

OPINION INDIVIDUELLE DE M. LE JUGE IWASAWA

[Traduction]

Fait de qualifier le chef de conclusions b) de l'Ukraine de « revendication de non-violation » (non-violation complaint) étant inopportun, ce terme ayant une signification particulière dans le droit de l'OMC — Pratiques de l'OMC n'étant d'aucune aide à la Cour car fondées sur des dispositions particulières de l'accord sur le règlement des différends.

Trois éléments étant requis pour que s'applique le principe d'autorité de la chose jugée : l'identité des parties, de l'objet et de la cause — Certains tribunaux ayant examiné la « question en litige » sans considérer l'objet et la cause comme deux éléments distincts.

Invocation abusive d'un traité ne constituant pas, en soi, une violation du traité — En l'affaire relative à l'Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro), la Cour, en déclarant qu'« il est clair que chaque État ne peut déployer son action que dans les limites de ce que lui permet la légalité internationale », ne faisant que souligner que l'article premier de la convention sur le génocide n'impose pas à un État partie de prendre des mesures allant au-delà des limites fixées par la légalité internationale.

1. Dans la présente opinion, je soulèverai trois points. Premièrement, je ferai part de mes vues sur le droit de l'Organisation mondiale du commerce (OMC). J'expliquerai pourquoi il est inopportun de qualifier le chef de conclusions *b)* de l'Ukraine de « revendication de non-violation » (*non-violation complaint*), et apporterai des précisions sur les raisons pour lesquelles la Cour a conclu que les pratiques de l'OMC ne lui étaient d'aucune aide en l'espèce. Deuxièmement, j'exposerai les circonstances dans lesquelles une demande est couverte par l'effet de chose jugée d'un arrêt. Troisièmement, après avoir examiné les actes dont l'Ukraine tire grief aux conclusions *c)* et *d)*, je ferai valoir qu'ils ne sauraient constituer des violations d'obligations découlant de la convention sur le génocide.

I. LE DROIT DE L'OMC

2. La Fédération de Russie soutient que la demande de l'Ukraine tendant à faire constater qu'elle n'a pas violé les obligations qui lui incombent en vertu de la convention est irrecevable. La défenderesse qualifie la demande de l'Ukraine de « demande inversée en constatation de conformité ». Elle affirme que les demandes de ce type sont extrêmement rares dans le domaine du règlement des différends interétatiques et qu'elles sont actuellement réservées à l'OMC, dont les pratiques ne sont pas transposables à la Cour (arrêt, par. 82).

3. La Cour relève une variation importante dans les termes employés par les Parties et par certains États intervenants pour qualifier la demande de l'Ukraine. La Fédération de Russie la qualifie de « demande inversée en constatation de conformité » (*reverse compliance request*), tandis que l'Ukraine parle de demande de « déclaration de conformité » (*declaration of conformity* ou *declaration of compliance*) ou de « déclaration de non-violation » (*non-violation declaration*). Les États intervenants ont utilisé des termes tels que « revendication de non-violation » (*non-violation complaint*) ou « demande de jugement déclaratoire négatif » (*negative declaration*). La Cour n'estime pas nécessaire d'examiner la portée juridique des différents termes employés (arrêt, par. 93).

4. Selon moi, le terme « revendication de non-violation » (*non-violation complaint*), employé par l'Ukraine et de nombreux États intervenants (Autriche-Tchéquie-Slovaquie, Belgique, Bulgarie, Croatie, Chypre, Danemark, Estonie, Finlande, Irlande, Italie, Lettonie, Luxembourg, Malte et Suède), prête à confusion et devrait être évité, car il a une signification particulière dans le droit de l'OMC.

