

OPINION INDIVIDUELLE DE M. LE JUGE *AD HOC* MOMTAZ

Compétence de la Cour — Demandes se rapportant aux droits de la banque Markazi en vertu des articles III, IV et V du traité d'amitié — Compétence ratione materiae de la Cour — Primauté du critère de la nature de la transaction sur celui de sa fonction — L'article premier du traité d'amitié — « Torche interprétative » de ses dispositions.

1. À mon grand regret, j'ai été amené à voter contre le premier point du dispositif de l'arrêt au fond du 30 mars 2023 de la Cour internationale de Justice en l'affaire relative à *Certains actifs iraniens (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique)*. Je ne peux en effet m'associer au raisonnement suivi par la Cour pour arriver à la conclusion que la banque Markazi ne peut prétendre, pour ses activités d'investissement, au traitement prévu au titre des articles III, IV et V du traité d'amitié, de commerce et de droits consulaires de 1955 (ci-après le « traité d'amitié ») et qu'elle-même n'est, par conséquent, pas compétente *ratione materiae* pour connaître de cette question. La Cour souscrit ainsi à l'exception soulevée par les États-Unis selon laquelle la banque Markazi n'est pas une « société » au sens de ces articles.

2. De l'avis de la Cour, les activités d'investissement et de gestion des 22 titres de créance acquis par la banque Markazi sur le marché financier des États-Unis pendant la période pertinente (2002-2007) ne peuvent être qualifiées d'activités commerciales. En effet, selon la Cour, « les opérations en cause ont été réalisées dans le cadre et pour les besoins de l'activité principale de la banque Markazi » (arrêt, par. 50), banque centrale de l'Iran, dont elles ne sont pas séparables, à savoir la mise en œuvre des politiques monétaires telles que le maintien de la stabilité des prix et la gestion de ses réserves de devises étrangères, missions éminemment régaliennes. Ainsi, selon la Cour, ces opérations « ne constituent qu'une modalité d'exercice de [l]a fonction souveraine [de la banque Markazi], et non des activités commerciales qu[elle] aurait exercées "à côté de [ses] fonctions souveraines", pour reprendre les termes de l'arrêt de 2019 » (*ibid.*). J'estime que, en se fondant sur le critère de l'objectif poursuivi par la banque Markazi pour qualifier lesdites opérations de souveraines et non commerciales, la Cour a préféré innover et ne pas tenir compte de la primauté du critère de la nature de la transaction conformément au droit international coutumier, ni de l'objet et du but du traité d'amitié.

3. *La primauté du critère de la nature de la transaction.* La convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens du 2 décembre 2004 établit la primauté du critère de la nature de la

transaction. D'après l'article 2, paragraphe 2, de cette convention, afin de déterminer si une transaction est commerciale,

«il convient de tenir compte *en premier lieu* de la nature du contrat ou de la transaction, mais il faudrait aussi prendre en considération son but si les parties au contrat ou à la transaction en sont ainsi convenues, ou si, dans la pratique de l'État du for, ce but est pertinent pour déterminer la nature non commerciale du contrat ou de la transaction» (les italiques sont de moi).

Il existerait donc dans la pratique des États une hiérarchie de critères en faveur de la nature de la transaction pour déterminer le caractère commercial d'une transaction, la priorité revenant ainsi au critère de la nature.

4. Dans le commentaire de cette disposition préparé par la Commission du droit international, il est précisé que le critère du but est destiné à «four-nir une norme supplémentaire pour la détermination, dans certains cas, du caractère "commercial" ou "non commercial" d'un contrat ou d'une transaction donnés. En d'autres termes, il ne faut pas écarter complètement le critère du "but". »¹ Ce dernier critère, selon ce même commentaire, a été inclus dans l'article 2, paragraphe 2, de ce texte en vue de protéger les «pays en développement» en leur permettant de bénéficier de l'immunité pour certaines transactions répondant à une raison d'État, par exemple l'achat de vivres pour nourrir la population, combattre la famine, secourir une zone menacée ou acheter des médicaments pour enrayer une épidémie², ce qui de toute évidence n'est pas le cas en la présente affaire.

5. En outre, l'application du critère du but est conditionnée, d'après cette disposition, par l'existence de la pratique de l'État qui est partie à la transaction. Or, en la présente affaire, une telle pratique fait défaut. Dans le cas des États-Unis, la législation sur l'immunité des États étrangers (*Foreign Sovereign Immunities Act* (FSIA)) telle que modifiée en 1996 ne se réfère qu'au critère de la nature de l'activité pour déterminer si la transaction est commerciale, aucune référence n'étant faite au critère du but³, ce qui a été confirmé par la jurisprudence *Weltover*⁴. Il en va de même pour l'ordre

¹ *Annuaire de la Commission de droit international*, 1991, vol. II, deuxième partie, p. 20, par. 27.

