

OPINION INDIVIDUELLE, EN PARTIE CONCORDANTE
ET EN PARTIE DISSIDENTE, DE M. LE JUGE ROBINSON

[Traduction]

1. Dans le présent exposé, j'expliquerai les raisons de mon désaccord avec le point 1 du dispositif, dans lequel la Cour a retenu

«l'exception d'incompétence soulevée par les États-Unis d'Amérique relative aux demandes présentées par la République islamique d'Iran au titre des articles III, IV et V du traité d'amitié, de commerce et de droits consulaires de 1955, dans la mesure où elles port[ai]ent sur le traitement réservé à la banque Markazi et, en conséquence, [a] dit qu'elle n'[était] pas compétente pour connaître desdites demandes».

Je formulerai également certaines observations sur d'autres aspects de l'arrêt.

OPINION DISSIDENTE

2. En vertu du point 1 du dispositif de l'arrêt, la Cour a conclu que la banque Markazi, la banque centrale de l'Iran, n'était pas une société au sens du paragraphe 1 de l'article III et, partant, ne pouvait prétendre à bénéficier de la protection accordée aux sociétés par les articles III, IV et V du traité d'amitié, de commerce et de droits consulaires de 1955 (ci-après le «traité»). Le raisonnement qui sous-tend cette conclusion est en totale contradiction avec l'arrêt sur les exceptions préliminaires que la Cour a rendu en 2019 en la présente espèce (ci-après l'«arrêt de 2019»).

3. Par leur troisième exception d'incompétence, soumise dans la phase des exceptions préliminaires, les États-Unis demandaient à la Cour de rejeter «comme échappant à sa compétence toute demande se rapportant à des violations alléguées des articles III, IV et V du traité d'amitié reposant sur le traitement accordé à l'État iranien ou à la banque Markazi».

4. Dans le présent exposé, j'examinerai, dans un premier temps, les *dicta* prononcés dans l'arrêt de 2019 quant à la caractérisation d'une entité en tant que société au sens du traité et, dans un deuxième temps, le raisonnement que la Cour a adopté dans le présent arrêt. Il est important de procéder à cet exercice, car l'approche retenue dans le présent arrêt contredit celui de 2019, et ce, malgré des affirmations contraires.

5. Le raisonnement suivi par la Cour pour déterminer ce qui caractérise une entité en tant que société au sens du paragraphe 1 de l'article III est exposé en six étapes aux paragraphes 89 à 92 de l'arrêt de 2019.

6. Au paragraphe 89, qui correspond à la première étape du raisonnement, la Cour a indiqué qu'il

«rest[ait] à déterminer si, par la nature de ses activités, la banque Markazi p[ouvai]t être qualifiée de “société” selon la définition que donne le paragraphe 1 de l'article III lue dans le contexte de cette disposition et à la lumière de l'objet et du but du traité d'amitié».

Dans ce paragraphe, l'objectif de la Cour était de déterminer s'il était possible de qualifier la banque Markazi de société sur la base de la nature de ses activités. Il est à noter que, dans l'analyse qu'elle proposait alors, en dehors de la nature des activités de la banque Markazi, la Cour ne s'est référée à aucun autre facteur, tel que la fonction ou le but de la banque, qui aurait été de nature à influencer sur la caractérisation de la banque en tant que société.

7. Au paragraphe 90, où est exposé la deuxième étape du raisonnement de la Cour, celle-ci a rejeté l'argumentation de l'Iran selon laquelle la nature des activités exercées par une entité déterminée était indifférente en vue de la qualification de ladite entité comme une société, réaffirmant ainsi l'importance que revêt cet élément à ladite fin.

8. Au paragraphe 91, qui constitue la troisième étape de son raisonnement, la Cour a interprété la définition d'une société au sens du paragraphe 1 de l'article III dans le contexte pertinent et à la lumière de l'objet et du but du traité; cette interprétation, selon elle, «orient[ait] nettement vers la conclusion que le traité vise à garantir des droits et à accorder des protections aux personnes physiques et morales qui exercent des activités de nature commerciale, même si ce dernier terme doit être compris dans un sens large». Ce qu'il convient de retenir ici, c'est que la Cour a conclu que l'expression «activités de nature commerciale» ne devait pas être interprétée de manière restrictive, mais dans un sens large.

9. Dans la dernière partie du paragraphe 91, quatrième étape du raisonnement de la Cour, celle-ci a conclu

«qu'une entité qui exercerait exclusivement des activités de souveraineté, liées aux fonctions régaliennes de l'État, ne saurait se voir attribuer la qualification de “société” au sens du traité, et ne saurait par suite prétendre au bénéfice des droits et protections prévus aux articles III, IV et V».