5. Le paragraphe 1 de l'article XXIII du GATT de 1994 dispose qu'un membre de l'OMC peut introduire une plainte en recourant aux procédures de règlement des différends de l'OMC si un avantage résultant pour lui de l'Accord sur l'OMC se trouve annulé ou compromis du fait : a) « qu'une autre partie contractante ne remplit pas les obligations qu'elle a contractées aux termes [dudit] Accord », ou b) « qu'une autre partie contractante applique une mesure, contraire ou non aux dispositions [dudit] Accord ». Dans le droit de l'OMC, on parle dans le premier cas de « plainte en situation de violation » (*violation complaint*), et dans le second de « plainte en situation de non-violation » (*non-violation complaint*) (voir l'article 26 de l'accord sur le règlement des différends figurant à l'annexe 2 de l'Accord sur l'OMC). Un membre de l'OMC peut ainsi introduire une plainte en se prévalant des procédures de règlement des différends de l'OMC au motif que ses avantages sont annulés ou compromis par une mesure appliquée par un autre membre, même si cette mesure ne viole pas l'Accord sur l'OMC. Compte tenu de la signification particulière attachée au terme « *non-violation complaint* » dans le droit de l'OMC, il est inopportun et ambigu de qualifier ainsi le chef de conclusions b) de l'Ukraine.

6. En ce qui concerne l'argument de la défenderesse selon lequel les pratiques de l'OMC ne sont pas transposables à la Cour, cette dernière se contente de dire que « ces pratiques ne lui sont d'aucune aide pour apprécier la recevabilité de la demande de l'Ukraine, étant donné qu'elles sont fondées sur des dispositions particulières de l'Accord [sur l'OMC] » (arrêt, par. 95). Je préciserai ci-après les raisons pour lesquelles les pratiques de l'OMC ne sont d'aucune aide à la Cour.

7. Les procédures de règlement des différends de l'OMC prévoient qu'un groupe spécial ou l'Organe d'appel examine un différend et présente un rapport contenant des constatations et des recommandations. Si l'Organe de règlement des différends (ORD) adopte le rapport, les parties au différend sont tenues de mettre en œuvre les recommandations et les décisions de l'ORD. Une fois que le défendeur a pris des mesures pour mettre en œuvre ces recommandations et décisions, un désaccord peut se faire jour entre les parties sur la question de savoir si ces mesures sont compatibles avec l'Accord sur l'OMC. L'article 21.5 de l'accord sur le règlement des différends permet aux parties de recourir aux procédures de règlement des différends de l'OMC pour résoudre ce désaccord. Cette démarche est appelée « examen de la mise en conformité » à l'OMC.

8. L'article 21.5 de l'accord sur le règlement des différends dispose que

« [d]ans les cas où il y aura désaccord au sujet de l'existence ou de la compatibilité avec un accord visé de mesures prises pour se conformer aux recommandations et décisions, ce différend sera réglé suivant les présentes procédures de règlement des différends, y compris, dans tous les cas où cela sera possible, avec recours au groupe spécial initial ».

Cette disposition ne précise pas si un défendeur concerné par le différend initial peut avoir recours à un examen de la mise en conformité. Dans la pratique, cependant, il est arrivé que des défendeurs concernés par le différend initial demandent un examen de la mise en conformité en raison d'un désaccord sur la question de savoir si les mesures prises par eux pour mettre en œuvre les recommandations et décisions de l'ORD étaient compatibles avec l'Accord sur l'OMC. L'article 6 de l'accord sur le règlement des différends prévoit que, si la partie plaignante le demande, « un groupe spécial sera établi » au plus tard à la deuxième réunion de l'ORD, « à moins qu'à ladite

réunion, l'ORD ne décide par consensus de ne pas établir de groupe spécial ». Conformément à cette disposition, si un défendeur concerné par le différend initial demande l'établissement d'un groupe spécial aux fins d'un examen de la mise en conformité, ce groupe « sera établi » à la deuxième réunion de l'ORD. Ainsi, dans la pratique, des demandeurs et des défendeurs concernés par les différends initiaux ont eu indifféremment recours à des examens de la mise en conformité, et des groupes spéciaux ont été établis pour réaliser ces examens¹.

