du droit international (CDI) entre 1968 et 1978 sur les clauses NPF.
- La *section IV* décrit des sentences arbitrales récentes concernant le champ d'application des clauses de traitement NPF prononcées à la suite de différends liés à des traités sur l'investissement.
- La *section V* procède à une synthèse de l'article.

2. Clause NPF - définition, origine et exemples

2.1. Définition

On considère généralement qu'accorder le traitement NPF dans des accords sur l'investissement signifie qu'un investisseur d'une partie à un accord ou son investissement seront traités par l'autre partie « dans des

conditions non moins favorables », à l'égard d'un objet donné, qu'un investisseur ou un investissement d'un autre pays.¹ La plupart des accords internationaux sur l'investissement comportent une clause relative au traitement NPF. Même si le texte, le contexte et même l'objet et le but d'une clause NPF donnée doivent être pris en compte lors de l'interprétation de cette clause, celle-ci constitue l'instrument de « multilatéralisation » par excellence des avantages accordés à des investisseurs étrangers et à leurs investissements.

Bien que la règle du traitement NPF ait été associée par certains au principe de l'égalité des États,² on estime actuellement qu'une obligation NPF n'existe que si elle est créée par une clause contenue dans un traité.³ En l'absence d'obligation instaurée par un traité (ou, sur ce point, d'une obligation NPF découlant du droit interne), les pays ont la possibilité de pratiquer une discrimination entre les nations étrangères dans leurs affaires économiques.

2.2. Origines⁴

La clause NPF constitue depuis des siècles l'un des piliers de la politique commerciale. Son existence remonte au douzième siècle, même si l'expression semble n'être apparue qu'au dix-septième siècle. Les clauses relatives au traitement NPF se sont multipliées dans les traités à la faveur de la croissance des échanges commerciaux aux quinzième et seizième siècles. Les États-Unis ont inséré une clause NPF dans leur premier traité, conclu en 1778 avec la France.⁵ Aux dix-neuvième et vingtième siècles, la clause NPF figurait souvent dans différents traités, en particulier les traités d'amitié, de commerce et de navigation. Le traitement NPF figurait parmi les obligations fondamentales de la politique commerciale aux termes de la Charte de La Havane, les membres devant s'engager à « tenir dûment compte du fait qu'il convient d'éviter la discrimination entre investissements étrangers ». ⁶ L'inclusion de clauses NPF s'est généralisée dans les nombreux traités bilatéraux, régionaux et multilatéraux sur l'investissement conclus après 1950 à la suite de l'abandon du projet de mise en œuvre de la Charte de La Havane.

Son importance pour les relations économiques internationales est mise en évidence par le fait que la disposition relative au traitement NPF de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT) (Article 1, Traitement général de la nation la plus favorisée) et de l'Accord général sur le commerce des services (AGCS) ⁷ (Article II, Traitement de la nation la plus favorisée) stipule qu'il sera accordé « immédiatement et sans condition » (même si, dans le cas de l'AGCS, un membre pourra maintenir une mesure incompatible avec cette disposition pour autant que celle-ci figure à l'Annexe sur les exemptions des obligations énoncées et satisfasse aux conditions qui sont indiquées dans ladite annexe.)

2.3. Exemples de clauses NPF dans les traités sur l'investissement

L'inventaire des clauses NPF contenues dans les traités sur l'investissement ne permet pas de dégager un tableau uniforme. De fait, l'éventail des clauses NPF est très diversifié. Certaines clauses NPF sont formulées de façon stricte et d'autres de façon plus générale. En outre, le contexte dans lequel elles s'insèrent varie, tout comme l'objet et le but des traités dans lesquelles elles figurent. On en trouvera ci-après un échantillon représentatif.

C'est l'Allemagne qui a conclu le plus grand nombre de traités bilatéraux d'investissement (TBI) L'article 3 (1) et (2) du modèle de traité de l'Allemagne de 1998 associe l'obligation NPF à l'obligation de traitement national :

« (1) aucun des États contractants ne soumettra, sur son territoire, les investissements des investisseurs de l'autre État contractant ou placés sous leur contrôle à un traitement moins

favorable que celui qu'il accorde aux investissements effectués par ses propres investisseurs ou par des investisseurs de tout État tiers.

2) *Aucun des États contractants ne soumettra les investisseurs de l'autre État contractant, en ce qui concerne leurs activités liées à des investissements effectués sur son territoire, à un traitement moins favorable que celui qu'il accorde à ses propres investisseurs ou à ceux de tout autre État tiers. »*

Le champ d'application de cette clause NPF générale n'est pas restreint à une partie spécifique du traité. Il convient de noter également que le modèle de TBI de l'Allemagne de 1998 comporte une autre clause NPF qui se rapporte seulement à la protection et à la sécurité complètes de même qu'à l'expropriation, qui sont l'objet de l'article 4. L'article 4(4) dispose expressément:

« Les investisseurs des deux États contractants bénéficieront du traitement de la nation la plus favorisée sur le territoire de l'autre État contractant à l'égard des questions visées par le présent article »

Le **modèle de TBI des Pays-Bas** adopte la même approche et combine, en outre, à l'article 3, l'obligation NPF et d'autres règles de traitement, à savoir le traitement national (suivant celui des deux traitements qui est le plus favorable), le traitement juste et équitable et une protection et une sécurité complètes. L'article 3(1) et (2), qui porte sur le traitement non discriminatoire, dispose :

« (1) Chaque partie contractante garantira un traitement juste et équitable aux investissements des ressortissants de l'autre partie contractante et n'entravera pas, par des mesures déraisonnables ou discriminatoires, l'exploitation, la gestion, l'entretien, l'utilisation, la jouissance ou l'aliénation de ces investissements par ces ressortissants. Chaque partie contractante accordera à ces investissements une sécurité et une protection physiques complètes.

(2) En particulier, chaque partie contractante accordera à ces investissements un traitement qui, dans tous les cas, ne sera pas moins favorable que celui qu'elle accorde aux investissements de ses propres ressortissants ou à ceux d'un État tiers, le traitement le plus favorable au ressortissant concerné étant appliqué. »

L'article 3 du **TBI conclu par l'Albanie et le Royaume-Uni** prévoit :

« Dispositions relatives au traitement national et à la nation la plus favorisée

(1) Aucune des deux parties contractantes ne soumettra, sur son territoire, les investissements ou les revenus des ressortissants ou des sociétés de l'autre partie contractante à un traitement moins favorable que celui qu'elle accorde aux investissements ou aux revenus de ses propres ressortissants ou sociétés ou aux investissements ou revenus des ressortissants ou des sociétés de tout État tiers.

(2) Aucune des deux parties contractantes ne soumettra, sur son territoire, les ressortissants ou les sociétés de l'autre partie contractante, en ce qui concerne la gestion, l'entretien, l'utilisation, la jouissance ou l'aliénation de leurs investissements, à un traitement moins favorable que celui qu'elle accorde à ses propres ressortissants ou sociétés ou aux ressortissants ou sociétés de tout État tiers.

(3) Pour éviter toute ambiguïté, il est confirmé que le traitement visé aux paragraphes (1) et (2) ci-dessus s'appliquera aux dispositions des articles 1 à 11 du présent accord. »

Les articles 1 à 11 couvrent toutes les dispositions de l'accord, sauf les clauses finales.

La formulation type de la clause NPF dans les TBI des États-Unis et du Canada couvre à la fois le stade de l'établissement et le stade postérieur à l'établissement. Elle énumère également les opérations visées⁸ et dispose expressément que le droit s'applique seulement dans les « circonstances similaires », et ce à la différence des autres TBI (en particulier les « TBI établis sur le modèle européen ») qui ne font pas référence au contexte comparatif de l'examen du traitement. On trouve des exemples récents de cette formulation dans le chapitre sur l'investissement de l'accord de libre-échange entre les États-Unis et le Chili⁹, l'Accord de libre-échange entre les États-Unis et Singapour¹⁰ conclu en 2003 et l'Accord de libre-échange entre le Canada et le Chili conclu en 1997, dont la formulation s'inspire de celle de l'ALENA. L'article 10.3 (Traitement de la nation la plus favorisée) de l'Accord de libre-échange entre les États-Unis et le Chili dispose :

« (1) Chacune des parties accordera aux investisseurs de l'autre partie un traitement non moins favorable que celui qu'elle accorde, dans des circonstances similaires, aux investisseurs d'une tierce partie, en ce qui concerne l'établissement, l'acquisition, l'expansion, la gestion, la direction, l'exploitation et la vente ou autre aliénation d'investissements.

(2) Chacune des parties accordera aux investissements visés un traitement non moins favorable que celui qu'elle accorde, dans des circonstances similaires, aux investissements des investisseurs d'une tierce partie, en ce qui concerne l'établissement, l'acquisition, l'expansion, la gestion, la direction, l'exploitation et la vente ou autre aliénation d'investissements. »

Dans l'**Accord de libre-échange entre les États-Unis et Singapour**, le traitement national et la nation la plus favorisée relèvent du même article :

« Article 15.4 : Traitement national et traitement de la nation la plus favorisée

(3) Chaque partie accordera aux investisseurs de l'autre partie un traitement non moins favorable que celui qu'elle accorde sur son territoire, dans des circonstances similaires, aux investisseurs d'une tierce partie en ce qui concerne l'établissement, l'acquisition, l'expansion, la gestion, la direction, l'exploitation et la vente ou autre aliénation d'investissements. Chaque partie accordera aux investissements visés un traitement non moins favorable que celui qu'elle accorde, dans des circonstances similaires, aux investissements effectués sur son territoire par des investisseurs d'une tierce partie en ce qui concerne l'établissement, l'acquisition, l'expansion, la gestion, la direction, l'exploitation et la vente ou autre aliénation d'investissements. Le traitement que chaque partie accordera en vertu de ce paragraphe est le « traitement de la nation la plus favorisée ».

(4) Chaque partie accordera aux investisseurs de l'autre partie et à leurs investissements visés le traitement national ou le traitement de la nation la plus favorisée, le traitement le plus avantageux des deux étant appliqué. »

Dans l'**Accord de libre-échange entre le Canada et le Chili**, l'article G-03 : Traitement de la nation la plus favorisée, prévoit :

« (1) Chacune des parties accordera aux investisseurs de l'autre partie un traitement non moins favorable que celui qu'elle accorde, dans des circonstances similaires, aux investisseurs d'un pays tiers, en ce qui concerne l'établissement, l'acquisition, l'expansion, la gestion, la direction, l'exploitation et la vente ou autre aliénation d'investissements.

2. Chacune des parties accordera aux investissements effectués par les investisseurs de l'autre partie un traitement non moins favorable que celui qu'elle accorde, dans des circonstances similaires, aux investissements des investisseurs d'un pays tiers, en ce qui concerne l'établissement, l'acquisition, l'expansion, la gestion, la direction, l'exploitation et la vente ou autre aliénation d'investissements. »

Les textes de ces accords sont semblables au sens où ils précisent clairement que l'intention est d'utiliser le critère de la similitude des circonstances dans lesquelles le traitement est accordé comme base de comparaison. La jurisprudence en ce qui concerne les clauses NPF faisant appel à une base de comparaison différente et qui s'attache à la catégorisation des secteurs affectés par le traitement ou à la catégorisation des types de traités qui nécessitent ce traitement, ne revêt sans doute que peu d'intérêt pour l'analyse demandée par ces accords.

