

OPINION INDIVIDUELLE DE M. LE JUGE NOLTE

[Traduction]

1. Je tiens à expliquer pourquoi j'ai voté contre la conclusion selon laquelle les États-Unis ont violé le paragraphe 1 de l'article III du traité d'amitié (I) et à formuler quelques observations sur l'exception d'incompétence concernant la banque Markazi (II).

I. PARAGRAPHE 1 DE L'ARTICLE III

2. Je suis d'avis que les États-Unis n'ont pas violé le paragraphe 1 de l'article III du traité d'amitié.

3. Aux termes de l'arrêt que la Cour a rendu en 2019 sur les exceptions préliminaires, «une entité ne peut être qualifiée de "société" au sens du traité que si elle possède une personnalité juridique propre que lui confère le droit de l'État où elle a été créée, lequel détermine son statut juridique»¹. En employant l'expression «une personnalité juridique propre», la Cour n'a pas traité, ni *a fortiori* réglé, la question de savoir si le paragraphe 1 de l'article III protégeait seulement l'existence juridique d'une société ou s'il protégeait également la personnalité juridique distincte des sociétés qui possèdent une telle personnalité selon le droit interne sous le régime duquel elles ont été constituées. Contrairement à ce qui est indiqué au paragraphe 136 du présent arrêt, cette expression n'implique pas que «[l]a reconnaissance de la personnalité juridique propre d'une société suppose l'existence juridique de cette société en tant qu'entité distincte d'autres personnes physiques ou morales, dont les États». Un examen plus attentif révèle en fait que le paragraphe 1 de l'article III ne garantit nullement aux sociétés une existence juridiquement distincte (séparée).

4. Le sens ordinaire des termes employés dans la première phrase du paragraphe 1 de l'article III («Le statut juridique des sociétés ... sera reconnu») se prête à plusieurs interprétations. «Le statut juridique des sociétés» peut en effet signifier leur statut juridique fixé par le droit applicable de l'une ou l'autre des Hautes Parties contractantes, comme le soutenait l'Iran², mais il peut aussi signifier leur statut juridique en tant que personnes morales ayant une existence juridique, comme le soutenaient les États-Unis³. La deuxième phrase du paragraphe 1 de l'article III indique clairement que le

¹ *Certains actifs iraniens (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2019 (I), p. 37, par. 87.

² CR 2022/15, p. 65-66, par. 40-42 (Thouvenin).

³ CR 2022/17, p. 60, par. 3-4 (Daley).

« statut juridique » des sociétés, tel qu'il est déterminé par le droit applicable de la Haute Partie contractante où elles ont été constituées, « ne donnera pas aux sociétés le droit de se livrer à l'activité en vue de laquelle elles sont organisées ». Par conséquent, si le statut juridique d'une société permet à celle-ci d'exercer certaines activités sur le territoire de l'État partie sous le régime des lois duquel elle est constituée, l'autre État partie n'est pas tenu de reconnaître les implications de ce statut juridique en ce qui concerne l'exercice desdites activités sur son propre territoire. Là encore, le sens ordinaire des termes du paragraphe 1 de l'article III se prête à plusieurs interprétations. Le caractère juridiquement distinct d'une société peut être considéré comme un élément constitutif de son « statut juridique », mais aussi comme un droit lui permettant d'exercer des activités pour lesquelles il est essentiel que la responsabilité de ses associés ou de ses actionnaires soit limitée.

5. Le contexte du paragraphe 1 de l'article III consiste, d'abord et avant tout, dans le fait qu'il précède et introduit le paragraphe 2 du même article. Cette disposition garantit aux sociétés libre accès aux tribunaux « tant pour faire valoir que pour défendre leurs droits ». Pour qu'une société soit en mesure d'exercer cette liberté, il est nécessaire, mais il est aussi suffisant, qu'elle ait une existence juridique. Si le paragraphe 1 de l'article III garantissait aux sociétés une personnalité juridique distincte en plus de leur existence juridique, il leur garantirait un droit qui est sans rapport avec le paragraphe 2 du même article. Cet élément de contexte donne à penser que le paragraphe 1 de l'article III ne garantit le « statut juridique » des sociétés que dans la mesure où cela est nécessaire pour préserver leur droit d'accès aux tribunaux (paragraphe 2 de l'article III).