En l'espèce, la Cour a abouti à une conclusion assez évidente: si l'entité exerce exclusivement des activités de souveraineté, liées aux fonctions régaliennes de l'État, alors elle ne mène pas d'activités de nature commerciale; elle exerce en fait des activités bénéficiant de l'immunité souveraine.

10. La Cour ayant déterminé, dans son arrêt de 2019, que les questions d'immunité souveraine échappaient à sa compétence, l'arrêt semble, à certains endroits, effleurer cette question sans toutefois l'aborder; tel est, par exemple, le cas dans la première partie du paragraphe 91, ainsi qu'au paragraphe 65.

11. Au paragraphe 92, qui constitue la cinquième étape de son raisonnement, la Cour a indiqué que, nonobstant la conclusion qui précédait, rien ne permettait, par principe, d'exclure qu'une même entité exerçât à la fois des activités de nature commerciale et des activités souveraines.

12. Dans la deuxième phrase du paragraphe 92, où est exposée la sixième et dernière étape de son raisonnement, la Cour a répondu à la question soulevée au paragraphe 89. Elle a conclu ce qui suit :

« En pareil cas, puisque c'est la nature de l'activité effectivement exercée qui détermine la qualification de l'entité qui l'exerce, la personne morale dont il s'agit devrait être regardée comme une "société" au sens du traité dans la mesure où elle exerce des activités de nature commerciale, même si ce n'est pas à titre principal. »

Deux observations peuvent être formulées sur ce paragraphe très important. Premièrement, l'expression « en pareil cas » signifie que la Cour examinait la situation où une même entité exerce à la fois des activités de nature commerciale et des activités souveraines. Deuxièmement, le membre de phrase « puisque c'est la nature de l'activité effectivement exercée qui détermine la qualification de l'entité qui l'exerce » souligne que, pour la Cour, c'est la nature de l'activité à laquelle se livre une entité qui détermine si elle est ou non une société. Le mot « détermine » revêt une importance particulière. Selon la définition donnée dans le *Concise Oxford Dictionary*, le mot « determine », en anglais, signifie « decide or settle » (« décider ou régler »). Par conséquent, en formulant ainsi sa conclusion, la Cour a considéré que c'était la nature de l'activité exercée par une entité qui réglait la question de savoir si ladite entité était une société au sens du traité ; la nature de l'activité règle définitivement la question. La Cour n'a fait aucune référence à la fonction de l'entité ou au but de l'activité. En outre, le mot « puisque » utilisé dans le membre de phrase « puisque c'est la nature de l'activité effectivement exercée qui détermine la qualification de l'entité qui l'exerce » confirme le lien de causalité entre la qualification d'une entité en tant que société au sens du traité et la nature des activités qu'elle exerce. L'affirmation selon laquelle « c'est la nature de l'activité effectivement exercée qui détermine la qualification de l'entité qui l'exerce » est formulée de manière catégorique et n'admet la prise en compte d'aucun autre facteur dans la caractérisation d'une entité en tant que société, comme les liens entre les activités et toute autre fonction souveraine, ou le but auquel se rapportent ces activités.

13. C'est dans ce contexte que je m'intéresserai maintenant à l'arrêt rendu par la Cour dans la présente phase de la procédure. Selon la Cour, dans son arrêt de 2019, elle « n'a pas affirmé que, pour déterminer si des activités données présentaient un caractère commercial, il ne fallait pas tenir compte de leur lien éventuel avec une fonction souveraine » (arrêt, par. 51). Et la Cour d'ajouter que, lorsqu'une entité effectue une transaction ou une série de transactions, ladite transaction — ou série de transactions — doit être replacée

dans son contexte, « en tenant compte notamment de ses liens éventuels avec l'exercice d'une fonction souveraine ». Tout d'abord, la Cour a bel et bien conclu dans son arrêt de 2019 que, pour déterminer si des activités données présentaient un caractère commercial, il ne fallait pas tenir compte de leur lien éventuel avec une fonction souveraine. Elle l'a fait en considérant que « c'[était] la nature de l'activité effectivement exercée qui détermin[ait] la qualification de l'entité qui l'exerce ». Comme exposé plus haut, l'arrêt de 2019, interprété comme il se doit, indique que la Cour a conclu que la nature de l'activité réglait définitivement la question de savoir si une entité était une société au sens du traité. Dans le présent arrêt, la Cour s'est écartée de l'analyse et des conclusions qu'elle avait adoptées dans son arrêt de 2019 et a introduit un élément qui n'y figurait pas, à savoir les liens entre l'activité et une fonction ou un objectif souverain.