2.4. Restrictions et exceptions

De nombreuses clauses NPF énoncées dans les traités sur l'investissement renferment des restrictions et des exceptions spécifiques, qui excluent certains domaines de leur application, par exemple l'intégration économique régionale, les questions relatives à la fiscalité, les subventions ou les marchés publics et les exceptions par pays. Selon la formulation, la mention spécifique de ces limitations pourrait constituer un facteur permettant de déterminer si certaines autres questions entrent dans le champ d'application d'une clause NPF. En voici quelques exemples :

L'article 3 (3) et (4) **du modèle de TBI de l'Allemagne de 1998** dispose :

« (3) Ce traitement ne concernera pas les privilèges que l'un ou l'autre des États contractants accorde à des investisseurs d'États tiers en raison de son appartenance ou de son association à une union douanière ou économique, à un marché commun ou à une zone de libre-échange.

(4) Le traitement accordé aux termes de cet article ne sera pas lié aux avantages que l'un ou l'autre des États contractants accorde aux investisseurs d'États tiers en raison d'un accord visant à éviter la double imposition ou d'autres accords relatifs aux questions fiscales. »

L'article du **modèle de TBI des Pays-Bas** qui porte sur le traitement général contient l'exception suivante à l'obligation NPF (Article 3) :

« (3) Si une partie contractante a accordé des avantages spéciaux aux ressortissants de tout État tiers en raison d'accords établissant une union douanière, économique ou monétaire ou des institutions similaires, ou en se fondant sur des accords d'étape devant mener à de telles unions ou institutions, cette partie contractante ne sera pas tenue d'accorder ces avantages aux ressortissants de l'autre partie contractante ».

En outre, l'article 4 du modèle, qui concerne seulement le traitement des impôts, prévoit dans sa deuxième partie des exceptions aux obligations de traitement NPF et de traitement national énoncées dans la première partie. L'article s'applique aux ressortissants des parties contractantes ou aux ressortissants de tout État tiers qui se trouvent « dans les mêmes circonstances ». L'article 4 (reproduit ici dans son intégralité) est ainsi formulé :

« En ce qui concerne les taxes, droits et redevances et les déductions et exemptions fiscales, chaque partie contractante accordera aux ressortissants de l'autre partie contractante qui sont engagés dans toute activité économique sur son territoire un traitement non moins

Non classifié

DAFFE/MAI(98)8/REV1



Organisation for Economic Co-operation and Development
Organisation de Coopération et de Développement Economiques

12 mai 1998

Groupe de négociation de l'Accord multilatéral sur l'investissement (AMI)

L'ACCORD MULTILATERAL SUR L'INVESTISSEMENT

COMMENTAIRE DU TEXTE CONSOLIDE

(Note du Secrétariat)

Ce document contient le commentaire au texte consolidé de l'AMI examiné au cours des négociations jusqu'à ce jour. Le texte de ce document résulte principalement des travaux des Groupes d'experts et n'a pas été adopté par le Groupe de négociation. Le projet de texte, qui est présenté avec des notes de bas de page et des propositions qui sont toujours en cours d'examen, est disponible séparément [DAFFE/MAI(98)7/REV1].

III. TRAITEMENT DES INVESTISSEURS ET DES INVESTISSEMENTS

GENERALITES

Il est entendu que les articles 1 et 2 ont été rédigés sans préjudice des autres aspects de l'accord, concernant notamment les définitions, les réserves, les exceptions, le statu quo et le démantèlement ainsi que le rôle du Groupe des parties.

TRAITEMENT NATIONAL ET REGIME DE LA NATION LA PLUS FAVORISEE

1. Certaines délégations auraient préféré que les dispositions avant et après établissement fassent l'objet d'articles distincts, mais la majorité des délégations ont estimé qu'un texte unique permettrait de mieux prendre en compte la portée souhaitée pour l'accord et éviterait la difficulté à laquelle on se heurte pour situer la limite entre "avant" et "après" l'établissement. Il a été convenu de travailler dans un premier temps sur la base d'un texte unique. Certaines délégations ont attiré l'attention sur les liens entre un texte unique couvrant le traitement des investisseurs avant et après l'établissement et les questions ayant trait aux définitions et à la portée de l'accord. Deux délégations ont réservé leur position en attendant le résultat des discussions sur ces points. Le Groupe de rédaction n°3 a également estimé que la portée des engagements pris par chaque pays pourrait être définie par l'utilisation d'un libellé précis des éventuelles réserves convenues au traitement national/régime NPF et éventuellement par l'ajout de références aux lois ou règlements applicables. Le Groupe est convenu que toutes les activités de diversification sont prises en compte par la référence à "l'établissement, l'acquisition et l'expansion".

2. L'ajout des termes "sur son territoire" aux articles 1.1 et 1.2 a été proposé pour deux raisons : i) définir le champ d'application du traitement national et du régime de la nation la plus favorisée, et ii) fournir une référence appropriée pour évaluer le traitement national et le régime NPF. Cette adjonction établirait clairement que les parties contractantes n'ont pas d'obligation à l'égard des investisseurs d'une autre partie contractantes dans un pays tiers. Une délégation a suggéré une troisième raison pour l'ajout des mots "sur son territoire" : insister sur la nécessité d'éviter d'imposer aux entreprises multinationales des obligations contradictoires. Mais, dans le même temps, il importe de ne pas restreindre indûment le champ d'application de l'accord, par exemple en excluant les activités internationales d'investisseurs établis et de leurs investissements. Il reste à déterminer où placer ces mots dans ces paragraphes. Il a été également proposé de régler cette question, comme dans l'ALENA, dans l'article concernant le champ d'application de l'accord. Quelle que soit la décision prise, il faut veiller à la cohérence dans l'ensemble de l'accord.

3. Certaines délégations ont suggéré qu'il serait plus approprié de remplacer les termes "traitement non moins favorable" par "même traitement" ou "traitement comparable". Cette modification aurait pour objet de prévenir une concurrence effrénée pour les investissements internationaux, avec tous les coûts et distorsions qu'elle entraîne pour les flux d'investissements. Toutefois, la plupart des délégations ont estimé qu'une telle modification affaiblirait de manière inacceptable la norme de traitement du point de vue des investisseurs.

4. Différents avis se sont exprimés sur la valeur d'une liste "ouverte" ou "fermée" des activités d'investissement auxquelles devraient s'appliquer les dispositions relatives au traitement national et au régime NPF, avant et/ou après établissement. Une liste fermée aurait l'avantage de la certitude, mais risquerait d'omettre des éléments susceptibles d'être importants pour les investisseurs. Une liste ouverte permettrait de couvrir toutes les formes possibles d'investissement, y compris les formes nouvelles. Mais elle pourrait également être source d'incertitude quant à la portée de l'accord et avoir des effets négatifs sur l'application des conventions en matière d'investissement en vigueur, bilatérales ou autres, utilisant une liste fermée. Plusieurs délégations ont estimé que l'énumération "établissement, acquisition, expansion, exploitation, gestion, entretien, utilisation, jouissance et vente ou autre aliénation d'investissements" devait être considérée comme une énumération complète visant à couvrir toutes les activités des investisseurs et de leurs investissements aussi bien avant qu'après l'établissement. Selon ces délégations, cette solution est la meilleure. Il a été également proposé de remplacer "aliénation" par "vente ou autre aliénation" à l'article 1.2 du projet d'articles sur certains sujets relatifs à la protection de l'investissement.

5. Les termes traitement national et régime NPF s'entendent de manière comparative. Certaines délégations ont estimé que les termes traitement national et régime NPF définissent implicitement le contexte de comparaison pour déterminer si une mesure est ou non discriminatoire à l'encontre des investisseurs étrangers et de leurs investissements ; elles considèrent que les mots "dans des circonstances similaires" sont inutiles et risquent d'être interprétés de manière abusive. D'autres délégations estiment en revanche que le contexte de comparaison devrait être précisé de manière explicite et demandent que l'expression "dans des circonstances similaires" soit ajoutée. On trouve des exemples d'inclusion d'une référence expresse dans l'Instrument relatif au traitement national, dans certaines conventions bilatérales en matière d'investissement et dans l'ALENA. En revanche, d'autres conventions bilatérales en matière d'investissement ne comportent pas de référence expresse, de même que le Traité sur la Charte de l'énergie (bien que deux délégations aient fait une déclaration concernant les "circonstances similaires").

6. Le Groupe de rédaction n°3 a examiné deux options : suppression de "dans des circonstances similaires" (option A) et inclusion de "dans des circonstances similaires" (option B).

Option A. Le traitement national et le régime NPF sont des notions comparatives. Ils autorisent des différences de traitement loyales et équitables justifiées par des différences pertinentes de situation. Dans ce contexte, la nationalité n'est pas pertinente. Certaines délégations souhaiteraient peut-être modifier ce texte à la lumière du commentaire ci-dessous concernant l'option B, qui n'a pas été examiné.

Option B. Une délégation a soumis le commentaire suivant :

“Le traitement national et le régime de la nation la plus favorisée sont des normes relatives, qui exigent une comparaison entre le traitement d’un investisseur étranger et de son investissement et le traitement des investisseurs et des investissements nationaux ou de pays tiers. Ces deux normes ont pour but d’empêcher une discrimination de fait ou de droit par rapport aux investisseurs ou investissements nationaux ou aux investisseurs et investissements d’un pays tiers. Toutefois, les pays peuvent avoir des raisons légitimes d’accorder un traitement différent à des types différents d’investissements.

L’expression “dans des circonstances similaires” garantit que la comparaison s’effectue entre les investisseurs et les investissements en fonction des caractéristiques qui sont pertinentes aux fins de cette comparaison. Le but est de permettre la prise en compte de toutes les circonstances pertinentes, y compris celles se rapportant à un investisseur étranger et à son investissement, pour décider sur quels investisseurs nationaux ou quels investisseurs de pays tiers et leurs investissements doit porter la comparaison, les caractéristiques qui ne sont pas pertinentes pour cette comparaison n’étant pas prises en compte.”

7. Il a été demandé si le traitement accordé aux investisseurs étrangers par un Etat infra-fédéral ou une province ne répondrait aux critères du traitement national que s’il était non moins favorable que le traitement accordé aux investisseurs du même Etat ou de la même province, ou s’il suffirait d’accorder un traitement non moins favorable que celui accordé aux investisseurs de n’importe quel autre Etat ou province. Cette question devra être résolue le moment venu par le Groupe de négociation.

8. Comme l’a indiqué le Groupe de négociation, l’article 1 vise à régler tout problème de discrimination de facto et de jure.

9. Certaines délégations ont estimé que l’article 1.3 n’était pas absolument nécessaire, puisqu’il n’ajoute aucune obligation de fond aux articles 1.1 et 1.2. Toutefois, l’article 1.3 souligne qu’au total l’objectif des articles 1.1 et 1.2 est de faire bénéficier les investisseurs et leurs investissements de celui des deux régimes, traitement national et régime NPF, qui est le plus favorable.

Document:-

A/33/10

**Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa
trentième session (8 mai – 28 juillet 1978)**

sujet:

<plusieurs des sujets>

Extrait de l'Annuaire de la Commission du droit international:-

1978, vol. II(2)

*Telechargé du site Internet de la Commission du Droit International
(<http://www.un.org/law/french/ilc/index.htm>)*

parce que telle est la volonté commune de l'Etat concédant et de l'Etat bénéficiaire. L'accord entre l'Etat concédant et un Etat tiers qui crée des obligations dans les relations entre ces Etats n'en crée pas dans les relations entre l'Etat concédant et l'Etat bénéficiaire. Cet accord n'est rien de plus qu'un « acte-condition ».

6) La relation entre le traité contenant la clause de la nation la plus favorisée et le traité postérieur avec l'Etat tiers a été décrite comme suit :

Si l'on compare le traité postérieur aux aiguilles d'une horloge qui indiquent l'heure, c'est le traité antérieur qui constitue le mécanisme faisant tourner les aiguilles¹¹³.