6. Une interprétation restrictive du paragraphe 1 de l'article III selon laquelle celui-ci ne garantirait que l'existence juridique des sociétés (principalement afin qu'elles puissent faire valoir leurs droits devant les tribunaux) ne laisserait pas sans protection la personnalité juridique distincte des sociétés qui possèdent une telle personnalité. À mon sens, cette protection découle plutôt du paragraphe 1 de l'article IV — la clause du traitement juste et équitable —, qui est un autre élément du contexte dans lequel s'inscrit le paragraphe 1 de l'article III. Le paragraphe 1 de l'article IV offre, avec un juste sens de l'équilibre, à la fois une protection contre une méconnaissance déraisonnable de toute personnalité juridique distincte et la possibilité pour les États parties d'imposer certaines règles, y compris certaines formes raisonnables de levée du voile social. De fait, il existe une différence entre la garantie d'une personnalité juridique distincte et la garantie d'une simple existence juridique, la première devant ménager la possibilité de certaines exceptions⁴. De nombreux ordres juridiques internes traitent séparément les règles applicables à la personnalité juridique et celles applicables à la responsabilité, et un certain nombre de formes sociales prévoient une

⁴ *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (nouvelle requête: 1962) (Belgique c. Espagne), deuxième phase, arrêt, C.I.J. Recueil 1970, p. 38-39, par. 56-58.*

personnalité juridique dans le cadre de laquelle la responsabilité des associés et actionnaires est pleinement engagée dans les activités des sociétés considérées. Différents ordres juridiques internes prévoient également un certain nombre de règles concernant les conditions auxquelles il peut être fait exception à la personnalité juridique distincte des sociétés⁵. Compte tenu de ce contexte, il semble contre-intuitif de présumer que les parties au traité d'amitié envisageaient que le paragraphe 1 de l'article III garantirait l'existence juridique distincte des sociétés sans donner le moindre signe que des exceptions seraient possibles. Le paragraphe 1 de l'article IV constitue un moyen plus approprié de protéger la personnalité juridique distincte des sociétés puisqu'il ménage la possibilité d'exceptions généralement reconnues.

7. L'objet et le but du traité d'amitié, qui sont de faciliter et d'accroître le commerce entre les deux États, n'imposent pas d'interpréter le paragraphe 1 de l'article III comme garantissant la personnalité juridique distincte des sociétés qui participent à ce commerce. Il suffit que cette disposition garantisse aux sociétés la faculté de contracter des obligations juridiques et de faire valoir leurs droits substantiels et procéduraux devant les tribunaux internes sans avoir à prouver qu'elles satisfont à d'autres conditions que celles qui découlent du droit interne sous le régime duquel elles ont été constituées. Toute protection supplémentaire d'un éventuel statut juridique distinct irait au-delà de la garantie voulant que les sociétés soient traitées sur un pied d'égalité avec les autres sociétés sous le régime des lois de l'État partie sur le territoire duquel elles exercent leur activité. L'objet et le but du traité sont convenablement servis par la protection équilibrée d'une éventuelle personnalité distincte assurée par le paragraphe 1 de l'article IV.

8. Les travaux préparatoires confirment cette interprétation restrictive. Un aide-mémoire de l'ambassade des États-Unis à Téhéran en date du 20 novembre 1954, où il est dit que le paragraphe 1 de l'article III est destiné « simplement à faire en sorte qu[e les sociétés] soient reconnues en tant qu'entités commerciales », donne à penser que cette disposition vise principalement à reconnaître les sociétés comme des entités juridiques pour leur permettre de faire valoir ou défendre leurs droits devant les tribunaux judiciaires⁶. Les États-Unis ont soutenu, de manière convaincante, que, à