14. Au paragraphe 47, la Cour a précisé qu'elle déterminerait si la banque Markazi était une société au sens du traité en « se plaçant dans la continuité des motifs qu'elle a[vait] retenus dans son arrêt de 2019 ». Or, malheureusement, le présent arrêt ne s'inscrit pas dans la continuité desdits motifs. Si tel avait été cas, la Cour se serait intéressée uniquement à la nature des activités de la banque Markazi et aurait ainsi conclu que cette dernière était une société, puisque, par nature, l'achat des 22 titres de créance était une activité commerciale.

15. De surcroît, et je le dis avec respect, la dernière phrase du paragraphe 52 semble sonner un peu faux : « La Cour considère cependant que les déclarations faites par la banque Markazi dans le cadre de la procédure judiciaire dans l'affaire *Peterson*, qui sont citées plus haut, reflètent correctement la réalité des activités de la banque. » Tout d'abord, un problème de cohérence se pose, puisque, dans la première phrase de ce même paragraphe, la Cour a indiqué qu'elle « n'attach[ait] pas une importance décisive aux déclarations faites dans les procédures judiciaires américaines par les conseils de la banque Markazi et dont les États-Unis se sont prévalus ». Ce que dit la Cour dans la dernière phrase du paragraphe est en contradiction totale avec la première partie de ce même paragraphe. La Cour ne pouvait conclure que les déclarations faites par la banque Markazi dans l'affaire *Peterson* « reflét[ai]ent correctement la réalité des activités de la banque » que si elle considérait comme portant à conséquence, et donc d'une importance décisive, la thèse soutenue par la banque dans cette affaire, à savoir que l'achat des 22 titres de créance relevait de sa fonction gouvernementale souveraine, bénéficiant de l'immunité. La Cour aurait dû faire preuve de plus de transparence en précisant que les deux Parties avaient changé de position après qu'elle s'était, dans son arrêt de 2019, déclarée incompétente à l'égard de la question de l'immunité souveraine de la banque. Dans l'affaire *Peterson*, portée devant le tribunal fédéral de district, la banque avait fait valoir qu'elle bénéficiait de l'immunité souveraine et les États-Unis avaient soutenu que l'achat des 22 titres de créance était un acte commercial, thèse à laquelle avait souscrit le tribunal. Or, dans la présente procédure au fond, la banque a fait valoir

que l'achat des 22 titres de créance était un acte commercial, les États-Unis soutenant pour leur part que cette opération relevait de l'exercice d'une fonction gouvernementale souveraine. La Cour aurait dû se tenir à l'écart de ce petit jeu stratégique et tactique joué par les Parties.

16. À la lumière de ce qui précède, la Cour aurait dû confirmer qu'elle avait compétence pour connaître des demandes visées par la troisième exception préliminaire des États-Unis.

DÉNI DE JUSTICE

17. Je ne souscris pas à la conclusion énoncée au paragraphe 143 de l'arrêt, selon laquelle le comportement des États-Unis ne «constitue[] pas en [lui]-même[] un grave manquement dans l'administration de la justice qui équivaille à un déni de justice».

18. Dans les procédures en exécution engagées en l'affaire *Peterson* (2013), les demandeurs avaient prié le tribunal d'ordonner la saisie d'actifs de l'Iran et de la banque Markazi. Alors que les procédures étaient en cours, le Congrès des États-Unis a adopté une loi — la loi de 2012 sur la réduction de la menace iranienne et les droits de l'homme en Syrie [*Iran Threat Reduction and Syria Human Rights Act*] (ci-après la «ITRSHRA») — dont l'article 502 rendait susceptibles de mesures d'exécution ou de saisie certains actifs financiers en exécution de décisions de justice rendues contre l'Iran. Selon les termes de la loi, ces actifs s'entendaient des «actifs financiers en cause dans l'affaire *Peterson et al. v. Islamic Republic of Iran et al.*, portée devant le tribunal fédéral du district sud de l'État de New York». Autrement dit, la loi a été promulguée dans le but spécifique d'influencer ce qui était alors une affaire en cours.