7) S'il n'y a pas de traité ou autre accord entre l'Etat concédant et l'Etat tiers, la règle énoncée dans l'article devient encore plus évidente. La racine du droit de l'Etat bénéficiaire est alors manifestement le traité contenant la clause. L'étendue des avantages auxquels le bénéficiaire de cette clause pourra prétendre sera déterminée par les avantages effectifs que l'Etat concédant aura conférés à l'Etat tiers.

8) Les parties qui stipulent la clause — c'est-à-dire l'Etat concédant et l'Etat bénéficiaire — peuvent toutefois restreindre dans le traité ou l'accord lui-même l'étendue des avantages auxquels peut prétendre l'Etat bénéficiaire. Cette restriction peut consister par exemple en l'imposition d'une condition — question qui est traitée plus loin¹¹⁴. Si la clause contient une restriction, l'Etat bénéficiaire ne peut revendiquer d'avantages allant au-delà des limites fixées par la clause, même si les avantages qu'il obtient ainsi sont inférieurs à ceux que l'Etat concédant confère à l'Etat tiers. En d'autres termes, le traitement accordé à l'Etat tiers par l'Etat concédant n'est applicable que dans le cadre fixé par la clause. C'est pourquoi il est dit expressément au paragraphe 2 de l'article 8 que le traitement de la nation la plus favorisée auquel l'Etat bénéficiaire peut prétendre, pour lui-même ou au profit de personnes ou de choses se trouvant dans un rapport déterminé avec lui, *en vertu de la clause visée au paragraphe 1*, est déterminé par le traitement conféré par l'Etat concédant à un Etat tiers ou à des personnes ou des choses se trouvant dans le même rapport avec cet Etat tiers. Le paragraphe 2 reflète de façon générale la règle *ejusdem generis*, dont le contenu est explicité dans les articles 9 et 10 ci-après.

Article 9. — Etendue des droits découlant d'une clause de la nation la plus favorisée

1. En vertu d'une clause de la nation la plus favorisée, l'Etat bénéficiaire acquiert, pour lui-même ou au profit de personnes ou de choses se trouvant dans un rapport déterminé avec lui, uniquement les droits qui rentrent dans les limites de la matière objet de la clause.

2. L'Etat bénéficiaire acquiert les droits prévus au paragraphe 1 uniquement en ce qui concerne des personnes ou des choses qui sont spécifiées dans la clause ou qui sont implicitement visées par la matière objet de la clause.

Article 10. — Acquisition de droits en vertu d'une clause de la nation la plus favorisée

1. En vertu d'une clause de la nation la plus favorisée, l'Etat bénéficiaire n'acquiert le droit au traitement de la nation la plus favorisée que si l'Etat concédant confère à un Etat tiers un traitement qui ressortit à la matière objet de la clause.

2. L'Etat bénéficiaire n'acquiert des droits découlant du paragraphe 1 en ce qui concerne des personnes ou des choses se trouvant dans un rapport déterminé avec lui que si ces personnes ou ces choses

a) appartiennent à la même catégorie de personnes ou de choses que celles se trouvant dans un rapport déterminé avec un Etat tiers qui bénéficient du traitement qui leur est conféré par l'Etat concédant et

b) se trouvent avec l'Etat bénéficiaire dans le même rapport que celui dans lequel les personnes et les choses visées à l'alinéa a se trouvent avec cet Etat tiers.

Commentaire des articles 9 et 10

Portée de la clause de la nation la plus favorisée quant à sa matière

1) La règle parfois appelée *ejusdem generis* est généralement reconnue et affirmée par la jurisprudence des tribunaux internationaux comme par la pratique diplomatique. On a expliqué la teneur de cette règle par le schéma suivant :

Supposons qu'un traité commercial conclu entre l'Etat A et l'Etat B comporte une clause de la nation la plus favorisée qui permet à l'Etat A de revendiquer auprès de l'Etat B le traitement que ce dernier accorde à tout autre Etat. L'Etat A ne serait pas pour autant en droit de demander à l'Etat B l'extradition d'une personne accusée d'un crime du seul fait que l'Etat B s'est engagé à extradier les personnes accusées de crimes du même type dans l'Etat C, ou le fait volontairement. La raison de cette situation, qui semble résider dans l'intention commune des parties, est que la clause ne peut avoir d'effet qu'en ce qui concerne la matière que les deux Etats avaient en vue lorsqu'ils ont inséré la clause dans leur traité¹¹⁵.

Si le sens de cette règle est clair, son application n'est pas toujours simple. On peut tirer de la pratique, fort abondante, quelques exemples qui illustrent les difficultés rencontrées et les solutions possibles.

2) Dans l'*Affaire de l'Anglo-Iranian Oil Company* (1952), la CIJ a déclaré ce qui suit :

Le Royaume-Uni a également avancé, sous une forme toute différente, un argument relatif à la clause de la nation la plus favorisée. Si le Danemark pouvait porter devant la Cour des questions relatives à l'application du traité conclu par lui en 1934 avec l'Iran, et si le Royaume-Uni ne pouvait soumettre à la Cour des questions relatives à l'application du même traité,

¹¹³ Sir Gerald Fitzmaurice, « The law and procedure of the International Court of Justice, 1951-54 : Points of substantive law - Part II », *The British Year Book of International Law*, 1955-56, Londres, vol. 32, 1957, p. 88.

¹¹⁴ Voir ci-après art. 11, 12 et 13 et commentaire y relatif.

¹¹⁵ McNair, *op. cit.*, p. 287.

au bénéfice duquel il a droit en vertu de la clause de la nation la plus favorisée, le Royaume-Uni ne serait pas dans la situation de la nation la plus favorisée. Il suffit à la Cour de faire observer que la clause de la nation la plus favorisée contenue dans les traités de 1857 et de 1903 entre l'Iran et le Royaume-Uni n'a aucun rapport quelconque avec les questions juridictionnelles entre les deux gouvernements *. Si le Danemark a le droit, d'après l'article 36, paragraphe 2, du Statut, de porter devant la Cour un différend relatif à l'application du traité conclu par lui avec l'Iran, c'est parce que ce traité est postérieur à la ratification de la déclaration de l'Iran. Ceci ne peut faire surgir aucune question se rapportant au traitement de la nation la plus favorisée ¹¹⁶.

3) Dans la sentence qu'elle a rendue le 6 mars 1956 au sujet de l'*Affaire Ambatielos* ¹¹⁷, la Commission d'arbitrage a exprimé, en ce qui concerne l'interprétation de l'article X (clause de la nation la plus favorisée) du Traité de commerce et de navigation anglo-grec de 1886, l'opinion ci-après :

La Commission [d'arbitrage] n'estime pas nécessaire d'exprimer une opinion sur la question générale de savoir si la clause de la nation la plus favorisée ne peut jamais avoir pour effet d'assurer à ses bénéficiaires un traitement conforme aux principes généraux du droit international parce que, en l'espèce, l'effet de la clause est expressément limité à « tout privilège, faveur ou immunité quelconque que l'une des Parties contractantes a actuellement accordé ou pourra désormais accorder aux sujets ou citoyens d'un autre Etat », ce qui ne serait évidemment pas le cas si le seul objet de cette disposition était de garantir à ces personnes un traitement conforme aux principes généraux du droit international.

D'un autre côté, la Commission [d'arbitrage] considère que la clause de la nation la plus favorisée ne peut attirer que des questions appartenant à la même catégorie que celles qui font l'objet de la clause elle-même *.

Cependant, la Commission [d'arbitrage] est d'avis qu'en l'espèce l'application de cette règle peut conduire à des conclusions différentes de celles qu'a avancées le Gouvernement du Royaume-Uni.

Dans le Traité de 1886, le domaine de la clause de la nation la plus favorisée est défini comme englobant « toutes les questions relatives au commerce et à la navigation ». Il semble que cette expression n'ait pas, en soi, de signification strictement définie. La diversité des dispositions contenues dans les traités de commerce et de navigation prouve que, dans la pratique, la signification qui y est attachée est assez souple. On remarquera par exemple que la plupart de ces traités contiennent des dispositions concernant l'administration de la justice. Tel est le cas en particulier du troisième paragraphe de l'article XV du Traité de 1886, qui garantit aux sujets des deux Parties contractantes « le libre accès aux cours de justice pour la poursuite et la défense de leurs droits ». Tel est également le cas des autres traités mentionnés par le Gouvernement grec à propos de l'application de la clause de la nation la plus favorisée.

Il est vrai que l'administration de la justice, considérée isolément, n'est pas une question relative « au commerce et à la navigation » ; mais il peut en aller différemment si on l'envisage dans le contexte de la protection des droits des com-

merçants. La protection des droits des commerçants trouve naturellement sa place parmi les matières traitées dans les conventions de commerce et de navigation.

On ne peut donc dire que l'administration de la justice, dans la mesure où elle intéresse la protection de ces droits, doit être obligatoirement exclue du champ d'application de la clause de la nation la plus favorisée lorsque cette dernière recouvre « toutes les questions relatives au commerce et à la navigation ». La question ne peut être déterminée que conformément à l'intention des Parties contractantes, telle qu'elle peut être déduite d'une interprétation raisonnable du traité ¹¹⁸.

En résumant ses conclusions sur l'interprétation de l'article X du Traité de 1886, la Commission d'arbitrage s'est déclarée d'avis

1) Que le Traité conclu le 1^{er} août 1911 entre le Royaume-Uni et la Bolivie ne peut avoir pour effet d'incorporer dans le Traité anglo-grec de 1886 les « principes du droit international » par le jeu de l'application de la clause de la nation la plus favorisée ;

2) Que les effets de la clause de la nation la plus favorisée figurant à l'article X dudit Traité de 1886 peuvent être étendus au système de l'administration de la justice dans la mesure où celui-ci intéresse la protection par les tribunaux des droits des personnes qui s'occupent de commerce et de navigation ;

3) Qu'aucune des dispositions concernant l'administration de la justice qui figurent dans les traités invoqués par le Gouvernement grec ne peut être interprétée comme assurant aux bénéficiaires de la clause de la nation la plus favorisée un système de « justice », de « droit » et d'« équité » différent de celui qui est prévu par le droit interne de l'Etat intéressé ;

4) Que l'objet de ces dispositions correspond à celui de l'article XV du Traité anglo-grec de 1886, et que la seule question qui se pose est donc de savoir si ces dispositions englobent des « privilèges », « faveurs » ou « immunités » plus étendus que ceux qui résultent dudit article XV.

5) Qu'il s'ensuit de la décision résumée au paragraphe 3 ci-dessus que l'article X du Traité n'accorde à ses bénéficiaires aucun recours fondé sur « l'enrichissement sans cause » autre que celui qui est prévu par le droit interne de l'Etat.

[...] La Commission [d'arbitrage] est d'avis que le « libre accès aux cours de justice », qui est garanti aux ressortissants grecs au Royaume-Uni par l'article XV du Traité de 1886, comprend le droit d'avoir pleinement recours aux tribunaux et d'invoquer tout recours et toute garantie de procédure prévus par le droit du pays afin que la justice soit administrée sur un pied d'égalité avec les ressortissants de ce pays.

La Commission [d'arbitrage] est donc d'avis que les dispositions contenues dans d'autres traités invoqués par le Gouvernement grec ne prévoient aucun « privilège, faveur ou immunité » plus étendus que ceux qui résultent dudit article XV, et que par conséquent la clause de la nation la plus favorisée contenue à l'article X est sans rapport avec le présent différend [...] ¹¹⁹.