9. L'accord sur le règlement des différends prévoit spécifiquement un examen de la mise en conformité (art. 21.5) et dispose qu'un groupe spécial sera établi aux fins de cet examen à la deuxième réunion de l'ORD, même si l'examen est demandé par le défendeur concerné par le différend initial (art. 6). Les pratiques de l'OMC ne sont d'aucune aide à la Cour car elles sont fondées sur ces dispositions particulières de l'accord sur le règlement des différends (arrêt, par. 95).

II. AUTORITÉ DE LA CHOSE JUGÉE

10. En la présente espèce, la Fédération de Russie soutient que le chef de conclusions formulé par l'Ukraine au point *b*) est contraire aux principes d'opportunité judiciaire et d'égalité des parties, estimant que l'Ukraine pourrait obtenir un avantage indu en vertu du principe d'autorité de la chose jugée. La Cour rejette sommairement cette exception. Elle fait observer que, « dès lors qu'un différend est réglé par [la Cour] sous la forme d'un arrêt, il est possible qu'une demande ultérieure soit couverte par l'effet de chose jugée de cet arrêt ». Elle conclut ensuite que, en soi, cette éventualité ne permet toutefois pas de conclure que la demande formulée par l'Ukraine au point *b*) est contraire aux principes d'opportunité judiciaire et d'égalité des parties (arrêt, par. 105). J'apporterai ci-après des précisions sur les circonstances dans lesquelles « une demande ultérieure [est] couverte par l'effet de chose jugée [d'un] arrêt ».

11. Il est communément admis, en droit international comme en droit interne, que trois éléments sont requis pour que s'applique le principe d'autorité de la chose jugée. En droit international, cette conception remonte à l'opinion dissidente de M. Anzilotti en l'affaire relative à l'*Interprétation des arrêts n^{os} 7 et 8 (usine de Chorzów)*, dans laquelle le juge expliquait :

« L'article 60, dont le premier objet est d'assurer aux arrêts de la Cour la valeur formelle de la chose jugée, en excluant tout moyen ordinaire de recours, est de toute évidence étroitement lié à l'article 59, qui détermine les limites matérielles de la chose jugée en disant que "la décision de la Cour n'est obligatoire que pour les Parties en litige et dans le cas qui a été décidé" : ce sont les trois éléments traditionnels d'identification, *persona, petitum, causa petendi*, car il est certain que "le cas qui a été décidé" comprend aussi bien la chose demandée que la cause de la demande. »

(« The first object of Article 60 being to ensure, by excluding every ordinary means of appeal against them, that the Court's judgments shall possess the formal value of *res judicata*, it is evident that that article is closely connected with Article 59 which determines the material limits of *res judicata* when stating that 'the decision of the Court has no binding force except between the Parties and in respect of that particular case': we have here the three traditional elements for identification, *persona, petitum, causa petendi*, for it is clear that 'the particular case' (*le cas qui a été décidé*) covers both the object and the grounds of the claim. ») (*Interprétation des arrêts n^{os} 7 et 8 (usine de Chorzów)*, arrêt n^o 11, 1927, C.P.J.I. série A n^o 13, opinion dissidente du juge Anzilotti,

¹ Voir, par exemple, Communautés européennes — Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution de bananes — Recours des Communautés européennes à l'article 21.5, rapport du groupe spécial, adopté le 6 mai 1999, WT/DS27/RW/EEC.

p. 23. Voir aussi *Interprétation du statut du territoire de Memel, fond, arrêt, 1932, C.P.J.I. série A/B n° 49*, opinion dissidente du juge Anzilotti, p. 350.)

Ces trois éléments ont été repris à son compte par le tribunal arbitral en l'affaire de la *Fonderie de Trail*, où il est fait mention de l'identification des parties, de l'objet et de la cause (*parties, objects, and cause*)². En l'affaire relative à la *Question de la délimitation du plateau continental entre le Nicaragua et la Colombie au-delà de 200 milles marins de la côte nicaraguayenne (Nicaragua c. Colombie)*, la Cour mentionne aussi « les mêmes parties » (*the same parties*), « le même objet » (*the same object*) et « la même base juridique » (*the same legal ground (exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2016 (I), p. 126, par. 59)*)³.