⁵ *Ibid.*

⁶ Aide-mémoire de l'ambassade des États-Unis à Téhéran, en date du 20 novembre 1954 (réplique de l'Iran, annexe 1) : « Cette disposition ne vise pas à conférer aux sociétés quelque droit de mener des activités en Iran, mais simplement à faire en sorte qu'elles soient reconnues en tant qu'entités commerciales, principalement pour qu'elles puissent faire valoir ou défendre leurs droits en justice en tant qu'entités commerciales. » Voir aussi le télégramme n° 936 en date du 9 novembre 1954 adressé à l'ambassade des États-Unis à Téhéran par le département d'État des États-Unis (contre-mémoire des États-Unis d'Amérique, annexe 135) (le paragraphe en cause « ne fait que garantir leur reconnaissance en tant qu'entités commerciales, principalement pour qu'elles puissent faire valoir ou défendre leurs droits en justice en tant que telles. En ce sens, le paragraphe 1 est lié au paragraphe 2 ... Le statut d'entité commerciale doit être reconnu afin de garantir le droit des entités commerciales étrangères ... d'avoir libre accès aux

l'époque de l'adoption du traité, «de nombreux pays imposaient des critères supplémentaires avant de reconnaître l'existence d'une société dans [leurs] frontières, tels que le lieu de son siège, la nationalité de son actionnariat ou encore la nature de ses objectifs», et que le paragraphe 1 de l'article III visait à éliminer ces critères et à reconnaître l'existence juridique d'une société constituée sous le régime des lois de l'autre partie⁷. Les documents produits par les États-Unis, auxquels l'Iran lui-même a renvoyé, donnent à penser que le paragraphe 1 de l'article III avait seulement pour objet de permettre aux entités commerciales d'être titulaires de droits et d'obligations juridiques sur le territoire de l'autre État («capacité juridique») et d'ester devant les tribunaux de cet État. Rien dans ces documents n'indique que les parties aient entendu aller plus loin et offrir une protection contre toute forme de levée du voile social.

9. Pour toutes ces raisons, je considère que la protection qu'accorde le paragraphe 1 de l'article III est une protection étroite, limitée à la reconnaissance de l'existence juridique d'une société. Contrairement au paragraphe 1 de l'article IV (voir le paragraphe 6 ci-dessus), cette disposition n'inclut pas une garantie plus large de l'existence juridique distincte des sociétés. Il s'ensuit que, selon moi, les États-Unis n'ont pas violé le paragraphe 1 de l'article III du traité d'amitié. Cette conviction n'a cependant pas d'incidence sur la conclusion de la Cour, à laquelle je souscris, suivant laquelle la méconnaissance par les États-Unis de la personnalité juridique distincte de certaines sociétés iraniennes constitue une violation du paragraphe 1 de l'article IV du traité.

II. BANQUE MARKAZI

10. La conclusion à laquelle est parvenue la Cour au paragraphe 54 du présent arrêt, à savoir que la banque Markazi n'est pas une «société» au sens du traité d'amitié, s'inscrit dans la continuité de son arrêt de 2019 sur les exceptions préliminaires. Dans cet arrêt, la Cour avait indiqué 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»⁸, tout en précisant que

«rien ne permet[tait] d'exclure *a priori* qu'une même entité exerce à la fois des activités de nature commerciale (ou, plus largement, des activités d'affaires) et des activités souveraines.

tribunaux pour recouvrer des créances, protéger des droits attachés à des brevets, faire exécuter des contrats, etc.); télégramme n° 1176 en date du 27 novembre 1954 adressé au département d'État des États-Unis par l'ambassade des États-Unis à Téhéran, p. 1 (mémoire de l'Iran, annexe 4).

⁷ CR 2022/20, p. 30, par. 21 (Daley).

⁸ *Certains actifs iraniens (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2019 (I), p. 38, par. 91.*

En pareil cas, ... 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.»⁹

La Cour ayant alors «estim[é] qu'elle ne dispos[ait] pas de tous les éléments nécessaires pour déterminer si la banque Markazi exerçait, à l'époque pertinente, des activités de la nature de celles qui permettent de caractériser une "société" au sens du traité d'amitié», elle avait décidé qu'elle ne pourrait statuer sur la question «qu'après que les Parties aur[ai]ent présenté leurs arguments dans la phase suivante de la procédure»¹⁰.