4) Les décisions des tribunaux nationaux prouvent également que la règle est généralement reconnue. Dans une affaire assez ancienne (1913), la Cour de cassation française était appelée à décider si certaines règles de procédure applicables à l'introduction d'une action en justice, telles qu'elles étaient prévues dans une conven-

¹¹⁶ Anglo-Iranian Oil Co. (exception préliminaire), arrêt du 22 juillet 1952, *C.I.J. Recueil 1952*, p. 110. Pour les faits et les autres aspects de l'affaire, voir *Annuaire... 1970*, vol. II, p. 216 à 219, doc. A/CN.4/228 et Add.1, par. 10 à 30.

¹¹⁷ *Ambatielos* (fond : obligation d'arbitrage), arrêt du 19 mai 1953, *C.I.J. Recueil 1953*, p. 10.

¹¹⁸ Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XII (publication des Nations Unies, numéro de vente : 63.V.3), p. 106 et 107.

¹¹⁹ *Ibid.*, p. 109 et 110.

tion franco-suisse concernant la juridiction et l'exécution des jugements, s'appliquaient également aux ressortissants allemands par le biais de la clause de la nation la plus favorisée qui figurait dans un traité commercial franco-allemand signé à Francfort le 10 mai 1871. Le traité franco-allemand garantissait le traitement de la nation la plus favorisée dans les relations commerciales entre les deux Etats, y compris en ce qui concernait « l'admission et le traitement des sujets des deux nations ». Dans son arrêt, la Cour de cassation a considéré notamment que

ces dispositions concernent exclusivement les relations commerciales entre la France et l'Allemagne, envisagées au point de vue des facultés du droit des gens, mais qu'elles ne visent, ni expressément ni implicitement, les facultés de droit civil, et, notamment, les règles de compétence et de procédure applicables aux litiges que les rapports commerciaux font naître entre les sujets des deux Etats,

et que

la clause de la nation la plus favorisée ne peut être invoquée que si la matière du traité qui la stipule est identique à celle du traité, particulièrement favorable, dont le bénéfice est réclamé¹²⁰.

5) Dans l'*Affaire Lloyds Bank c. de Ricqlès et de Gaillard*, qu'a eu à trancher le Tribunal de commerce de la Seine, la Lloyds Bank, invitée en sa qualité de demanderesse à verser la caution *judicatum solvi*, avait invoqué l'article 1^{er} de la Convention anglo-française du 28 février 1882¹²¹. Cette convention avait pour but — aux termes de son préambule — « de régler l'état des relations commerciales et maritimes entre les deux pays, ainsi que l'établissement de leurs nationaux », et son article 1^{er} stipulait, avec une exception qui ne nous intéresse pas ici, que

[...] chacune des Hautes Parties contractantes s'engage à faire profiter l'autre, immédiatement et sans condition, de toute faveur, immunité ou privilège, en matière de commerce ou d'industrie, qui aurait pu ou pourrait être concédé par une des Parties contractantes à une tierce Puissance en Europe ou hors d'Europe¹²².

S'appuyant sur cet article, la Lloyds Bank invoquait le bénéfice des dispositions d'un traité franco-suisse du 15 juin 1889, qui donnait aux ressortissants suisses le droit d'agir en France sans être tenus de verser la caution *judicatum solvi*. Le tribunal a rejeté cette thèse et a considéré qu'un Etat partie à une convention de caractère général telle que la Convention anglo-française, qui réglementait les relations commerciales et maritimes entre les deux pays, ne pouvait invoquer par le biais de la clause de la nation la plus favorisée le bénéfice d'une

convention spéciale telle que la convention franco-suisse, qui traitait d'une question particulière, à savoir la dispense de l'obligation de verser la caution *judicatum solvi*¹²³.

6) Les rédacteurs des clauses de la nation la plus favorisée se trouvent toujours placés devant le dilemme qui consiste soit à rédiger la clause en termes trop généraux — ce qui risque de nuire à son efficacité si la règle *ejusdem generis* est interprétée strictement — soit à la rédiger de façon trop explicite en énumérant ses domaines d'application spécifiques — auquel cas l'énumération risque de n'être pas complète.

7) La règle est également observée dans la pratique extrajudiciaire des Etats, comme le montre l'affaire concernant l'Accord commercial du 25 mai 1935 entre les Etats-Unis d'Amérique et la Suède. L'article 1^{er} de cet accord était ainsi conçu :

La Suède et les Etats-Unis d'Amérique s'accorderont réciproquement le traitement inconditionnel et illimité de la nation la plus favorisée pour tout ce qui concerne les droits de douane et taxes accessoires de toute nature et leur mode de perception, ainsi que les règlements, formalités et taxes applicables à l'occasion du dédouanement et l'ensemble des lois ou règlements régissant la vente ou l'utilisation, à l'intérieur du pays, des marchandises importées¹²⁴.

En 1949, le Département d'Etat fut prié d'informer la Liquor Authority de l'Etat de New York qu'une licence pour la vente à New York de bière suédoise importée devait être délivrée à une certaine société d'importation. Le Service juridique du Département d'Etat interpréta comme suit les dispositions du traité :

Etant donné que la clause de la nation la plus favorisée qui figure dans l'Accord commercial réciproque signé entre les Etats-Unis et la Suède en 1935 a pour seul objet d'empêcher la discrimination entre, d'un part, les importations et exportations en provenance et à destination de la Suède et, d'autre part, les importations et exportations en provenance et à destination d'autres pays, j'ai le regret de vous informer que le Département n'est pas en mesure d'adresser à la Liquor Authority de New York, comme vous le suggérez, une lettre attestant que cet accord octroie aux ressortissants suédois le même traitement que celui qui est accordé aux ressortissants d'autres pays.

Tous les pays énumérés dans la pièce jointe à votre lettre (pays dont les ressortissants sont considérés par la Liquor Authority de l'Etat de New York comme pouvant être titulaires de licences pour la vente des boissons alcoolisées) ont conclu avec les Etats-Unis des traités qui accordent le droit au traitement national ou au traitement de la nation la plus favorisée aux

¹²⁰ M. Whiteman, *Digest of International Law*, Washington (D.C.), U.S. Government Printing Office, 1970, vol. XIV, p. 755 et 756, citant l'arrêt du 22 décembre 1913 de la Cour de cassation française dans l'*Affaire Braunkohlen Briket Verkaufsverein Gesellschaft c. Goffart*, ès qualités. Texte cité aussi par P. Level, « Clause de la nation la plus favorisée », *Encyclopédie Dalloz - Droit international*, Paris, Dalloz, 1968, t. I, p. 338, par. 38, et par H. Batiffol, *Droit international privé*, 4^e éd., Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1967, p. 216, n^o 189.

¹²¹ *British and Foreign State Papers, 1881-1882*, Londres, Ridgway, 1889, vol. 73, p. 22.

¹²² *Ibid.*, p. 23 et 24.

¹²³ H. Lauterpacht, éd., *Annual Digest of Public International Law Cases, 1929-1930*, Londres, vol. 5, 1935, affaire n^o 252, p. 404 ; *Journal du droit international*, Paris, 58^e année, 1931, p. 1018, résumé par McNair, *op. cit.*, p. 287. D'autres affaires faisant intervenir la règle *ejusdem generis* sont citées, pour ce qui est des tribunaux français, par A.-Ch. Kiss, « La convention européenne d'établissement et la clause de la nation la plus favorisée », *Annuaire français de droit international*, 1957, Paris, vol. III, p. 478, et, pour ce qui est des tribunaux américains, par G. H. Hackworth, *Digest of International Law*, Washington (D.C.), U.S. Government Printing Office, vol. V, 1943, p. 292 et 293.

¹²⁴ SDN, *Recueil des Traités*, vol. CLXI, p. 136.

ressortissants de ces pays exerçant des activités commerciales. Il n'y a donc pas lieu de tenir compte de l'existence des accords commerciaux que vous mentionnez [. .]¹²⁵.

8) Dans les exemples ci-après, la question de l'application de la règle se pose dans des circonstances exceptionnelles. Dans l'*Affaire du « Nyugat » — Société anonyme maritime et commerciale suisse c. Royaume des Pays-Bas*, les faits étaient les suivants : le 13 avril 1941, le *Nyugat*, battant pavillon hongrois, naviguait hors des eaux territoriales des anciennes Indes néerlandaises. Le destroyer néerlandais *Kortenaer* l'arrêta, l'arraisonna et le conduisit à Surabaya, où le navire fut coulé en 1942. Les demandeurs affirmèrent que le *Nyugat* avait fait l'objet de mesures illicites. Le navire était de propriété suisse. Il avait appartenu précédemment à une société hongroise, mais la société suisse en était devenue propriétaire en 1941, date à laquelle elle détenait déjà la totalité des parts dans la société hongroise. Le pavillon hongrois était un pavillon neutre. De son côté, le défendeur fit valoir que les relations diplomatiques entre les Pays-Bas et la Hongrie avaient été rompues le 9 avril 1941, que la Hongrie, alliée de l'Allemagne, avait attaqué la Yougoslavie le 11 avril 1941, et que par conséquent, sur la base de certains décrets néerlandais applicables en la matière, la prise du navire était licite. Les demandeurs soutinrent que ces décrets étaient contraires au Traité d'amitié, d'établissement et de commerce conclu avec la Suisse à Berne le 19 août 1875¹²⁶ ainsi qu'au Traité de commerce conclu avec la Hongrie le 9 décembre 1924¹²⁷, et en particulier à la clause de la nation la plus favorisée figurant dans ces traités. Les demandeurs invoquèrent le Traité d'amitié, de navigation et de commerce conclu le 1^{er} mai 1829 avec la République de Colombie, lequel stipulait que « si, malheureusement, par la suite, il survenait quelque interruption dans les relations amicales actuellement existantes », les sujets de l'une des parties contractantes se trouvant sur le territoire de l'autre « jouiront du privilège d'y rester et d'y continuer à vaquer à leurs affaires [. .] aussi longtemps qu'ils s'y conduiront paisiblement, et qu'ils ne commettront point d'offenses contre les lois ; leurs effets et propriétés [. .] ne seront sujets ni à la saisie ni au séquestre¹²⁸ ». Le tribunal a déclaré ce qui suit :

L'argument fondé sur cette disposition ne peut à bon droit être invoqué, car une rupture des relations amicales, telle qu'elle était envisagée en 1829, ne saurait être assimilée à une rupture des relations diplomatiques telle que celle qui s'est produite au cours de la deuxième guerre mondiale. En outre, en l'espèce, le pavillon arboré indiquait que le navire avait la nationalité hongroise, c'est-à-dire d'un pays qui avait adopté une attitude contraire aux intérêts du Royaume en collaborant à l'attaque allemande contre la Yougoslavie, ce que les auteurs des dispositions du Traité de 1829 n'avaient certainement pas prévu. Il

s'ensuit de ce qui précède que les propriétaires du navire font erreur en pensant que le Tribunal ne devrait pas appliquer les décrets pour le motif qu'ils seraient contraires à des dispositions internationales¹²⁹.

9) Un auteur reconnaît « un certain bien-fondé » à la thèse selon laquelle les droits et privilèges obtenus dans le cadre d'un accord territorial et politique ou d'un traité de paix ne peuvent être réclamés par le biais d'une clause de la nation la plus favorisée :

La raison en est sans doute que de telles concessions ne sont pas de nature commerciale, alors que le domaine habituel de la clause de la nation la plus favorisée est celui des relations d'affaires et des relations commerciales¹³⁰.