12. Le premier élément, *persona*, ou identité des parties, ne présente pas de difficulté particulière dans les différends interétatiques ; il requiert que les mêmes « parties » (États) soient impliquées dans deux instances. Pour le deuxième élément, le juge Anzilotti a utilisé le terme latin *petitum*, signifiant « le remède sollicité ». Sur cette base, on considère généralement que le deuxième élément requiert que le même remède soit sollicité dans deux instances⁴. Cependant, dans la suite de son opinion, le juge Anzilotti a traduit le terme *petitum* par « la chose demandée » en français et *the object of the claim* en anglais. Le terme *object* est ambigu en anglais. Certains tribunaux et auteurs ont en effet entendu par ce terme la « matière » du différend ou la « question » en litige⁵. Quant au troisième élément, *causa petendi*, le juge Anzilotti l'a traduit par « la cause de la demande » en français et *the grounds of the claim* en anglais. On considère donc que ce troisième élément, qui est souvent entendu comme l'identité de la « cause » ou du « fondement », requiert que les parties s'appuient sur le même « fondement juridique » dans deux instances.

13. Certains tribunaux ont estimé que le principe d'autorité de la chose jugée s'applique lorsqu'il y a identité des parties et de la « question en litige », sans considérer l'objet et la cause comme deux éléments distincts. Ainsi, en l'affaire du *Fonds Pieux*, le tribunal arbitral a considéré que le principe d'autorité de la chose jugée s'applique lorsqu'« il y a non seulement identité des parties en litige, mais également identité de la matière »⁶. En l'affaire *Re S. S. Newchwang*, le tribunal a déclaré que « la théorie de l'autorité de la chose jugée s'applique seulement lorsqu'il y a identité des parties et de la question en litige »⁷. La Cour permanente de Justice internationale, pour sa part, a estimé que « la théorie de la *res judicata* [s'applique lorsqu'il] y a[] non seulement identité des Parties en litige, mais également identité de la matière » (*Service postal polonais à Dantzig, avis*

² *Trail Smelter case (United States/Canada)*, sentence du 11 mars 1941, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales (RSA)*, vol. III, p. 1952.

³ D'autres tribunaux ont adopté le critère des trois éléments. *Helnan International Hotels A/S v. Arab Republic of Egypt*, affaire CIRDI n° ARB/05/19, sentence du 7 juin 2008, par. 126. Voir aussi Tribunal des réclamations Iran/États-Unis, *Islamic Republic of Iran v. United States of America*, sentence n° 601-A3/A8/A9/A14/B61-FT, sentence partielle du 17 juillet 2009, par. 114 ; *Apotex v. United States of America*, affaire CIRDI n° ARB(AF)/12/1, sentence du 25 août 2014, par. 7.13.

⁴ Voir, par exemple, note 3 ci-dessus : *Helnan*, par. 126, et *Apotex*, par. 7.14.

⁵ Voir, par exemple, *CME Czech Republic B.V. v. Czech Republic*, sentence finale du 14 mars 2003, par. 435 ; *Helnan*, note 3 ci-dessus, par. 126 ; Vaughan Lowe, « *Res Judicata* and the Rule of Law in International Arbitration », *African Journal of International and Comparative Law*, vol. 8, 1996, p. 40.

⁶ *Pious Fund of the Californias (Mexico/United States)*, 14 octobre 1902, James Brown Scott (sous la dir. de), *The Hague Court Reports*, 1916, p. 5 (les italiques sont de moi).

⁷ Dans *Re S. S. Newchwang (Great Britain v. United States of America)*, décision du 9 décembre 1921, *American Journal of International Law*, vol. 16, p. 324 (les italiques sont de moi).

consultatif, 1925, C.P.J.I., série B n° 11, p. 30 ; les italiques sont de moi)⁸. En effet, bien que le juge Anzilotti ait expliqué, en l'affaire relative à l'*Interprétation des arrêts n°s 7 et 8 (usine de Chorzów)*, que « "le cas qui a été décidé" comprend aussi bien la chose demandée que la cause de la demande » (*arrêt n° 11, 1927, C.P.J.I. série A n° 13*, opinion dissidente du juge Anzilotti, p. 23), il utilisera plus tard l'expression « l'objet du différend » (*the subject of the dispute*) au sens de *petitum* et *causa petendi* en l'affaire relative à l'*Interprétation du statut du territoire de Memel (fond, arrêt, 1932, C.P.J.I. série A/B n° 49*, opinion dissidente du juge Anzilotti, p. 350). Ainsi, l'« objet » et la « cause » pourraient être considérés comme une subdivision de l'identité de la « question en litige »⁹.