19. Dans son jugement, le tribunal de district, sur le fondement de la ITRSHRA de 2012, a considéré que les actifs financiers devaient être remis aux demandeurs¹. Cette décision est intervenue alors qu'il n'avait jamais été allégué que la banque Markazi elle-même avait participé à une quelconque activité terroriste. Après que la cour d'appel des États-Unis eut confirmé la décision du tribunal de district, la banque Markazi a saisi la Cour suprême des États-Unis, qui, par sept voix contre deux, a tranché en faveur des demandeurs. La majorité a estimé que l'adoption de la loi au beau milieu de l'affaire ne prêtait pas à contestation, au motif qu'il existait un précédent en droit interne confirmant la licéité d'une loi promulguée pendant des affaires en cours; cette loi «s'appliquait aux affaires portant un titre et un numéro de rôle»². Les deux juges dissidents, le président Roberts et la juge Sotomayor, ont estimé que l'article 502 «modif[iait] la loi — pour

¹ *Peterson et al. v. Islamic Republic of Iran et al.*, tribunal fédéral du district sud de l'État de New York, 28 février 2013, S.D.N.Y. 2013, p. 52.

² *Bank Markazi v. Peterson et al.*, Cour suprême des États-Unis, 20 avril 2016, 578 U.S. 1 (2016), p. 19 (mémoire de la République islamique d'Iran (MI), annexe 66).

cette seule procédure — simplement pour garantir que les défendeurs au pourvoi l'emportent»³. La loi a été modifiée par la ITRSHRA, car, avant son adoption, il ne pouvait être établi hors de tout doute que les actifs financiers de la banque Markazi étaient susceptibles de mesures d'exécution ou de saisie en exécution de jugements rendus contre l'Iran. De fait, la majorité elle-même a observé dans l'arrêt de la Cour suprême que la loi avait été adoptée afin «de prévenir toute contestation relative à la saisissabilité de certains des actifs bloqués par le décret n° 13599 pour l'exécution des jugements rendus en matière de terrorisme»⁴.

20. L'ingérence de l'assemblée législative, le Congrès, au milieu de la procédure aux fins de l'adoption d'une loi modifiant le droit — ce qui a été fait, pour reprendre les termes de l'opinion dissidente des deux juges, «simplement pour garantir que les défendeurs au pourvoi l'emportent» —, constitue un exercice grossier du pouvoir législatif emportant déni de justice. Lorsque la banque Markazi a entamé sa défense devant le tribunal, la loi disait une chose ; lorsqu'elle a présenté ses conclusions, la loi en disait une autre. Il y a eu déni de justice, car l'adoption de la loi pendant la procédure a compromis l'équité de cette dernière au point où elle a fondamentalement porté atteinte à la primauté du droit sur le plan international en favorisant une partie au détriment de l'autre. Il y a eu déni de justice, car l'introduction de la loi au milieu de la procédure ne pouvait être considérée comme une «simple mauvaise application du droit» (voir, par exemple, *Krederi Ltd. v. Ukraine*, affaire CIRDI n° ARB/14/17, par. 468-472).

21. Les États-Unis ont fait valoir à juste titre «que le niveau de preuve en matière de déni de justice [éta]it élevé, puisqu'il conv[enai]t de démontrer l'existence d'une violation notoirement injuste ou grave dans l'administration de la justice, qui soit contraire à la bonne règle judiciaire» (arrêt, par. 142). En revanche, ils ont affirmé à tort que «les mesures en question n'[avaie]nt rien d'injuste ou de grave» (*ibid.*). L'introduction d'une loi au milieu d'un procès en cours dans le but exprès d'aider une des parties est, par essence, le type de violation dans l'administration de la justice qui est contraire à la bonne règle judiciaire.

22. Les juges dissidents dans l'affaire *Peterson* ont conclu que l'effet de l'adoption de la ITRSHRA au milieu de l'affaire avait été tel que la décision avait été rendue par le pouvoir législatif, et non par le pouvoir judiciaire. De fait, cette ingérence a été à l'origine d'un déni de justice. Si le droit à un traitement juste et équitable a un sens, il signifie nécessairement qu'une société iranienne prenant part à une procédure aux États-Unis a le droit de faire entendre sa cause équitablement. Le traitement juste et équitable, au sens de l'article IV, commande l'adoption d'un comportement juste, impartial et équitable dans le traitement des ressortissants et des sociétés participant à des échanges et à des investissements entre les deux pays. En outre, une loi

³ *Ibid.*, p. 34.

⁴ *Ibid.*, p. 5.

à effet rétroactif, adoptée sans raisons impérieuses, constitue une violation du principe de sécurité juridique sur lequel doit reposer le standard du traitement juste et équitable.