L'auteur cite à ce sujet une consultation donnée par un conseiller juridique de la Couronne en 1851. Dans sa consultation, le conseiller contestait au Portugal et aux sujets portugais le droit « de faire sécher sur la côte de Terre-Neuve la morue pêchée sur les bancs voisins ». La demande était fondée sur une clause de la nation la plus favorisée figurant dans un traité de 1842 entre la Grande-Bretagne et le Portugal et visant à obtenir l'octroi de privilèges identiques à ceux qui avaient été accordés par la Grande-Bretagne à la France et aux Etats-Unis d'Amérique en vertu des traités de 1783. Ces traités faisaient partie d'un accord général intervenu à la fin d'un conflit armé. Le conseiller de la Couronne déclarait :

[. .] Mon opinion est que l'on ne peut légitimement considérer la clause de l'article 4 du Traité de 1842 comme s'appliquant à l'autorisation qu'il [le chargé d'affaires portugais] réclame au profit des sujets portugais.

J'estime que ces privilèges ont été concédés à la France et aux Etats-Unis d'Amérique dans le cadre d'un accord territorial et politique extorqué à la Grande-Bretagne à la fin d'une guerre remportée à ses dépens par ces deux nations¹³¹.

10) Aucun auteur ne songerait à nier la validité de la règle *ejusdem generis*, qui, aux fins de la clause de la nation la plus favorisée, découle de la nature même de cette clause. Il est généralement reconnu qu'une clause conférant les droits de la nation la plus favorisée pour certaines matières ou certaines catégories de matières ne peut s'étendre qu'aux droits conférés dans d'autres traités (ou actes unilatéraux) en ce qui concerne les mêmes matières ou les mêmes catégories de matières¹³².

11) Le système du traitement de la nation la plus favorisée a pour effet d'étendre les dispositions d'un traité par le biais des dispositions d'un autre. Si ce système ne se limitait pas strictement aux cas où les sujets sur lesquels portent les deux séries de clauses en question sont sensiblement identiques, on risquerait dans bien des cas d'imposer à l'Etat concédant des obligations qu'il n'avait jamais envisagé de souscrire¹³³. Ainsi, la règle dérive

¹²⁵ Jurisconsulte Fisher, Département d'Etat, 3 novembre 1949, « MS. Department of State », cité par Whiteman, *op. cit.*, p. 760.

¹²⁶ Pays-Bas, *Staatsblad van het Koninkrijk der Nederlanden*, n° 137, 1878, décret du 19 septembre 1878.

¹²⁷ *Ibid.*, n° 36, 1926, décret du 3 mars 1926.

¹²⁸ *British and Foreign State Papers, 1829-1830*, Londres, Ridgway, 1832, p. 909 et 910.

¹²⁹ Arrêt du 6 mars 1959 de la Cour suprême des Pays-Bas (*Nederlandse Jurisprudentie 1962*, n° 2, p. 18 et 19).

¹³⁰ McNair, *op. cit.*, p. 302.

¹³¹ *Ibid.*, p. 303.

¹³² Voir *Annuaire... 1970*, vol. II, p. 225, doc. A/CN.4/228 et Add.1, par. 68.

¹³³ *Ibid.*, p. 225 et 226, par. 72.

clairement des principes généraux de l'interprétation des traités. Les Etats ne peuvent être considérés comme tenus au-delà des engagements qu'ils ont souscrits.

12) L'essence de la règle est que le bénéficiaire d'une clause de la nation la plus favorisée ne peut exiger de l'Etat concédant des avantages d'un type autre que celui qui est stipulé dans la clause. C'est ainsi que si la clause ne promet le traitement de la nation la plus favorisée que pour le poisson, on ne peut réclamer un tel traitement en vertu de la même clause pour la viande¹³⁴. Sauf réserve expresse en ce sens¹³⁵, l'Etat concédant ne peut échapper à ses obligations en faisant valoir que ses relations avec le pays tiers sont plus amicales ou « ne sont pas semblables » à celles qu'il entretient avec le bénéficiaire. C'est seulement la matière faisant l'objet de la clause qui doit relever de la même catégorie — *idem genus* — et non pas la relation entre l'Etat concédant et l'Etat tiers, d'une part, et la relation entre l'Etat concédant et l'Etat bénéficiaire, de l'autre. On ne peut davantage prétendre que le traité ou l'accord contenant la clause doit appartenir à la même catégorie (*ejusdem generis*) que celle dont relèvent les avantages réclamés en vertu de la clause¹³⁶. En décider autrement réduirait considérablement la valeur de la clause de la nation la plus favorisée.

Portée de la clause de la nation la plus favorisée quant aux personnes et quant aux choses

13) En ce qui concerne la matière, le droit qu'une clause de la nation la plus favorisée confère à l'Etat bénéficiaire est assujéti à une double limitation : d'une part par la clause elle-même, qui concerne toujours une certaine matière¹³⁷, et ensuite par le droit conféré à l'Etat tiers par l'Etat concédant.

14) La situation est analogue, mais pas identique, pour ce qui est des sujets au profit desquels l'Etat bénéficiaire peut revendiquer le traitement de la nation la plus favorisée. Les personnes, navires, produits, etc., peuvent être précisés dans le texte même de la clause qui leur est applicable, mais il peut ne pas en être nécessaire-

ment ainsi. Parfois, la clause déclarera simplement que le traitement de la nation la plus favorisée est accordé à l'Etat bénéficiaire en ce qui concerne les droits de douane, ou en matière de commerce, de navigation maritime ou d'établissement, etc., sans que l'on précise pour autant les personnes ou les choses qui jouiront du traitement de la nation la plus favorisée. Lorsqu'un tel cas se présente, la mention du domaine dans lequel joue la clause révèle implicitement la catégorie de personnes ou de choses au profit desquelles l'Etat bénéficiaire peut exercer ses droits.

15) L'Etat bénéficiaire ne peut revendiquer le traitement de la nation la plus favorisée que pour la catégorie précise de personnes ou de choses (commerçants, personnes voyageant pour des raisons afférentes au commerce, personnes détenues, sociétés commerciales, navires, navires en détresse ou naufragés, produits, biens, textiles, blé, sucre, etc.) qui bénéficie ou peut bénéficier d'un certain traitement, de certains avantages, en vertu du droit acquis par un Etat tiers. Ensuite, les personnes ou les choses pour lesquelles on revendique le traitement de la nation la plus favorisée doivent se trouver, avec l'Etat bénéficiaire, dans le même rapport que celui dans lequel les personnes ou les choses servant de référence se trouvent avec l'Etat tiers (ressortissants, résidents du pays, sociétés ayant leur siège dans le pays, sociétés constituées selon le droit du pays, sociétés contrôlées par des ressortissants, biens importés, biens fabriqués dans le pays, produits originaires du pays, etc.)¹³⁸.

16) Le cas exposé ci-après, tiré de la jurisprudence française, peut aider à illustrer le projet de règle : Alexandre Serebriakoff, ressortissant russe, a intenté une action contre la dame d'Oldenbourg, également ressortissante russe, alléguant la validité d'un testament aux termes duquel elle avait la qualité de légataire. Après qu'elle eut acquis la nationalité française par naturalisation, la défenderesse a obtenu de la Cour d'appel de Paris une décision *ex parte* ordonnant à Serebriakoff de verser une caution de 100 000 francs. Serebriakoff a fait appel de cette décision en soutenant notamment qu'il était dispensé du dépôt d'une caution par les dispositions du Traité franco-soviétique du 11 janvier 1934. La Cour a jugé que l'appel devait être rejeté. Elle a déclaré :

Considérant que le décret du 23 janvier 1934 ordonnant la mise en application provisoire de l'accord commercial conclu le 11 janvier 1934 entre la France et l'URSS [...] est sans application en l'espèce ; que vainement Alexandre Serebriakoff en invoque le bénéfice ; que si, en effet, cet accord prévoit, à titre de réciprocité, le libre et facile accès aux tribunaux français pour les sujets russes, l'avantage ainsi accordé à ceux-ci est strictement limité aux commerçants et industriels ; que cette constatation résulte inéluctablement tant de l'ensemble du traité que de chacune de ses dispositions envisagées séparément ; que ce traité a pour titre « accord commercial » ;

Que les différents articles qui le composent confirment cette dénomination et que notamment l'article 9, spécialement invoqué par Serebriakoff, déterminant les bénéficiaires de ces dispositions, débute en ces termes : « Sans préjudice de toutes stipulations ultérieures, les commerçants et industriels français, per-

¹³⁴ Sur le problème des produits « de même nature », voir le passage pertinent des extraits des conclusions du Comité économique de la SDN concernant la clause de la nation la plus favorisée qui figurent en annexe au premier rapport du Rapporteur spécial (*Annuaire... 1969*, vol. II, p. 182, doc. A/CN.4/213, annexe I), et les articles I^{er}, II et XIII de l'Accord général du GATT (pour référence, v. ci-dessus note 55). Des efforts notables sont en cours pour faciliter l'identification et la comparaison des produits grâce à l'établissement de critères uniformes — p. ex. Convention de Bruxelles du 15 décembre 1950 portant création d'un Conseil de coopération douanière (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 157, p. 129), Convention du 15 décembre 1950 sur la nomenclature pour la classification des marchandises dans les tarifs douaniers (*ibid.*, vol. 347, p. 127).

¹³⁵ Voir ci-dessous art. 29 et commentaire y relatif.

¹³⁶ Vignes, *loc. cit.*, p. 282.

¹³⁷ A de très rares exceptions près, on ne rencontre pas aujourd'hui de clause qui ne soit pas limitée à un certain domaine de relations, par exemple le commerce, l'établissement, la navigation maritime. Voir ci-dessus art. 4, par. 14 et 15 du commentaire.

¹³⁸ Voir ci-dessus art. 5, par. 4 du commentaire.

sonnes physiques ou personnes morales constituées conformément à la loi française, seront aussi favorablement traités que les ressortissants de la nation la plus favorisée... »¹³⁹.

17) Dans une autre affaire, le Tribunal de grande instance de la Seine a jugé que la clause de la nation la plus favorisée inscrite dans la Convention franco-britannique du 28 février 1882, complétée par un échange de lettres interprétatives des 21 et 25 mai 1929, qui autorisait les ressortissants britanniques à se réclamer de traités prévoyant l'assimilation d'étrangers aux nationaux, ne s'appliquait qu'aux sujets britanniques établis en France. Le Tribunal a déclaré :

[...] [un ressortissant] britannique qui se domicilie en Suisse ne peut invoquer une convention d'établissement qui n'accorde le bénéfice de la clause de la nation la plus favorisée qu'aux sujets anglais établis en France et ayant donc la possibilité d'exercer une activité rémunérée à titre permanent¹⁴⁰.

18) Lorsqu'il se réfère à la même catégorie de choses, l'article 10 pose implicitement la règle qui s'applique à la notion controversée d'« articles similaires » ou de « produits similaires ». Il n'est pas rare que les traités de commerce prévoient expressément qu'en matière de droits de douane ou autres taxes les produits, biens, articles, etc., de l'Etat bénéficiaire bénéficieront des mêmes avantages que ceux qui sont accordés aux produits similaires, etc., de l'Etat tiers¹⁴¹. Il est évident que, même en l'absence d'une telle disposition expresse, l'Etat bénéficiaire ne peut revendiquer le traitement de la nation la plus favorisée que pour les choses précisées dans la clause ou appartenant à la même catégorie que les choses bénéficiant du traitement de la nation la plus favorisée en vertu du droit acquis par l'Etat tiers.