14. En l'affaire relative à la *Question de la délimitation du plateau continental entre le Nicaragua et la Colombie au-delà de 200 milles marins de la côte nicaraguayenne (Nicaragua c. Colombie)*, la Cour a dit en outre qu'il ne suffit pas, pour que s'applique l'autorité de la chose jugée, de déterminer que l'affaire en cause concerne les mêmes parties, le même objet et la même base juridique. Il faut encore déterminer le contenu de la décision dont il convient de garantir le caractère définitif. La Cour ne saurait se contenter de l'identité des demandes qui lui ont été présentées successivement par les mêmes parties. Elle doit rechercher si et dans quelle mesure la première demande a déjà été tranchée définitivement. Si un point n'a en fait pas été tranché, ni expressément ni par implication logique, l'arrêt n'a pas force de chose jugée sur celui-ci. Il peut être nécessaire de lire une conclusion générale dans son contexte afin de déterminer si elle recouvre tel point en particulier (*exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2016 (I)*, p. 126, par. 59).

III. ALLÉGATIONS RELATIVES AUX VIOLATIONS PAR LA DÉFENDERESSE DE LA CONVENTION SUR LE GÉNOCIDE

15. En la présente espèce, la demanderesse entend fonder la compétence de la Cour sur l'article IX de la convention sur le génocide. Comme la Cour le fait observer, « lorsqu'[elle] est saisie, sur la base d'une clause compromissive d'un traité, par un État qui invoque la responsabilité internationale d'un autre État partie en raison de la méconnaissance par ce dernier des obligations résultant du traité », elle est compétente seulement si « les violations du traité ... alléguées ... entrent ... dans les prévisions de ce traité » (*arrêt*, par. 135, citant l'affaire des *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique)*).

16. L'Ukraine soutient que « l'usage abusif et dévoyé que la [Fédération de Russie] fait de la convention [sur le génocide] contrevient à celle-ci » (*exposé écrit de l'Ukraine*, par. 122-128 ; voir aussi CR 2023/14, p. 78, par. 48 (Thouvenin) ; mémoire de l'Ukraine, par. 91-92). La demanderesse cite plusieurs décisions de la Cour et un rapport de l'Organe d'appel de l'OMC pour appuyer cette affirmation¹⁰. Or, les affaires citées par l'Ukraine ne soutiennent pas sa thèse. Je suis d'accord avec

⁸ Voir aussi *Waste Management, Inc. v. United Mexican States*, affaire CIRDI n° ARB(AF)/00/3, décision du 26 juin 2002 sur l'exception préliminaire du Mexique, par. 39 ; *Petrobart Limited v. Kyrgyz Republic*, chambre de commerce de Stockholm, n° 126/2003, sentence arbitrale du 29 mars 2005, p. 64 ; *Vivendi v. Argentina*, affaire CIRDI n° ARB/97/3, décision du 14 novembre 2005 sur la compétence, par. 72 ; *Inceysa-Vallisoletana S.L. v. El Salvador*, affaire CIRDI n° ARB/03/26, sentence du 2 août 2006, par. 214 ; *EURAM Bank v. Slovakia*, affaire CPA n° 2010-17, sentence du 22 octobre 2012 sur la compétence, par. 394 ; *Apotex*, note 3 ci-dessus, par. 7.15-7.16 ; *Iran v. United States*, note 3 ci-dessus, par. 114.

⁹ Voir, par exemple, Bin Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, 1953, p. 340, 343 et 346 ; Leonardo Nemer Caldeira Brant, *L'autorité de la chose jugée en droit international public*, 2003, p. 114-123.