² *Ibid.*, par. 26.

³ Section 1603 d) de la FSIA.

⁴ *Republic of Argentina v. Weltover Inc.*, 504 US 607 (1992), p. 614 («*Weltover commercial activity test*»). Voir Avi Lew, «*Republic of Argentina v. Weltover, Inc.*: Interpreting the Foreign Sovereign Immunity Act's Commercial Activity Exception to Jurisdictional Immunity», *Fordham International Law Journal*, vol. 17, n° 3 (1993), p. 725-775. En outre, selon Joseph F. Morrissey,

«[I]es juridictions ont rencontré des difficultés à la première étape de l'analyse qu'impose cette disposition, à savoir la définition de ce qui constitue une activité commerciale. Ces difficultés semblent cependant s'aplanir, les juridictions s'accordant de plus en plus sur le fait qu'une activité est commerciale aux fins de l'exception en question si elle est de nature commerciale et si elle est susceptible d'être menée par une partie privée. Le but

juridique de l'Iran, dont la loi monétaire et bancaire de 1972 stipule que la banque Markazi est redevable d'impôt sur le revenu si elle accomplit des transactions commerciales, à l'instar de toutes ses entreprises d'État⁵.

6. La Cour internationale de Justice s'est fondée sur la convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, pourtant non en vigueur⁶, pour renforcer son argumentation en l'affaire relative aux *Immunités juridictionnelles de l'État*⁷. Preuve s'il en est de la nature coutumière de certaines de ses dispositions, dont celles concernant les critères de la détermination de la nature commerciale d'une transaction.

7. En la présente affaire, la Cour, dans l'arrêt sur les exceptions préliminaires rendu le 13 février 2019, déclarait, en réponse à l'argument des États-Unis selon lequel le traitement réservé à la banque Markazi échappait à sa compétence, que cette exception ne présentait pas, dans les circonstances de l'espèce, un caractère exclusivement préliminaire.

8. La lecture de l'arrêt de 2019 sur les exceptions préliminaires laisse supposer que cet appel lancé aux Parties au différend pour présenter des éléments factuels supplémentaires concerne la nature des activités de la banque Markazi aux États-Unis pendant la période pertinente. En effet, selon l'arrêt de 2019,

«rien ne permet 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.

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.»⁸

n'est pas considéré comme pertinent.» («Simplifying the Foreign Sovereign Immunities Act: If a Sovereign Acts like a Private Party, Treat It like One», *Chicago Journal of International Law*, vol. 5, n° 2 (2005), p. 683-684.)

Selon Jürgen Bröhmer, «[s]ection 1603 (d) FSIA defines the term "commercial activity" as commercial conduct, transactions, or activities and stipulates that the "commercial character of an activity shall be determined by reference to the nature of the course of conduct or particular transaction or act, rather than by reference to its purpose"» («State Immunity and Sovereign Bonds», dans Anne Peters (sous la dir. de), *Immunities in the Age of Global Constitutionalism*, Brill Nijhoff (2014), p. 189).

⁵ Paragraphe b) de l'article 24 de la loi monétaire et bancaire.

⁶ D'après l'article 30 de cet instrument, la convention «entrera en vigueur le trentième jour suivant la date de dépôt du trentième instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion auprès du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies»; or, à la date où le présent arrêt a été rendu, le nombre d'instruments déposés par les États n'avait pas encore atteint ce seuil (convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, New York, 2 décembre 2004).

⁷ *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie; Grèce (intervenant))*, arrêt, C.I.J. Recueil 2012 (I), p. 138-139, par. 89-90.

⁸ *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.

La Cour a ainsi considéré qu'il serait nécessaire de se pencher sur la nature commerciale des activités qu'exerce la banque Markazi⁹.

9. Il ne fait guère de doute que l'achat ou la vente de valeurs mobilières par la banque Markazi constituent des opérations identiques à celles exécutées par toute banque commerciale. Par conséquent, en se fondant sur le critère de la nature, elles doivent être considérées comme des transactions commerciales, et, en tant que telles, bénéficier de la protection des dispositions pertinentes du traité d'amitié, accordées aux sociétés des parties pour une telle opération.

