

OPINION INDIVIDUELLE DE M. LE JUGE BENNOUNA

[Texte original en français]

Exception d'incompétence soulevée par les Etats-Unis — La banque Markazi en tant que «société» au sens du traité d'amitié de 1955 — Arrêt de la Cour du 13 février 2019 — Critère de la nature de l'activité.

1. Je suis en accord avec toutes les décisions en cette affaire, à l'exception de la première d'entre elles, par laquelle la Cour a décidé de retenir

«l'exception d'incompétence soulevée par les Etats-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 portent sur le traitement réservé à la banque Markazi et, en conséquence, [de dire] qu'elle n'est pas compétente pour connaître desdites demandes» (arrêt, par. 236, point 1)).

A mon regret, j'ai dû voter contre ce premier point du dispositif de l'arrêt, qui a pour effet d'écarter de la juridiction de la Cour l'essentiel des demandes de l'Iran en l'espèce. En effet, ces demandes, au titre du préjudice subi par la banque Markazi, représentent près de 1,9 milliard de dollars, alors que celles relatives aux autres préjudices invoqués dépassent à peine les 25 millions de dollars.

2. Il convient d'avoir à l'esprit que la Cour, dans son arrêt du 13 février 2019 sur les exceptions préliminaires, avait déjà examiné l'exception soulevée par les Etats-Unis lui demandant de se déclarer incompétente pour se prononcer sur les «violations alléguées des articles III, IV et V du traité d'amitié reposant sur le traitement réservé à l'Etat iranien ou à la banque Markazi»¹. Pour les Etats-Unis, en effet, «la banque Markazi n'est pas une «société» aux fins des articles III, IV et V du traité d'amitié, au motif que, en tant que banque centrale de l'Iran, elle accomplit exclusivement des missions de nature régaliennne et ne se livre pas à des activités de nature commerciale»². Il s'agit ainsi, selon le défendeur, d'une banque qui exerce des fonctions «de nature souveraine»³. La Cour a considéré, en 2019, que «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». Elle a ajouté :

«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.»⁴

¹ *Certains actifs iraniens (République islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2019 (I), p. 19, par. 17.*

² *Ibid.*, p. 35, par. 82.

³ Duplique des Etats-Unis, par. 5.13-5.23 ; contre-mémoire des Etats-Unis, par. 9.5-9.19.

⁴ *Certains actifs iraniens (République islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2019 (I), p. 38-39, par. 92.*

Cela étant, la Cour a estimé qu'elle ne disposait pas de «tous les éléments [qui lui étaient] nécessaires» pour se prononcer à ce sujet. Ces éléments «étant en grande partie de nature factuelle et étant par ailleurs étroitement liés au fond de l'affaire», elle en a conclu que la troisième exception préliminaire des Etats-Unis n'avait pas, «dans les circonstances de l'espèce, un caractère exclusivement préliminaire»⁵.

3. Ainsi, il était clair, dès 2019, que le renvoi au fond de cette exception préliminaire était motivé par la nécessité, selon la Cour, de se réserver la possibilité de connaître tous les faits relatifs aux activités de la banque Markazi. Quant à la question de droit, soulevée par les Etats-Unis, sur le point de savoir si cette institution pouvait exercer des activités de nature commerciale, même si ce n'est pas à titre principal, et si elle pouvait être qualifiée ainsi de «société» au sens du traité d'amitié, elle a été clairement tranchée par la Cour à ce stade préliminaire.

4. La Cour s'est prononcée ainsi, avec l'autorité de la chose jugée, en décidant que «la troisième exception préliminaire d'incompétence soulevée par les Etats-Unis d'Amérique n'a pas dans les circonstances de l'espèce un caractère exclusivement préliminaire»⁶. Il est établi que «[l]a décision de la Cour est contenue dans le dispositif de l'arrêt. Cependant, afin de préciser ce qui est couvert par l'autorité de la chose jugée, il peut s'avérer nécessaire de déterminer le sens du dispositif par référence aux motifs de l'arrêt en question.»⁷ S'il en était autrement, et si la Cour avait considéré que, de par sa fonction souveraine principale, la banque Markazi ne pouvait exercer une activité de nature commerciale distincte qui serait susceptible de la qualifier de «société» au sens du traité d'amitié, elle aurait retenu, purement et simplement, l'exception préliminaire des Etats-Unis en tant que telle, dès le stade préliminaire.

5. Il en résulte que le sens du point 3) du dispositif de l'arrêt de 2019, relatif au caractère non exclusivement préliminaire de l'exception et tel qu'il découle des motifs de cette décision, s'impose à la Cour, en l'espèce.