¹⁰ *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise, fond, arrêt n° 7, 1926, C.P.J.I. série A n° 7*, p. 30. *Certains actifs iraniens (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique)*, *arrêt du 30 mars 2023*, par. 93. *Immunités et procédures pénales (Guinée équatoriale c. France)*, *exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2018 (I)*, p. 323, par. 73. États-Unis — Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes, rapport de l'Organe d'appel, adopté le 6 novembre 1998, WT/DS58/AB/R, p. 61-62, par. 158.

la Cour pour dire que, bien qu'il ne soit « certainement pas conforme au principe de la bonne foi d'invoquer de manière abusive un traité », une invocation abusive ne constitue pas « par elle-même une violation du traité » (arrêt, par. 143), même si elle est susceptible de violer d'autres règles du droit international. « En l'espèce, même s'il était démontré que la Fédération de Russie a invoqué de manière abusive la convention ... il n'en résulterait pas qu'elle ait violé ses obligations au titre de la convention » (*ibid.*).

17. L'Ukraine soutient également que les articles premier et IV de la convention sur le génocide contiennent une obligation implicite de déployer son action dans les limites de ce que permet la légalité internationale pendant la prévention et la répression d'un génocide. En déployant son action au-delà des limites de ce que permet la légalité internationale sur le fondement d'une allégation mensongère de génocide, la défenderesse a violé les articles premier et IV de la convention sur le génocide (mémoire de l'Ukraine, par. 94-100 et 126, exposé écrit de l'Ukraine, par. 129-142 ; voir aussi CR 2023/14, p. 79-80, par. 51-56 (Thouvenin)). À l'appui de cette prétention, l'Ukraine se fonde sur le *dictum* de la Cour en l'affaire relative à l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, selon lequel « il est clair que chaque État ne peut déployer son action que dans les limites de ce que lui permet la légalité internationale » (arrêt, C.I.J. Recueil 2007 (I), p. 221, par. 430). Certains États intervenants ont exprimé des vues similaires.

18. Le *dictum* de la Cour en l'affaire relative à l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)* ne doit pas être sorti de son contexte. Il s'inscrit dans le cadre de l'analyse que la Cour a faite de l'obligation de prévention du génocide découlant de l'article premier de la convention sur le génocide afin d'en déterminer la portée spécifique. La Cour a alors indiqué que l'obligation de prévention du génocide est une obligation de comportement et non de résultat ; l'obligation est celle de « mettre en œuvre tous les moyens qui sont raisonnablement à disposition [des États parties] en vue d'empêcher, dans la mesure du possible, le génocide ». Un État doit « mettre en œuvre les mesures de prévention du génocide qui [sont] à sa portée ». La Cour a ensuite fait observer qu'« il est clair que chaque État ne peut déployer son action que dans les limites de ce que lui permet la légalité internationale » (*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2007 (I), p. 221, par. 430). Par ce *dictum*, la Cour ne faisait que souligner qu'un État partie n'est pas *tenu* par l'article premier de la convention sur le génocide de prendre des mesures allant au-delà des limites fixées par la légalité internationale. La Cour explique la signification de ce *dictum* de façon semblable dans le présent arrêt (par. 146).

19. Pour ces raisons, je suis d'accord avec la Cour pour dire que, à supposer même que les mesures prises par la défenderesse soient contraires au droit international, « ce n'est pas la convention [sur le génocide] que la Fédération de Russie aurait violée, ce sont les règles pertinentes du droit international » (arrêt, par. 146). Il est clair que les États ne peuvent pas déployer leur action au-delà des limites de ce que permet la légalité internationale pendant la prévention et la répression d'un génocide. Pour autant, les articles premier et IV de la convention ne contiennent pas d'obligation implicite d'agir dans les limites de ce que permet la légalité internationale. « Les limites dont il s'agit ne sont pas définies par la convention elle-même, mais par d'autres règles du droit international » (*ibid.*).

(Signé) IWASAWA Yuji.