10. Aucune des deux Parties au différend n'a pu fournir, à ce stade de la procédure, d'éléments factuels supplémentaires sur les activités commerciales de la banque Markazi aux États-Unis au cours de la période pertinente, comme la Cour le leur avait demandé. Cette incapacité ne justifie certainement pas la nouvelle exigence imposée par la Cour pour qualifier une transaction de la banque Markazi de commerciale en l'absence de lien de cette opération avec une activité souveraine. En effet, la Cour, dans son arrêt au fond, affirme que

«[l']on ne saurait se borner à considérer une transaction — ou une série de transactions — effectuée par elle, “en tant que telle” ; il est nécessaire de replacer cette transaction — ou série de transactions — dans son contexte, en tenant compte notamment de ses liens éventuels avec l'exercice d'une fonction souveraine» (arrêt, par. 51).

De plus, le fait que l'arrêt de 2019 se soit abstenu d'invoquer cette exigence, comme la Cour prend soin de le préciser, ne suffit pas en soi à considérer ce nouveau critère «comme pertinent» (*ibid.*) lors de l'examen de l'affaire à ce stade.

11. *La conformité du critère de la nature de la transaction avec l'objet et le but du traité.* «L'objet et le but» du traité à interpréter, formule codifiée par l'article 31 de la convention de Vienne sur le droit des traités de 1969, figure désormais dans la méthodologie de la Cour, qui ne cesse de rappeler que «le droit international coutumier ... a trouvé son expression» dans cette disposition¹⁰.

12. Le traité d'amitié n'est pas un simple traité de commerce, ce terme n'apparaissant même pas dans son préambule. Ce n'est pas seulement l'établissement de relations plus étroites qu'il vise mais aussi l'approfondissement et la consolidation de l'amitié des parties contractantes. En réalité, c'est l'article premier du traité qui fixe son objet et son but en affirmant qu'«[i]l y aura paix stable et durable et amitié sincère entre les États-Unis d'Amérique et l'Iran».

⁹ *Ibid.*, p. 39, par. 93 ; voir aussi *ibid.*, p. 38, par. 91.

¹⁰ *Différend territorial (Jamahiriya arabe libyenne/Tchad)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1994, p. 21, par. 41.

13. La Cour s'est déjà prononcée dans l'affaire des *Plates-formes pétrolières*¹¹, au stade des exceptions préliminaires, sur l'importance de l'emplacement de cette disposition, ainsi que son sens et sa portée, alors que les relations entre les Parties étaient déjà très tendues. D'après la Cour,

«en insérant dans le corps même du traité la formule figurant à l'article premier, les deux États ont entendu souligner que la paix et l'amitié constituaient la condition du développement harmonieux de leurs relations commerciales, financières et consulaires et qu'un tel développement renforcerait à son tour cette paix et cette amitié. Par voie de conséquence, l'article premier doit être regardé comme fixant un objectif à la lumière duquel les autres dispositions du traité doivent être interprétées et appliquées.»¹²

On peut ainsi considérer cette importante disposition comme étant une «tranche interprétative» du traité d'amitié que la Cour a préféré ignorer dans la présente affaire, revenant sans raison justifiée sur les directives interprétatives qu'elle avait formulées dans l'arrêt sur les *Plates-formes pétrolières* concernant le même traité.

14. De l'avis de la Cour,

«[L]'esprit qui anime cet article et l'intention qu'il exprime inspirent l'ensemble du traité et lui donnent sa signification; ils doivent, en cas de doute, inciter la Cour à adopter l'interprétation qui semble la plus conforme à l'objectif général d'établir des relations amicales dans tous les domaines d'activité couverts par le traité»¹³.

Cette question se pose en la présente affaire en ce qui concerne l'éventualité d'accorder à la banque Markazi les protections qui sont dues par ces dispositions à ses activités pendant la période pertinente aux États-Unis.

15. L'activité de la banque Markazi se place incontestablement dans cette perspective. En effet, cette banque, en tant que banque centrale de l'Iran, joue un rôle déterminant dans l'épanouissement du commerce avec les États-Unis et est, à ce titre, partie prenante dans la réalisation de cet objectif général. La banque Markazi fournit entre autres des devises aux sociétés iraniennes qui commercent avec ce pays. Il ne fait guère de doute que le gel de ses actifs par les autorités américaines porte un coup sévère au commerce avec les États-Unis, et ce d'autant plus que ces actifs représentent approximativement quelque 2 milliards de dollars, leur libération constituant l'objet principal de la requête introductive d'instance de l'Iran devant la Cour.

¹¹ *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique), exception préliminaire, arrêt, C.I.J. Recueil 1996 (II)*, p. 814, par. 28, et p. 820, par. 52.

¹² *Ibid.*, p. 814, par. 28.

¹³ *Ibid.*, p. 820, par. 52.

16. Je regrette que la voie indiquée par la Cour elle-même en 1996 n'ait pas été suivie en la présente affaire, ce qui rendra d'autant plus difficile une reprise éventuelle des relations commerciales entre les protagonistes.

(Signé) Djamchid MOMTAZ.