19) La Commission n'a pas voulu s'aventurer dans le dédale de la notion de « produits similaires ». Cette notion est exposée brièvement dans les paragraphes qui suivent. Au sujet du sens précis qu'a cette expression lorsqu'elle apparaît dans des traités de commerce, on a dit que :

Dans des cas semblables, on peut procéder par comparaison des qualités intrinsèques des biens considérés. Une telle méthode éviterait de classer des articles en se fondant sur leurs qualités extérieures. Si des produits sont intrinsèquement semblables, on doit les considérer comme des produits similaires ; leur appliquer des taux de taxation différents reviendrait à violer la clause de la nation la plus favorisée. Ainsi, dans l'affaire de la vache suisse [142] [...], la question se pose de savoir si une vache élevée à une certaine altitude est « similaire » à une vache élevée à une altitude inférieure. Si l'on applique le critère des qualités intrinsèques, on obtient une réponse simple à la question. Les vaches sont intrinsèquement semblables, et une classification tarifaire fondée sur des considérations aussi étrangères à la chose que l'endroit où les vaches sont élevées est manifestement destinée à opérer une discrimination en faveur d'un pays déterminé.

Dans d'autres situations, l'utilisation du critère des qualités intrinsèques ferait clairement apparaître le bien-fondé d'une classification. On peut imaginer le cas suivant : selon la réglementation des Etats-Unis d'Amérique en la matière, les pommes sont taxables et les bananes sont exemptées de droits. S'il existe entre le Canada et les Etats-Unis un traité qui prévoit que les produits de chaque partie ne bénéficieront en aucun cas d'un traitement moins favorable que celui qui est accordé aux « produits similaires » d'un pays tiers, quel qu'il soit, le Canada pourra soutenir que les pommes ne doivent pas être taxées. Toute prétention de ce type devrait se fonder sur l'argument selon lequel les bananes et les pommes étant les unes et les autres destinées au même but (c'est-à-dire à être mangées), elles sont des « articles similaires ». Dans un tel cas, l'utilisation du critère de la qualité intrinsèque permettrait de régler rapidement la question, puisque les pommes et les bananes sont des produits intrinsèquement différents¹⁴³.

20) Au sujet de l'affaire de la vache suisse, dont il est question dans le texte cité au paragraphe précédent, le Rapporteur spécial, dans son deuxième rapport, a déclaré ce qui suit :

Les difficultés inhérentes à l'expression « produit similaire » peuvent être illustrées par ce qui suit : dans le document de travail sur la clause de la nation la plus favorisée dans le droit des traités présenté par le Rapporteur spécial le 19 juin 1968, l'exemple classique ci-après de tarifs par trop spécialisés était mentionné sous le titre « Violations de la clause »¹³⁷. En 1904, l'Allemagne avait concédé à la Suisse une réduction des droits pour le

« Gros bétail tacheté de montagne ou bétail à robe brune élevé dans une localité située à 300 mètres au moins au-dessus du niveau de la mer et séjournant au moins un mois chaque année dans des pâturages situés à 800 mètres au moins au-dessus du niveau de la mer¹³⁸ ».

Les sources qui citent cet exemple considèrent généralement comme « similaire » une vache élevée à une certaine altitude et une vache élevée à une altitude inférieure. Cela étant, elles estiment — et c'est aussi le point de vue adopté dans le document de travail — qu'une classification tarifaire fondée sur des considérations aussi étrangères à la chose que l'endroit où les vaches sont élevées est manifestement destinée à faire une discrimination en faveur d'un pays déterminé, en l'occurrence en faveur de la Suisse et contre le Danemark, par exemple¹³⁹. Cependant, en réponse à la lettre circulaire du Secrétaire général, la FAO, institution intéressée et particulièrement compétente en matière de commerce de bétail, a fait les observations suivantes au sujet de l'exemple cité dans le document de travail :

« En raison des circonstances entourant le cas cité dans l'exemple, il semblerait que le tarif spécialisé puisse avoir été techniquement justifié du fait qu'un programme d'amélioration des races était en cours à l'époque en Allemagne méridionale. Actuellement, ce tarif spécialisé aurait sans doute été défini de manière différente, mais en 1904 des termes tels que « Simmental » ou « Suisse brune » n'étaient probablement pas reconnus comme des caractéristiques juridiquement admises [...]. Cela mis à part, il faut reconnaître que des tarifs par trop spécialisés et d'autres spécifications techniques ou sani-

¹³⁹ Voir Sommaire du Secrétariat, *Annuaire... 1973*, vol. II, p. 133, doc. A/CN.4/269, par. 40.

¹⁴⁰ *Ibid.*, p. 148, doc. A/CN.4/269, par. 78.

¹⁴¹ Voir art. 1^{er}, par. 1, de l'Accord général du GATT, cité ci-dessus (art. 4, par. 10 du commentaire).

¹⁴² Voir ci-dessous par. 20.

¹³⁷ Voir *Annuaire... 1968*, vol. II, p. 174, doc. A/CN.4/L.127, par. 31.
¹³⁸ SDN, Section économique et financière, *Mémorandum sur les classifications douanières discriminantes* (Sér. Publ. de la SDN, 1927.II.27), p. 9.
¹³⁹ H. C. Hawkins, *Commercial Treaties and Agreements: Principles and Practice*, New York, Rinehart, 1951, p. 93 et 94 ; J. E. S. Fawcett, « Trade and finance in international law », *Recueil des cours...*, 1968, Leyde, Sijthoff, 1969, vol. 123, p. 263.

¹⁴³ Hawkins, *op. cit.*, p. 93 et 94.

taires ont été — et continuent d'être — employés occasionnellement pour des raisons que l'on peut considérer comme discriminatoires¹⁴⁴.

21) Il ressort d'un échange de vues qui a eu lieu à la Commission préparatoire de la Conférence internationale du commerce et de l'emploi que les difficultés tenant à l'interprétation de l'expression « produits similaires » ne sont pas insurmontables lorsque les parties intéressées agissent de bonne foi :

[...] le représentant des Etats-Unis a déclaré :

« Cette expression figure dans la clause de la nation la plus favorisée inscrite dans plusieurs traités. Il n'en existe pas de définition précise, mais le Comité économique de la Société des Nations a indiqué dans un rapport que *produits de même nature signifiait quasiment identiques à un autre produit* [...]. »

Toutefois, pour le représentant du Royaume-Uni, l'absence de définition

« n'empêche pas le jeu des traités commerciaux, et je pense qu'elle n'empêcherait pas le fonctionnement de notre charte en attendant que l'OIC [Organisation internationale du commerce] puisse se saisir de cette question et l'étudier comme il est souhaitable. Je ne pense pas que nous puissions suspendre tout autre activité jusqu'à l'établissement de cette étude. »

et le représentant de l'Australie a fait observer d'autre part :

« Quiconque s'intéresse tant soit peu à l'administration douanière sait de quelle manière cette question des *produits similaires* tend à se régler. La solution consiste, dans la pratique, en un système de classification tarifaire, et des différends s'élèvent de temps à autre sur le point de savoir si un bien est correctement classé dans la catégorie dans laquelle on l'a placé. L'Organisation offrant une procédure de règlement des différends, je pense que ce problème finira par se résoudre de lui-même. »¹⁴⁵.

22) Il n'a pas échappé à la Commission que, dans certains cas, l'application de la règle énoncée aux articles 9 et 10 peut être cause de difficultés considérables. Elle a déjà dit que l'expression « même rapport » devait être employée avec prudence, car, par exemple, le rapport entre un Etat A et ses ressortissants n'est pas nécessairement le « même » que le rapport entre un Etat B et ses ressortissants. Les lois des Etats sur la nationalité sont si diverses que la somme totale des droits et obligations découlant des lois d'un Etat sur la nationalité peut être entièrement différente de celle qui découle des lois d'un autre Etat sur la nationalité¹⁴⁶. Des difficultés analogues peuvent surgir lorsque les traités se réfèrent à d'autres aspects du droit international, par exemple dans le cas du droit d'établissement des personnes morales. Le cas des personnes morales peut poser un problème particulièrement complexe parce qu'elles sont définies par le droit interne. Ainsi, lorsqu'un traité accorde expressément à un Etat tiers un traitement favorable pour une catégorie de personnes morales désignées selon le droit

interne de l'Etat tiers, par exemple une société à responsabilité limitée allemande d'un type particulier (« *Gesellschaft mit beschränkter Haftung* ») que ne connaissent pas les pays anglo-saxons, le Royaume-Uni pourrait-il réclamer, en invoquant la clause de la nation la plus favorisée, les mêmes avantages pour le type de société britannique qui se rapproche le plus du type de société allemande visée dans le traité, ou ne serait-il pas en droit de le faire ? De même, si un traité accordait des avantages aux sociétés françaises du type « association en participation », qui correspond au « joint venture » des pays du *common law*, un pays anglo-saxon serait-il en mesure d'invoquer la clause de la nation la plus favorisée pour réclamer les mêmes avantages pour celles de ses sociétés du type « joint venture » ?

23) Un problème analogue peut se poser à propos de la nationalité des sociétés, qui n'est pas définie par le droit international. En effet, lorsque, aux termes d'un traité d'établissement, un Etat accorde à un autre Etat des avantages en faveur de ses sociétés nationales, c'est le droit de ce dernier Etat qui détermine la nationalité de ces sociétés. Cela étant, l'Etat qui demande à bénéficier de la clause de la nation la plus favorisée peut-il le demander pour toutes les sociétés que son droit qualifie de nationales ? Selon ce droit, il suffit peut-être, pour qu'une compagnie soit considérée comme nationale, qu'elle ait son siège social ou sa maison mère sur le territoire de l'Etat en question, ou que l'Etat détienne une part importante de son capital social. L'Etat concédant ne serait-il pas alors en mesure d'objecter que les sociétés nationales d'un Etat tiers auquel il a conféré un avantage étaient définies de façon beaucoup plus restrictive par le droit de cet Etat ? L'Etat concédant pourrait donc refuser d'accorder le bénéfice de la clause en alléguant qu'il avait conféré à l'Etat tiers un avantage bien précis, qui, s'il était transposé dans le droit d'un autre Etat, deviendrait plus étendu.

24) Certains des cas cités plus haut témoignent des difficultés qui surgissent lorsqu'il s'agit de savoir si un droit donné rentre ou non dans les limites de la matière objet de la clause. Toutes ces difficultés sont inhérentes à l'application de la clause de la nation la plus favorisée et n'enlèvent pas de leur utilité aux articles 9 et 10, qui, d'une façon générale, exposent, en l'éclairant, le mécanisme de la clause de la nation la plus favorisée.

25) Compte tenu de ce qui précède, l'article 9, intitulé « Etendue des droits découlant d'une clause de la nation la plus favorisée », indique en fait la portée *virtuelle* de la clause. Son *paragraphe 1* dispose que l'Etat bénéficiaire acquiert uniquement les droits qui rentrent dans les limites de la matière objet de la clause, et le *paragraphe 2* apporte une précision supplémentaire à la règle en déclarant que l'Etat bénéficiaire acquiert les droits relevant de la matière objet de la clause uniquement en ce qui concerne les personnes ou les choses qui sont spécifiées dans la clause ou qui ressortent implicitement de la matière objet de la clause. Si, par exemple, la clause mentionne simplement les transports maritimes ou les questions consulaires ou le commerce en général, ces mentions de caractère général indiquent de façon plus ou moins précise les personnes ou les

¹⁴⁴ *Annuaire... 1970*, vol. II, p. 237, doc. A/CN.4/228 et Add.1, par. 148.

¹⁴⁵ J. H. Jackson, *World Trade and the Law of GATT: A Legal Analysis of the General Agreement on Tariffs and Trade*, Indianapolis, Bobbs-Merrill, 1969, p. 260 et 261. Des extraits de rapports du Comité économique de la SDN sont annexés au premier rapport du Rapporteur spécial (v. *Annuaire... 1969*, vol. II, p. 182, doc. A/CN.4/213, annexe I).