11. Pendant la phase de l'examen au fond, les Parties ont limité leurs arguments aux 22 titres de créance qui étaient en cause dans l'affaire *Peterson*. À cet égard, l'Iran n'a pas remis en question la thèse qu'avait soutenue la banque Markazi devant les juridictions américaines selon laquelle, «[d]ans le cadre de ses réserves de change, la banque Markazi détenait auprès de Banca UBAE S.p.A., une banque italienne, 1,75 milliard de dollars en droits sur des obligations d'États étrangers et supranationales»¹¹. La détermination du statut de la banque Markazi en tant que «société» au sens du traité d'amitié dépendait donc de la question de savoir si cette activité spécifique qu'étaient la détention et la gestion de réserves de change (sous la forme des 22 titres de créance) par la banque en sa qualité de banque centrale était une activité commerciale au sens du traité d'amitié. La Cour a maintenant répondu à cette question :

«les opérations en cause ont été réalisées dans le cadre et pour les besoins de l'activité principale de la banque Markazi, dont elles ne sont pas séparables. Elles ne constituent qu'une modalité d'exercice de sa fonction souveraine en tant que banque centrale, et non des activités commerciales que la banque Markazi aurait exercées "à côté de [ses] fonctions souveraines"» (arrêt, par. 50).

C'est là le cœur du raisonnement de la Cour, auquel je souscris.

12. J'exposerai également mes vues concernant la portée de la formule par laquelle la Cour a qualifié l'activité exercée par la banque Markazi, à savoir «une modalité d'exercice de sa fonction souveraine en tant que banque centrale» (arrêt, par. 50). Cette qualification s'appliquerait-elle aussi, par exemple, à l'achat ou à la possession de titres de créance par un fonds souverain aux fins d'accumuler et de gérer des investissements souverains, ou

⁹ *Ibid.*, p. 38-39, par. 92.

¹⁰ *Ibid.*, p. 40, par. 97.

¹¹ Demande d'ordonnance de certiorari, p. 7-8 de l'original, *Bank Markazi v. Peterson*, n° 14-770, 29 décembre 2014 (contenue à l'annexe 117 du contre-mémoire des États-Unis et mentionnée à la note 243 du paragraphe 9.13 du contre-mémoire). De plus, l'Iran n'a pas contesté la thèse soutenue par la banque Markazi (*ibid.*, par. 9.15).

encore à l'émission d'obligations par une banque centrale dans le cadre d'un programme de financement par emprunt¹² ? De telles activités seraient-elles (intrinsèquement) « commerciales » au sens du traité ou seraient-elles aussi « une modalité d'exercice d'[une] fonction souveraine » qui exclurait qu'elles fussent de nature commerciale ? Cette question est d'abord une question d'interprétation du traité.

13. Pour répondre à cette question, il convient, en principe, d'interpréter le terme « société » tel qu'employé dans le traité et de définir plus précisément l'expression « activité commerciale » (elle-même dérivée de ce terme). Or, la définition d'un terme ou d'une expression implique non seulement de déterminer positivement ce qui en relève, mais aussi de déterminer négativement ce qui n'en relève pas (*per genus et differentiam*)¹³. En l'espèce, la Cour a conclu que les activités de nature souveraine n'entraient pas dans la définition de l'expression « activité commerciale » et qu'une ligne devait être tracée entre les activités commerciales et les activités de nature souveraine.

14. Cette distinction rappelle certaines questions qui se posent dans le contexte du droit international des immunités souveraines. Ce droit pourrait-il aider à déterminer le périmètre de ce qui constitue des « activités commerciales » au sens du traité et, partant, la ligne de partage entre les activités commerciales et les activités de nature souveraine ? Au paragraphe 48 de son arrêt, la Cour laisse fortement entendre que tel n'est pas le cas, affirmant qu'« elle n'est pas appelée à rechercher si l'entité en cause pouvait revendiquer, au titre desdites activités, une immunité de juridiction ou d'exécution en vertu du droit international coutumier », que « [c]es deux questions sont séparées » et que « [l]es règles relatives aux immunités souveraines et celles que définit le traité d'amitié en ce qui concerne le traitement applicable aux "sociétés" constituent deux corps de règles distincts ».