6. Or, loin de se placer dans la continuité des motifs qu'elle a retenus dans son arrêt de 2019, comme elle le prétend au paragraphe 47 de l'arrêt au fond de l'affaire, la Cour a choisi de s'écarter nettement, en se fondant — pour répondre à la question de la qualification de la banque Markazi en tant que «société» au sens du traité d'amitié — sur un nouveau critère, celui de l'objectif poursuivi au travers de l'activité, et non sur la nature de celle-ci.

7. C'est ainsi que la Cour, dans son arrêt au fond, après avoir rappelé que

«les seules activités dont se prévaut l'Iran pour fonder la qualification de «société» qui serait applicable, selon le demandeur, à la banque Markazi consistent dans l'achat, entre 2002 et 2007, de 22 titres de créance consistant en des droits sur des obligations dématérialisées offertes sur le marché financier américain et dans la gestion des produits financiers découlant desdits titres» (arrêt, par. 49),

⁵ *Certains actifs iraniens (République islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2019 (I), p. 40, par. 97.*

⁶ *Ibid.*, p. 45, par. 126, point 3).

⁷ *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), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2016 (I), p. 126, par. 61.*

en a conclu que

«de telles opérations ne suffisent pas à établir que la banque Markazi exerçait, à l'époque pertinente, des activités de caractère commercial. En effet, 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).

8. Dès lors, la Cour considère, en pleine contradiction avec l'arrêt de 2019, qu'il n'est pas possible, en fin de compte, de s'en tenir à la nature de l'activité pour qualifier la banque Markazi de «société» au sens du traité d'amitié, même quand cette dernière se livre à l'achat de titres de créances sur le marché financier dans les mêmes conditions que n'importe quel autre opérateur. La Cour opte clairement en faveur de la fonction souveraine de la banque, en tant que critère nécessaire et suffisant pour sa qualification en tant que «société». Cette activité principale prévaut ainsi sur toutes les autres activités, subsidiaires, de nature commerciale.

9. La référence au critère de la nature commerciale de l'activité, pour qualifier une société, a donc disparu entre les deux arrêts successifs de 2019 et de 2023, sans que la Cour ne l'ait justifié par quelque fait nouveau que ce soit.

10. Or, le critère de la nature commerciale, pour servir à la qualification de la société, n'a pas été inventé par la Cour en 2019 ; elle a procédé, comme dans l'affaire de la *Barcelona Traction*⁸, en s'inspirant des ordres juridiques internes, lorsqu'il s'agissait de déterminer les droits des actionnaires d'une société anonyme.

11. En outre, à l'appui de sa conclusion selon laquelle les activités de la banque Markazi ne sont pas dissociables de sa fonction souveraine, la Cour considère que «les déclarations faites par la banque Markazi dans le cadre de la procédure judiciaire dans l'affaire *Peterson* ... reflètent correctement la réalité des activités de la banque» (par. 52). Elle a cependant affirmé, au sein de ce même paragraphe, que les déclarations de la banque Markazi «ne sont pas opposables à l'Iran, qui n'en est d'ailleurs pas l'auteur», et que les tribunaux des Etats-Unis avaient rejeté à l'époque les prétentions de la banque Markazi, en affirmant la nature commerciale de certaines de ses activités. La question de l'immunité n'est pas en jeu en la présente espèce. Or, la Cour a tenu compte des déclarations faites dans le cadre d'une procédure interne américaine, non opposable au défendeur, et portant sur les immunités, pour étayer sa conclusion relative à la nature non commerciale des activités de la banque Markazi. De la sorte, l'Iran s'est vu opposer la stratégie contentieuse et les arguments d'une entité dont les déclarations ne sauraient l'engager et dans le cadre d'une procédure à laquelle il n'était pas partie.

12. Il est clair par conséquent qu'il n'y a aucune continuité de motifs entre l'arrêt de 2019 sur les exceptions préliminaires et l'arrêt au fond dans cette affaire. Une telle continuité est pourtant indispensable à la crédibilité de la plus haute institution judiciaire internationale. Certes, à titre

⁸ *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (nouvelle requête : 1962) (Belgique c. Espagne)*, deuxième phase, arrêt, C.I.J. Recueil 1970, p. 33-35, par. 38-42, et p. 38-39, par. 56.

exceptionnel, des revirements de la jurisprudence de la Cour peuvent intervenir, mais à la condition que ce soit pour des «raisons impérieuses»⁹.

(Signé) Mohamed BENNOUNA.

⁹ *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2008, p. 429, par. 54.*