¹⁴⁶ Voir ci-dessus art. 5, par. 4 du commentaire.

choses auxquelles s'étendent les droits que l'Etat bénéficiaire acquiert en vertu d'une clause de la nation la plus favorisée.

26) L'article 10, intitulé « Acquisition de droits en vertu d'une clause de la nation la plus favorisée », indique la portée *effective* de la clause. La règle générale concernant l'acquisition par l'Etat bénéficiaire du droit au traitement de la nation la plus favorisée est énoncée au paragraphe 1, tandis que le paragraphe 2 précise cette règle pour ce qui est de l'acquisition de ce traitement en ce qui concerne les personnes ou les choses se trouvant dans un rapport déterminé avec cet Etat bénéficiaire. Le *paragraphe 1* dispose que l'Etat bénéficiaire, même s'il tient à revendiquer des droits qui rentrent dans les limites de la matière objet de la clause, n'acquerra ces droits qu'à une condition, à savoir que l'Etat concédant confère à un Etat tiers un traitement qui ressortit de la même manière à la matière objet de la clause. Le *paragraphe 2* de l'article dispose que si l'Etat bénéficiaire revendique des droits concernant des personnes ou des choses, il acquerra les droits prévus au paragraphe 1 uniquement si les personnes ou les choses en question a) relèvent de la même catégorie de personnes ou de choses que celles se trouvant dans un rapport déterminé avec un Etat tiers qui bénéficient du traitement qui leur est conféré par l'Etat concédant et b) se trouvent avec l'Etat bénéficiaire dans le même rapport que celui dans lequel ces personnes ou ces choses se trouvent avec cet Etat tiers.

Article 11. — Effet d'une clause de la nation la plus favorisée qui n'est pas soumise à une condition de contrepartie

Si une clause de la nation la plus favorisée n'est pas soumise à une condition de contrepartie, l'Etat bénéficiaire acquiert le droit au traitement de la nation la plus favorisée sans avoir l'obligation d'accorder à l'Etat concédant aucune contrepartie.

Article 12. — Effet d'une clause de la nation la plus favorisée qui est soumise à une condition de contrepartie

Si une clause de la nation la plus favorisée est soumise à une condition de contrepartie, l'Etat bénéficiaire n'acquiert le droit au traitement de la nation la plus favorisée que lorsqu'il accorde à l'Etat concédant la contrepartie convenue.

Article 13. — Effet d'une clause de la nation la plus favorisée qui est soumise à une condition de traitement réciproque

Si une clause de la nation la plus favorisée est soumise à une condition de traitement réciproque, l'Etat bénéficiaire n'acquiert le droit au traitement de la nation la plus favorisée que lorsqu'il accorde à l'Etat concédant le traitement réciproque convenu.

Commentaire des articles 11, 12 et 13

Forme et interprétation conditionnelles

1) Pour expliquer pourquoi des dispositions comme les articles 11, 12 et 13 sont nécessaires, il y a lieu de se référer à l'évolution des clauses de la nation la plus favorisée historiquement connues sous le nom de clauses « conditionnelles » et à l'interprétation « conditionnelle » des clauses qui ne mentionnent pas expressément de conditions.

2) C'est au XVIII^e siècle — dans le traité d'amitié et de commerce conclu entre la France et les Etats-Unis d'Amérique le 6 février 1778 — que la forme dite « conditionnelle » est apparue pour la première fois. L'article II dudit traité était rédigé comme suit :

Le Roi Très Chrétien et les Etats-Unis s'engagent mutuellement à n'accorder aucune faveur particulière à d'autres nations, en fait de commerce et de navigation, qui ne devienne aussitôt commune à l'autre Partie ; et celle-ci jouira de cette faveur gratuitement, si la concession est gratuite, ou en accordant la même compensation, si la concession est conditionnelle¹⁴⁷.

On a dit que cette clause « conditionnelle » avait été insérée dans le traité de 1778 sur les instances des Français. Si l'on admet que la clause était d'inspiration française, il n'en reste pas moins que sa forme conditionnelle semble s'être particulièrement bien accordée, pendant une longue période, avec les intérêts politiques et économiques des Etats-Unis¹⁴⁸.

3) Le membre de phrase « gratuitement, si la concession est gratuite, ou en accordant la même compensation [ou son équivalent], si la concession est conditionnelle » a servi de modèle pour presque tous les traités conclus par les Etats-Unis avant 1923. Jusque-là, les engagements auxquels les Etats-Unis ont souscrit dans leurs traités commerciaux ont été (à trois exceptions près) de caractère conditionnel¹⁴⁹.

4) La différence entre la clause inconditionnelle et la clause conditionnelle, telle qu'elle apparaît dans la pratique suivie par les Etats-Unis d'Amérique jusqu'en 1923, a été mise en évidence par le Département d'Etat en 1940 :

Dans les clauses de la nation la plus favorisée qui figurent dans les traités ou accords commerciaux bilatéraux, chacune des parties s'engage à appliquer aux marchandises de l'autre partie un traitement non moins favorable que le traitement qu'elle accorde aux marchandises du même type provenant d'un pays tiers. Sous sa forme inconditionnelle, la clause de la nation la plus favorisée prévoit que tous avantages, faveurs, privilèges ou immunités que l'une des parties peut accorder aux marchan-

¹⁴⁷ W. M. Malloy, *Treaties, Conventions, International Acts, Protocols and Agreements between the United States of America and other Powers, 1776-1909*, Washington (D.C.), U.S. Government Printing Office, 1910, vol. I, p. 468. Texte français dans G. F. de Martens, éd., *Recueil de traités*, Gottingue, Dieterich, 1817, t. II, p. 589.

¹⁴⁸ V. G. Setser, « Did Americans originate the conditional most-favored-nation clause ? », *The Journal of Modern History*, Chicago, vol. V (septembre 1933), p. 319 à 323.

¹⁴⁹ C. C. Hyde, *International Law Chiefly as Interpreted and Applied by the United States*, 2^e éd. rev., Boston, Little, Brown, 1947, vol. II, p. 1504.

**CONFÉRENCE DES NATIONS UNIES SUR LE COMMERCE
ET LE DÉVELOPPEMENT**

**TRAITEMENT DE LA
NATION LA PLUS
FAVORISÉE**

**Collection de la CNUCED consacrée aux problèmes relatifs
aux accords internationaux d'investissement II**



**NATIONS UNIES
New York et Genève, 2010**

RÉSUMÉ

La règle de la nation la plus favorisée (NPF) s'est inscrite dans le contexte du commerce international – où elle se voulait une réponse aux engagements que les États inscrivent dans les accords de libre-échange (ALE) à l'effet d'accorder un traitement préférentiel en matière d'accès aux marchés pour les biens et les services – avant d'être intégrée aux accords internationaux d'investissement (AII). Toutefois, s'agissant de l'investissement international, qui se situe à l'intérieur des frontières, la règle NPF opère différemment. Dans les premiers TBI, le traitement national n'était pas accordé de manière systématique; l'inclusion de la règle NPF a donc été généralisée pour faire en sorte que même si l'État d'accueil n'accordait pas le traitement national, il accorderait à l'investisseur étranger protégé un traitement non moins favorable que celui qu'il accordait à un investisseur étranger tiers, et l'investisseur étranger protégé bénéficierait du traitement national dès que l'État d'accueil accorderait ce traitement. De nos jours, l'écrasante majorité des AII comporte une clause NPF accompagnant la clause de traitement national, le plus souvent dans une seule et même disposition.

Sur le plan juridique, les principales caractéristiques de la clause NPF sont les suivantes:

- Il s'agit d'une **obligation conventionnelle** qui doit être inscrite dans un accord particulier.
- Elle exige de comparer le traitement qui est accordé à deux investisseurs étrangers dans des circonstances similaires. Il s'agit par conséquent d'une **norme relative** qui doit s'appliquer à des **situations objectives similaires**.
- Elle est régie par le **principe *ejusdem generis***, car elle ne peut s'appliquer qu'aux questions relevant du même objet ou de la même catégorie d'objets que ceux auxquels elle se rapporte.
- Elle opère sans préjudice de la liberté contractuelle, de sorte qu'elle ne fait nullement obligation à un État d'accorder à d'autres investisseurs étrangers les incitations ou privilèges spéciaux qu'il a accordés par voie de contrat à un investisseur particulier.
- L'établissement d'une violation de cette règle exige la constatation d'un **traitement moins favorable** ayant pour fondement ou pour origine la **nationalité** de l'investisseur étranger.

- Dans la pratique, la violation ou le non-respect de la règle NPF n'ont pas suscité de controverses en soi. Toutefois, une application imprévue de la règle NPF figurant dans les accords d'investissement a suscité un débat qui n'a toujours pas trouvé sa conclusion et qui a engendré des décisions différentes et parfois discordantes de la part des tribunaux arbitraux. Cette application de la règle NPF consiste à incorporer par renvoi des clauses de règlement des différends provenant d'accords conclus avec des tiers qui sont jugés plus favorables pour régler les questions d'admissibilité ou de compétence liées à une requête, par exemple pour éliminer une exigence préliminaire à l'arbitrage ou pour élargir le champ de compétence.

Dans ce contexte, et en vue de fournir des options éclairées aux négociateurs et aux décideurs, la présente étude retrace l'évolution des clauses NPF figurant dans les AII. Elle examine également certaines sentences arbitrales concernant les différends qui ont suivi l'affaire *Maffezini c. Espagne* (2000), la première dans laquelle une clause NPF a fait l'objet de cette application imprévue.

La section I de l'étude explique la nature du traitement NPF et certains des principaux enjeux que posent les négociations le concernant, notamment sa portée et son application pour la libéralisation et la protection de l'investissement étranger dans la pratique récente des accords. Les dispositions relatives au traitement NPF s'inscrivent à différentes phases (différents stades) de l'investissement et peuvent s'appliquer à la phase préinvestissement et/ou la phase postinvestissement. Le régime NPF peut s'appliquer aux investisseurs et/ou à leurs investissements, et les accords prévoient généralement des exceptions; il peut s'agir soit d'exceptions à caractère systémique (organisation régionale d'intégration économique (ORIE) ou fiscalité), soit d'exceptions nationales touchant les engagements préétablissement.

L'analyse effectuée dans la section suivante vise à déterminer si et à quelles conditions un tribunal arbitral peut appliquer la clause NPF inscrite dans un AII pour modifier la protection et les conditions matérielles rattachées aux droits que cet accord confère aux investisseurs quant à l'établissement et à la conduite d'activités sur le territoire d'un État d'accueil. Sauf quelques exceptions notables, les tribunaux arbitraux ont généralement fait preuve de circonspection lorsqu'il s'est agi d'incorporer par renvoi des dispositions matérielles provenant d'autres accords, surtout

lorsque ces dispositions étaient absentes de l'accord de base ou qu'elles modifiaient le champ d'application expressément négocié pour ce dernier.

Pour ce qui est d'incorporer par renvoi des dispositions de procédure figurant dans d'autres accords, notamment des dispositions concernant le RDIE, les tribunaux arbitraux ont emprunté des chemins divergents. Dans une série d'affaires, ils ont retenu l'argument invoqué par le requérant, à savoir qu'on peut recourir à une clause NPF qui prévaudrait ainsi sur une exigence de procédure conditionnant le recours à l'arbitrage. Sur une question légèrement différente, celle des exigences juridictionnelles, ils ont toutefois statué, dans certaines affaires, qu'on ne pouvait établir la compétence simplement en incorporant par le jeu d'une clause NPF des dispositions provenant d'un autre accord.