15. Cette affirmation répétée est certainement juste dans son sens le plus immédiat, et avec elle, la Cour a clairement fait savoir qu'elle n'avait pas l'intention de dépasser les limites de sa compétence en statuant sur les droits et obligations des Parties selon le droit des immunités souveraines. Dans un sens moins immédiat, cependant, elle ne fait pas obstacle à ce que la Cour puisse tenir compte, lorsqu'elle interprète une règle découlant du titre du traité d'amitié, « [d]e toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties » (voir l'alinéa *c*) du paragraphe 3 de

¹² Cour suprême de Suède, *Ascom Group S.A. et al. v. The Republic of Kazakhstan et al.*, affaire n° Ö 3828-20, arrêt du 18 novembre 2021, traduction en anglais accessible à l'adresse suivante : <https://www.domstol.se/globalassets/filer/domstol/hogstadomstolen/avgoranden/engelska-oversattningar/o-3828-20-eng.pdf/> ; voir également Cour suprême des États-Unis, *Republic of Argentina et al. v. Weltover, Inc. et al.*, 504 U.S. 607 (deuxième circuit), 1992, p. 614.

¹³ Voir, par exemple, *Immunités et procédures pénales (Guinée équatoriale c. France), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2018 (I)*, p. 321-322, par. 92-96, où la Cour conclut que l'article 4 de la convention de Palerme, lorsqu'il évoque l'« égalité souveraine ... des États », « n'incorpore pas » les règles du droit international coutumier relatives aux immunités de l'État.

l'article 31 de la convention de Vienne sur le droit des traités, qui est une disposition reflétant le droit international coutumier)¹⁴. Or, les règles coutumières sur les immunités souveraines font partie desdites règles pertinentes de droit international. Bien que la Cour n'ait pas expressément tenu compte de ces règles, il me semble important de faire observer que son interprétation du traité d'amitié est conforme à la pratique, qui indique que la détention et la gestion à l'étranger de réserves de devises constituent une activité généralement reconnue comme une activité souveraine classique, à laquelle les banques centrales de la plupart des États se livrent régulièrement et réciproquement, et qui est spécifiquement protégée par les règles coutumières relatives à l'immunité de l'État¹⁵. Il ne semble pas que ce soit le cas pour les activités des fonds souverains¹⁶.

16. Selon moi, ce contexte confirme que c'est à juste titre que la Cour a conclu, conformément à son arrêt de 2019¹⁷, que les activités pertinentes de la banque Markazi n'étaient pas de nature commerciale et que, partant, celle-ci n'était pas une société au sens du traité d'amitié.

(Signé) Georg NOLTE.

¹⁴ *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2003, p. 182, par. 41.

¹⁵ Voir l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'article 21 de la convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens (adoptée le 2 décembre 2004 mais pas encore entrée en vigueur), Nations Unies, doc. A/RES/59/38; *Sergei Paushok, CJSC Golden East Company and CJSC Vostokneftegaz Company v. The Government of Mongolia*, CNUDCI, sentence arbitrale sur la compétence et la responsabilité, 28 avril 2011, par. 574-592, en particulier le paragraphe 592; *AIG Capital Partners, Inc. and CJSC Tema Real Estate Company v. The Republic of Kazakhstan*, affaire CIRDI n° ARB/01/6, Judgment of the High Court of Justice of England and Wales [2005] EWHC 2239, 20 octobre 2005, par. 58; Cour fédérale d'Allemagne (Bundesgerichtshof), arrêt du 4 juillet 2013 — VII ZB 63/12, publié dans NJW-RR 2013, p. 1532-1535; cour d'appel fédérale des États-Unis (United States Court of Appeals), *NML CAPITAL, LTD v. BCRA*, 652 F.3d 172 (deuxième circuit), 2011, p. 194-195; cour d'appel fédérale des États-Unis (United States Court of Appeals), *De Sanchez v. Banco Central de Nicaragua*, 770 F.2d 1385 (cinquième circuit), 1985, p. 1392-1393.

¹⁶ Cour suprême de Suède, *Ascom Group S.A. et al. v. The Republic of Kazakhstan et al.*, affaire n° Ö 3828-20, arrêt du 18 novembre 2021, traduction anglaise accessible à l'adresse suivante: <https://www.domstol.se/globalassets/filer/domstol/hogstodomstolen/avgoranden/engelska-oversattningar/o-3828-20-eng.pdf>.

¹⁷ *Certains actifs iraniens (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2019 (I), p. 38-39, par. 92.