23. L'effet conjugué de l'article 502 de la ITRSHRA et de la décision rendue par le tribunal de district, qui a eu pour conséquence la saisie des actifs de la banque Markazi, est tel que l'adoption du texte pendant l'affaire *Peterson* a conduit à un déni de justice, en violation du droit de la banque au traitement juste et équitable auquel, conformément au présent exposé, elle était fondée à prétendre. L'existence d'un précédent interne qui confirmerait qu'une loi ainsi adoptée est licite en droit interne américain n'implique pas que cette mesure législative sera conforme aux obligations internationales incombant aux États-Unis en tant que partie à un traité. En vertu de l'article 27 de la convention de Vienne sur le droit des traités de 1969, qui reflète le droit international coutumier, un État ne peut invoquer les dispositions de son droit interne comme justifiant la non-exécution des obligations lui incombant au titre d'un traité.

Sanctions économiques unilatérales

24. Les vues exprimées sur les sanctions économiques unilatérales ne doivent en aucun cas être interprétées comme un commentaire sur le fond de la présente affaire, dans laquelle le droit applicable est le traité d'amitié et, plus généralement, le droit des traités. Dans cette partie du présent exposé, j'aborderai la question des sanctions au regard du droit international général.

25. Il est admis que la communauté internationale des États forme un tout désorganisé. L'espoir qu'une période de coopération internationale succéderait à la seconde guerre mondiale⁵ est resté vain et, malheureusement, le principe de la souveraineté étatique prévaut à ce jour. Contrairement à ce que l'on retrouve à l'échelle d'un État, il n'existe aucun organe suprême régissant les relations entre les États. Toutes les forces sont centrifuges et la question de savoir si la communauté internationale des États est plus organisée et unifiée aujourd'hui qu'elle ne l'était avant 1945 reste ouverte. En règle générale, chaque État persiste à exercer sa souveraineté au détriment de la coopération internationale.

26. Dans ses travaux sur la responsabilité des États, la Commission du droit international (ci-après la « CDI » ou la « Commission ») aborde les sanctions économiques unilatérales sous l'angle des contre-mesures. À cet égard, on relèvera que ce terme de « contre-mesures » a été préféré au terme « sanctions », proposé par le rapporteur spécial Roberto Ago⁶.

⁵ Aux termes du paragraphe 3 de l'article 1 de la Charte, l'un des buts des Nations Unies est de « [r]éaliser la coopération internationale en résolvant les problèmes internationaux d'ordre économique, social, intellectuel ou humanitaire ».

⁶ La raison en est que la Commission a réservé le terme « sanction » aux

« mesures de réaction appliquées en vertu d'une décision prise par une organisation internationale à la suite d'une violation d'une obligation internationale ayant de graves

27. Dans les articles de la CDI sur la responsabilité de l'État (ci-après les «articles de la CDI»), l'article 22 envisage les contre-mesures comme une circonstance excluant l'illicéité au sens du chapitre V :

«L'illicéité du fait d'un État non conforme à l'une de ses obligations internationales à l'égard d'un autre État est exclue si, et dans la mesure où, ce fait constitue une contre-mesure prise à l'encontre de cet autre État conformément au chapitre II de la troisième partie.»

28. Dans l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagyymaros*, la Cour a confirmé que, pour être licite, une contre-mesure devait impérativement avoir été «prise pour riposter à un fait internationalement illicite d'un autre État» et avoir été «dirigée contre ledit État»⁷. Cette exigence trouve son expression à l'article 49 des articles de la CDI. Sur ce point, les conclusions de la Commission vont dans le sens de celles de la Cour dans l'affaire précitée. L'article 50 énonce certaines obligations, telles que celles concernant la protection des droits fondamentaux de l'homme, qui ne peuvent être affectées par des contre-mesures. L'article 51 dispose que les contre-mesures doivent être «proportionnelles au préjudice subi, compte tenu de la gravité du fait internationalement illicite et des droits en cause». Là encore, les articles de la Commission et l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagyymaros* vont dans le même sens. S'agissant des conditions régissant le recours à des contre-mesures, l'article 52 des articles de la Commission dispose ce qui suit :

«1. Avant de prendre des contre-mesures, l'État lésé doit :

- a) Demander à l'État responsable, conformément à l'article 43, de s'acquitter des obligations qui lui incombent en vertu de la deuxième partie ;
- b) Notifier à l'État responsable toute décision de prendre des contre-mesures et offrir de négocier avec cet État.