Enfin, l'étude fournit des options de politique publique en ce qui concerne l'application traditionnelle du traitement NPF au préinvestissement et/ou au postinvestissement, aux investisseurs et/ou aux investissements. Elle recense les exceptions à caractère systémique relatives aux ORIE et aux conventions fiscales, ainsi que les mesures utilisées dans les AII pour éviter d'élargir les engagements souscrits en vertu d'autres arrangements. Selon la pratique récente des accords, les États peuvent soit continuer d'accorder le bénéfice de la règle NPF à toutes les phases d'un investissement, soit en limiter l'application aux activités postétablissement des investisseurs.

Par ailleurs, l'étude présente les réactions des États à l'utilisation large et imprévue du traitement NPF et fournit plusieurs options de formulation dont les suivantes: circonscrire le champ d'application du traitement NPF à certains types d'activité, préciser la nature du «traitement» au titre de l'AII, clarifier la comparaison qui doit être effectuée par le tribunal arbitral tout en la restreignant à des «circonstances similaires». Des options sont également fournies aux États qui souhaitent autoriser ou interdire expressément le recours à la règle NPF pour incorporer par renvoi des dispositions matérielles ou procédurales provenant d'autres accords. La dernière option consiste à éviter d'accorder le traitement NPF, compte tenu de l'application variable et incertaine qui peut en être faite en cas de différend.

En plus de recenser des options pour une nouvelle génération d'AII, l'étude traite de l'approche à adopter face aux clauses NPF des accords

existants, qui reposent sur plusieurs modèles différents. L'une des options possibles consiste à clarifier au niveau bilatéral ou même unilatéral, sous forme de déclarations interprétatives, la portée et l'application des clauses NPF figurant dans les AII.

Article 10: Acquisition de droits en vertu d'une clause de la nation la plus favorisée

1. *En vertu d'une clause de la nation la plus favorisée, l'État bénéficiaire n'acquiert le droit au traitement de la nation la plus favorisée que si l'État concédant confère à un État tiers un traitement qui ressortit à l'objet de la clause.*

2. *L'État bénéficiaire n'acquiert des droits découlant du paragraphe 1 en ce qui concerne des personnes ou des choses se trouvant dans un rapport déterminé avec lui que si ces personnes ou ces choses:*

a) *Appartiennent à la même catégorie de personnes ou de choses que celles se trouvant dans un rapport déterminé avec un État tiers qui bénéficient du traitement qui leur est conféré par l'État concédant; et*

b) *Se trouvent avec l'État bénéficiaire dans le même rapport que celui dans lequel les personnes et les choses visées à l'alinéa a se trouvent avec cet État tiers.*

Source: CDI (1978).

4. Elle exige une base légitime de comparaison

Pour que l'on puisse comparer des objets raisonnablement et objectivement comparables, la clause NPF doit s'appliquer à des situations objectives similaires. L'octroi du traitement NPF n'exige pas que tous les investisseurs étrangers reçoivent le même traitement quelles que soient leurs activités concrètes ou les circonstances dans lesquelles ils se trouvent. La différence de traitement se justifie entre les investisseurs qui ne sont pas des comparateurs légitimes, c'est-à-dire les investisseurs qui n'interviennent pas dans le même secteur économique ou n'ont pas la même structure d'entreprise. La clause de traitement NPF exige que l'État d'accueil ne fasse pas de discrimination – *de jure* ou de facto¹² – sur la base de la nationalité. En revanche, elle n'empêche pas le pays d'accueil d'accorder un traitement différent à différents secteurs de l'activité économique ou de faire une différence entre des entreprises de taille différente ou des entreprises ayant ou non des associés locaux.

Durant les négociations relatives à l'AMI¹³, certaines délégations ont indiqué que selon leur entendement, l'application tant du traitement NPF

que du traitement national s'inscrivait de manière implicite dans un contexte de comparaison. D'autres délégations jugeaient nécessaire d'inclure expressément la formule «dans des circonstances similaires». À l'heure actuelle, comme nous le verrons dans la section II, certains AII contiennent une référence explicite aux «circonstances similaires» ou aux «situations analogues» – ou une autre formulation du même ordre, tandis que d'autres restent muets sur ce point. Indépendamment de la formulation précise, et pour l'interprétation correcte d'une norme relative, le traitement qu'un État d'accueil accorde à des investisseurs étrangers ne peut faire l'objet d'une comparaison appropriée que si ces investisseurs se trouvent dans des situations objectivement similaires. Il importe cependant de noter qu'en ne faisant pas une référence expresse aux «circonstances similaires», les Parties contractantes n'entendent pas faire abstraction du contexte de comparaison, car cela reviendrait à fausser le sens et la nature mêmes de la clause de traitement NPF.

Les affaires d'arbitrage concernant la comparaison effective du traitement que deux investisseurs étrangers reçoivent d'un État d'accueil dans des circonstances données ne sont pas nombreuses. On trouve donc peu d'orientations dans les sentences arbitrales quant à la manière dont cette comparaison devrait être effectuée. Il est toutefois possible d'évaluer une éventuelle violation de la règle NPF en s'inspirant des constatations de violation du traitement national. En effet, les deux types de traitement se partagent la même exigence de comparaison (la seule différence étant que pour le traitement national, le comparateur de l'investisseur/investissement étranger est l'investisseur/investissement national). À cet égard, plusieurs sentences rendues en rapport avec l'ALENA (1992) ont établi de manière systématique que l'évaluation d'une violation alléguée du traitement national exige l'identification des comparateurs et l'examen du traitement reçu par chacun d'eux. Les tribunaux ont utilisé divers critères de comparaison, en fonction des faits spécifiques et du droit applicable à chaque affaire. Il s'est agi, entre autres, du même secteur d'affaires ou secteur économique¹⁴, du même secteur et de la même activité économique¹⁵, des comparateurs moins similaires mais disponibles¹⁶ et des concurrents directs¹⁷. La flexibilité a prévalu, l'objectif étant de comparer ce qui est raisonnablement comparable et de tenir compte de tous les facteurs pertinents.

5. Elle concerne une discrimination fondée sur la nationalité

Le traitement NPF et le traitement national visent l'un et l'autre à prévenir la discrimination fondée sur des motifs ou des considérations de nationalité. Pour que soit établie une violation de la règle NPF, la différence de traitement doit avoir pour fondement ou pour cause la nationalité de l'investisseur étranger. Au terme d'une comparaison raisonnable entre des comparateurs appropriés, on peut constater l'existence de facteurs qui justifient de la part de l'État une différence de traitement entre des investisseurs étrangers; il peut s'agir, par exemple, de mesures légitimes qui ne font pas de distinction (ni *de jure* ni *de facto*) entre nationaux et étrangers¹⁸. Dans l'affaire *Parkerings c. Lituanie*, le tribunal a établi que pour constituer une violation du droit international la discrimination doit être déraisonnable ou manquer de proportionnalité et que par ailleurs une raison objective peut justifier un traitement différencié dans des cas similaires.

6. Elle exige la constatation d'un traitement moins favorable

À l'exception des lois et réglementations régissant spécifiquement l'investissement étranger, le régime juridique intérieur de l'État d'accueil en matière d'investissement s'applique uniformément à l'ensemble des acteurs et opérateurs économiques, qu'ils soient nationaux ou étrangers. Il s'applique donc à l'investisseur et à son investissement, indépendamment de sa nationalité. Les États ne font pas de différence dans le traitement qu'ils accordent aux investisseurs étrangers de nationalités différentes une fois que ces derniers sont établis au sein de l'économie d'accueil et y mènent leurs activités. En revanche, durant la phase préétablissement, il existe une probabilité de différence dans le traitement accordé aux investisseurs de nationalités différentes, en fonction des engagements conventionnels contractés à l'égard de leur État d'origine.

Le traitement se matérialise principalement sous forme de «mesures»: lois, réglementations et règles de conduite édictées par l'État. L'arsenal est vaste; en gros, toutes les mesures peuvent influencer sur la vie des entreprises. Il peut s'agir, par exemple, des lois et règlements régissant les aspects suivants: droit des affaires, sociétés et autres formes d'organisation, fiscalité, main-d'œuvre, environnement, faillite, accès au financement, services financiers, propriété, utilisation ou prise à bail de biens fonciers, obstacles réglementaires et autres obstacles à l'entrée, concurrence, réglementation horizontale et sectorielle (voir l'encadré 3). L'investisseur

Encadré 19. ALE Chine-Pérou (2009)

Article 131

Traitement de la nation la plus favorisée

1. Chaque Partie accorde aux investisseurs de l'autre Partie un traitement non moins favorable que celui qu'elle accorde, dans des circonstances similaires, aux investisseurs d'un État tiers en ce qui concerne l'établissement, l'acquisition, l'expansion, la gestion, la direction, l'exploitation ainsi que la vente ou autre aliénation des investissements sur son territoire.

[...]

3. Nonobstant les paragraphes 1 et 2, les Parties se réservent le droit d'adopter ou de maintenir une mesure qui accorde un traitement différencié:

- a) À des minorités et des groupes ethniques socialement ou économiquement défavorisés; ou*
- b) À des industries culturelles liées à la production de livres, revues, périodiques, journaux imprimés ou électroniques et partitions musicales.*

4. Conditions et restrictions

i) «Circonstances similaires» ou «Situations similaires»

Comme il a été indiqué plus haut, l'obligation de traitement NPF ne signifie pas que les investisseurs étrangers doivent être traités de la même façon, quelle que soit leur activité ou leur situation concrète. Une différence de traitement se justifie si les comparateurs potentiels se trouvent dans des situations objectives différentes. Il faut donc comparer ce qui est raisonnablement comparable. Certains accords utilisent des formulations telles que «circonstances similaires» ou «situations similaires». C'est le cas de l'ALENA (1992), de l'ABI-type des États-Unis (2004), de l'APIE type du Canada (2004), des ABI conclus par le Mexique et de bon nombre d'ALE/APE récents. De nombreux ABI classiques ne renferment aucune formule de comparaison. L'absence d'une telle formule

ne signifie toutefois pas que les parties contractantes entendent appliquer la norme sans une comparaison appropriée. La formule de comparaison doit être perçue comme une composante implicite du traitement NPF, même si pour une plus grande certitude et selon la tradition juridique de certains pays il peut être préférable de la rendre plus explicite.

ii) Activités d'investissement expressément visées par la clause de traitement NPF

Le traitement NPF accordé par l'État d'accueil s'applique, selon le cas, aux investisseurs et/ou à leurs investissements, durant la phase postétablissement, la phase préétablissement ou les deux. Comme on l'a vu plus haut, ce traitement couvre le cycle de vie de l'investissement ainsi qu'il est régi par les lois et règlements de l'État d'accueil. Au demeurant, certaines clauses de traitement NPF sont plus précises que d'autres.

Certaines de ces clauses, et plus précisément celles qui s'appliquent au préétablissement, lient le traitement NPF à une liste fermée d'activités (parfois pour les investisseurs ainsi que les investissements, sinon uniquement pour les investissements) (voir l'encadré 20).

Cette liste d'activités d'investissement comprend des activités préétablissement ou des activités postétablissement. Il faut donc lui accorder une attention particulière pour s'assurer d'atteindre le résultat voulu. Les activités préétablissement comprennent en règle générale «l'établissement, l'acquisition et l'expansion» des investissements, tandis que les activités postétablissement comprennent «la gestion, l'entretien, la direction, l'exploitation, l'utilisation, la jouissance, la vente, la cession ou l'aliénation». Il est possible que certains pays considèrent l'expansion d'un investissement comme faisant partie des activités postétablissement si elle est assujettie à une approbation ou autre autorisation préalable.