2. Nonobstant l'alinéa b) du paragraphe 1, l'État lésé peut prendre les contre-mesures urgentes qui sont nécessaires pour préserver ses droits.

3. Des contre-mesures ne peuvent être prises et, si elles sont déjà prises, doivent être suspendues sans retard indu si :

- a) Le fait internationalement illicite a cessé ; et
- b) Le différend est en instance devant une cour ou un tribunal habilité à rendre des décisions obligatoires pour les parties.

conséquences pour l'ensemble de la communauté internationale, et notamment pour certaines mesures que l'ONU est autorisée à adopter, dans le cadre du système prévu par la Charte, en vue du maintien de la paix et de la sécurité internationales» (Projet d'articles sur la responsabilité des États, rapport de la Commission à l'Assemblée générale sur les travaux de sa trente et unième session, *Annuaire de la Commission du droit international*, 1979, vol. II, deuxième partie, Nations Unies, New York, 1980, p. 134).

⁷ *Projet Gabčíkovo-Nagyymaros (Hongrie/Slovaquie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1997, p. 55, par. 83.

4. Le paragraphe 3 ne s'applique pas si l'État responsable ne met pas en œuvre de bonne foi les procédures de règlement des différends.»

29. On ne peut dire avec une totale certitude si les conditions entourant le recours aux contre-mesures énoncées à l'article 52 sont de nature coutumière.

30. D'aucuns pourraient se demander si l'une quelconque des sanctions économiques qui ont été imposées unilatéralement par les États au cours des 60 dernières années satisfaisait aux conditions énoncées aux articles 49, 50, 51 et 52. La question de savoir si elles ont respecté le critère de proportionnalité énoncé à l'article 51 se poserait assurément. De plus, dès lors que des mesures économiques imposées de manière unilatérale portent préjudice aux pauvres, aux personnes malades et aux personnes vulnérables dans l'État à l'encontre duquel elles sont prises, on peut se poser la question de savoir si elles satisfont à la condition énoncée à l'alinéa *b*) du paragraphe 1 de l'article 50, à savoir que les contre-mesures ne doivent pas porter atteinte aux « obligations concernant la protection des droits fondamentaux de l'homme ».

31. En l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires* (1986), la Cour a dû examiner l'allégation du Nicaragua selon laquelle les États-Unis avaient violé le principe de non-intervention en imposant des sanctions économiques, dont une interruption de l'aide économique et une réduction de 90 % du quota de sucre importé aux États-Unis en provenance du Nicaragua. Elle a conclu qu'« il suffira[it] d'indiquer que la Cour ne p[ouvai]t considérer les mesures économiques mises en cause comme des violations du principe coutumier de la non-intervention »⁸.

32. Il serait intéressant de savoir si, à la lumière des évolutions constatées depuis que l'arrêt de 1986 a été rendu en l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires*, la Cour réagirait aujourd'hui de la même manière face à un État qui prétend que des sanctions imposées de manière unilatérale constituent une violation du principe de non-intervention. La nature coutumière du principe de non-intervention ne fait aucun doute; la Cour elle-même l'a reconnue dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires*. La question difficile qui se pose concerne la licéité des sanctions unilatérales. À cet égard, trois évolutions importantes sont intervenues depuis 1986. Premièrement, dans l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, la Cour a jugé que la Tchécoslovaquie, en prenant le contrôle du Danube, n'avait pas respecté la proportionnalité exigée par le droit international et que, par conséquent, le détournement du Danube n'était pas une contre-mesure licite. On peut affirmer sans crainte de se tromper que la condition de proportionnalité fait désormais partie du droit international coutumier.

⁸ *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 126, par. 245.

33. Deuxièmement, intéressons-nous aux articles de la CDI sur la responsabilité des États. À mon sens, même s'il est permis de s'interroger sur la nature coutumière des articles 50 et 52, il ne fait aucun doute que les articles 49 et 51 reflètent le droit international coutumier. Conformément à l'article 49, une contre-mesure ne peut être prise à l'encontre d'un État responsable d'un fait internationalement illicite que pour amener cet État à s'acquitter des obligations qui lui incombent au regard de la deuxième partie des articles de la CDI; et l'article 51 exige le respect de la condition de proportionnalité en cas d'imposition de contre-mesures résultant d'une décision unilatérale.

34. Troisièmement, examinons les travaux du Conseil des droits de l'homme des Nations Unies sur la question des droits de l'homme et des mesures coercitives unilatérales. S'appuyant entre autres sur les déclarations contenues dans les résolutions 2131 (XX) et 2625 (XXV) de l'Assemblée générale des Nations Unies, le Conseil des droits de l'homme a adopté, le 26 septembre 2014, la résolution 27/21 et Corr. 1 sur les droits de l'homme et les mesures coercitives unilatérales, qu'il a renouvelée pour la dernière fois en octobre 2020 par sa résolution 45/5. Dans ces résolutions, le Conseil a souligné que les mesures et pratiques coercitives unilatérales étaient contraires au droit international, au droit international humanitaire, à la Charte des Nations Unies et aux normes et principes régissant les relations pacifiques entre les États, et a mis en lumière le fait que, à long terme, ces mesures pouvaient engendrer des problèmes sociaux et soulever des préoccupations d'ordre humanitaire dans les États ciblés. Plus spécifiquement, dans la résolution adoptée le 26 septembre 2014, il a fait part de sa vive désapprobation quant à la forme extraterritoriale des mesures coercitives unilatérales «qui ... menacent la souveraineté des États» et a condamné le fait que «certaines puissances continu[ai]ent d'appliquer et d'exécuter unilatéralement des mesures de cette nature pour exercer des pressions politiques ou économiques sur tel ou tel pays».

35. Selon moi, ces trois évolutions intervenues depuis l'arrêt rendu en 1986 dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires* marquent la fin d'une période de recours immodéré à des sanctions économiques unilatérales. En effet, si l'on considère ces évolutions à la lumière des efforts déployés par le passé par l'Assemblée générale des Nations Unies pour élaborer une norme interdisant le recours aux sanctions économiques en tant qu'instrument de pression politique ou de coercition, il est permis de conclure que les sanctions économiques unilatérales qui sont disproportionnées ou revêtent un caractère coercitif ne peuvent être qualifiées de contre-mesures au sens des articles de la CDI et peuvent, au même titre que des mesures militaires, emporter violation du principe coutumier de non-intervention. Si la Cour devait répondre aujourd'hui à la question qui lui a été posée en 1986, elle devrait, pour rendre sa décision, prendre en compte les évolutions décrites ci-dessus.

36. En conclusion, la désorganisation de la communauté internationale des États explique le phénomène des sanctions imposées de manière unilaté-

rale. Celles-ci prêtent particulièrement à contestation lorsqu'il ressort clairement du contexte dans lequel elles ont été imposées qu'elles remplissent une fonction qui, conformément à la Charte des Nations Unies, revient au Conseil de sécurité. C'est le dysfonctionnement de ce dernier, résultat du droit de veto dont bénéficient les cinq membres permanents, qui crée un vide que s'empressent de combler les États déterminés à affirmer leur souveraineté.

Phraséologie inappropriée

37. Dans la partie de l'arrêt où est examinée l'exception d'irrecevabilité des États-Unis tirée du défaut d'épuisement des voies de recours internes, il est indiqué que, «pour les raisons qui vont être exposées à présent, la Cour est *convaincue* que les sociétés en cause ne disposaient, dans le système judiciaire américain, d'aucun recours efficace qu'elles se seraient abstenues d'exercer» (par. 67, les italiques sont de moi). Dans son analyse, la Cour s'est appuyée sur la règle coutumière énoncée à l'alinéa *a*) de l'article 15 des articles de la CDI sur la protection diplomatique, qui veut que la règle de l'épuisement des voies de recours internes est respectée dès lors qu'il n'existe aucun recours interne disponible offrant aux personnes lésées une possibilité raisonnable d'obtenir réparation. La Cour a souscrit à l'assertion de l'Iran suivant laquelle, «selon une jurisprudence constante américaine, en cas de contradiction explicite entre un traité et une loi adoptée postérieurement à ce traité, la loi est réputée abroger le traité dans l'ordre juridique américain» (arrêt, par. 69). Après avoir relevé que les États-Unis n'avaient pas cherché à contester la validité de cette affirmation, la Cour a cité l'affaire *Weinstein* comme exemple de procédure ayant consacré la prééminence d'une loi sur le traité d'amitié.

38. Il est étonnant que, face à la clarté de cette analyse, la Cour n'ait été en mesure que de conclure, au paragraphe 72, qu'il lui «*apparaît*... que les sociétés en question, dans les circonstances de la présente affaire, n'avaient aucune possibilité raisonnable de faire valoir leurs droits avec succès dans les procédures judiciaires américaines» (les italiques sont de moi). Sachant qu'elle se prononçait en l'espèce sur une exception d'irrecevabilité, la Cour aurait dû livrer une conclusion plus catégorique dans cette partie presque finale de son analyse. Ce raisonnement peut être critiqué à deux égards. Premièrement, la rédaction édulcorée, incertaine et hésitante du membre de phrase «il apparaît à la Cour» se heurte à ce qui est dit précédemment au paragraphe 67, où la Cour se disait «*convaincue* que les sociétés en cause ne disposaient, dans le *système* judiciaire américain, d'aucun recours efficace qu'elles se seraient abstenues d'exercer» (les italiques sont de moi). Il s'agissait là d'une affirmation claire et catégorique indiquant que la Cour était convaincue que les sociétés iraniennes ne disposaient d'aucun recours efficace. Deuxièmement, cette même rédaction édulcorée, incertaine et hésitante du membre de phrase «il apparaît à la Cour» n'offre aucune

base sur laquelle fonder la conclusion formulée au paragraphe 73 : « Pour les motifs qui précèdent, la Cour conclut que l'exception d'irrecevabilité tirée du défaut d'épuisement des voies de recours internes ne saurait être accueillie. » Une telle conclusion sans équivoque ne saurait être tirée de la formulation hésitante du paragraphe qui précède.

39. La Cour aurait dû conclure que, « [é]tant donné la combinaison entre le caractère législatif des mesures contestées et la primauté conférée à la loi fédérale plus récente sur le traité par la jurisprudence américaine », elle était convaincue « que les sociétés en question, dans les circonstances de la présente affaire, n'avaient aucune possibilité raisonnable de faire valoir leurs droits avec succès dans les procédures judiciaires américaines ».

40. On notera que la Cour n'a pas opté pour la formule « il apparaît à la Cour » quand elle s'est prononcée sur l'exception d'incompétence des États-Unis et sur leurs moyens de défense au fond. Elle a certes recours à ce type de formulations lorsqu'elle rend une ordonnance en indication de mesures conservatoires⁹, mais il est admis que le critère de la preuve est différent dans ce contexte. C'est le problème que pose la phraséologie utilisée par la Cour dans la présente affaire : elle donne à penser que la partie à qui revient la charge de prouver ses arguments s'en acquitte à l'aune d'un critère de la preuve assez peu exigeant, lequel semble indiquer qu'il suffisait à la Cour d'avoir l'impression que, dans les circonstances de l'espèce, les sociétés en question n'avaient aucune possibilité raisonnable de faire valoir leurs droits avec succès dans les procédures judiciaires américaines.

Génuflexion inutile

41. La dernière phrase du paragraphe 72 se lit comme suit :

« La Cour ne porte, par le constat qui précède, aucun jugement sur la qualité du système judiciaire américain, ni sur la répartition des compétences entre le pouvoir législatif et le pouvoir judiciaire, en droit américain, en ce qui concerne l'exécution des obligations internationales dans l'ordre juridique interne. »

⁹ Voir, par exemple, *Allégations de génocide au titre de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Ukraine c. Fédération de Russie), mesures conservatoires, ordonnance du 16 mars 2022, C.I.J. Recueil 2022 (I)*, p. 217-218, par. 24 :

« La Cour ne peut indiquer des mesures conservatoires que si les dispositions invoquées par le demandeur semblent *prima facie* constituer une base sur laquelle sa compétence pourrait être fondée, mais n'a pas besoin de s'assurer de manière définitive qu'elle a compétence quant au fond de l'affaire. »

La Cour a « conclu[] que, *prima facie*, elle a[vait] compétence » pour connaître de l'affaire (par. 48), sans utiliser le verbe « sembler ». Toutefois, à la lumière de l'utilisation du mot « semblent » au paragraphe 24, il y a lieu d'interpréter la conclusion comme incluant elle aussi le verbe « sembler ».

En l'espèce, la Cour semble s'incliner devant les États-Unis et s'excuser d'avoir conclu que les sociétés iraniennes «n'avaient aucune possibilité raisonnable de faire valoir leurs droits avec succès dans les procédures judiciaires américaines». S'étant déclarée, au paragraphe 67, «convaincue que les sociétés en cause ne disposaient, dans le *système judiciaire* américain, d'aucun recours efficace qu'elles se seraient abstenues d'exercer» (les italiques sont de moi), la Cour a, de fait, porté un jugement sur les pouvoirs législatif et judiciaire aux États-Unis. Dans les circonstances de l'espèce, elle avait tout à fait le droit — et le devoir — de formuler une telle conclusion et il n'était pas nécessaire d'en atténuer la portée en émettant quelque forme de réserve.

(Signé) Patrick L. ROBINSON.
