

Note: Cette traduction a été établie par le Greffe à des fins internes et n'a aucun caractère officiel

**COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE**

**AFFAIRE RELATIVE À CERTAINS ACTIFS IRANIENS  
(RÉPUBLIQUE ISLAMIQUE D'IRAN c. ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE)**

**CONTRE-MÉMOIRE DES ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE  
ANNEXES**

**VOLUMES IV à VII  
(Annexes 80 à 160)**

**14 octobre 2019**

*[Traduction du Greffe]*

## TABLE DES MATIÈRES

<i>Annexe</i>		<i>Page</i>
	<b>VOLUME IV</b>	
80	<i>Award in the arbitration regarding the delimitation of the maritime boundary between Guyana and Suriname</i> , 30 <i>R.I.A.A.</i> 1 (17 septembre 2007) [ <i>annexe non traduite</i> ]	
81	<i>Hulley Enterprises Limited (Cyprus) v. Russia</i> , UNCITRAL, PCA Case No. AA 226, Final Award (18 juillet 2014) [ <i>annexe non traduite</i> ]	
82	Stephen M. Schwebel, «Clean Hands, Principle», In 2 <i>Max Planck Encyclopedia Of Public International Law</i> 232 (Rüdiger Wolfrum ed., 2012) [ <i>annexe non traduite</i> ]	
83	R. A. Newman, <i>Equity And Law: A Comparative Study</i> (1961) [excerpt] [ <i>annexe non traduite</i> ]	
84	<i>Snell's Equity</i> (33rd ed. 2018) [excerpt] [ <i>annexe non traduite</i> ]	
85	Code civil suisse, livre cinquième : droit des obligations, article 66, 30 mars 1911	1
86	Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) (code civil allemand) § 817 [ <i>annexe non traduite</i> ]	
87	Bin Cheng, <i>General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals</i> (1953) [excerpt] [ <i>annexe non traduite</i> ]	
88	James Crawford, <i>The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries</i> (2002) [excerpt] [ <i>annexe non traduite</i> ]	
89	<i>Niko Resources (Bangladesh) Ltd v. People's Republic of Bangladesh</i> , ICSID Case No. ARB/10/11 and 10/18, Decision on Jurisdiction (19 août 2013) [excerpt] [ <i>annexe non traduite</i> ]	
90	<i>Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. Republic of the Philippines</i> , ICSID Case No. ARB/11/12, Award (10 décembre 2014) [excerpt] [ <i>annexe non traduite</i> ]	
91	<i>Hesham Talaat M. Al-Warraq v. Republic of Indonesia</i> , UNCITRAL, Final Award (15 décembre 2014) [excerpt] [ <i>annexe non traduite</i> ]	
92	<i>Copper Mesa Mining Corporation v. Republic of Ecuador</i> , PCA Case No. 2012-2, Award (15 mars 2016) [excerpt] [ <i>annexe non traduite</i> ]	
93	<i>Rusoro Mining Ltd. v. Bolivarian Republic of Venezuela</i> , ICSID Case No. ARB(AF)/12/5, Award (22 août 2016) [excerpt] [ <i>annexe non traduite</i> ]	
94	<i>Blusun S.A v. Italian Republic</i> , ICSID Case No. ARB/14/3, Award (27 décembre 2016) [excerpt] [ <i>annexe non traduite</i> ]	
95	<i>Glencore Finance (Bermuda) Limited v. The Plurinational State of Bolivia</i> , PCA Case No. 2016-39, Procedural Order No. 2 (Decision on Bifurcation) (31 janvier 2018) [excerpt] [ <i>annexe non traduite</i> ]	

<i>Annexe</i>		<i>Page</i>
96	<i>Plama Consortium Ltd. v. Bulgaria</i> , ICSID Case No ARB/03/24, Award (27 août 2008) [excerpt] [annexe non traduite]	
97	<i>Gustav F W Hamester GmbH &amp; Co KG v. Republic of Ghana</i> , ICSID Case No. ARB/07/24, Award (18 juin 2010) [excerpt] [annexe non traduite]	
98	<i>Good Return and the Medea</i> , 29 R.I.A.A. 99 (8 août 1865) [annexe non traduite]	
99	<i>Friedrich &amp; Co. Case</i> , 10 R.I.A.A. 45 (31 juillet 1905) [annexe non traduite]	
100	<i>Gilead Sciences Inc. v. Merck &amp; Co., Inc.</i> , 888 F.3d 1231 (2018) [annexe non traduite]	
101	<i>Royal Bank of Scotland Plc v. Highland Financial Partners LP</i> [2013] EWCA (Civ) 328 (Eng.) [annexe non traduite]	
102	<i>Official Trustee in Bankruptcy v. Tooheys Ltd.</i> (1993) 29 NSWLR 641 (18 mars 1993) [annexe non traduite]	
103	<i>Volkswagen Canada Inc. c. Access International Automotive Ltd.</i> [2001] 3 CF 311 (21 mars 2001)	3
104	<i>Société Générale de Surveillance SA v. Pakistan (Minister of Finance, Revenue Division and Islamabad)</i> , Civil Appeal No. 459/2002 (3 juillet 2002) [annexe non traduite]	
105	<i>South Africa v. Mahala and Mahala</i> , Determination of Jurisdiction, 1992 SACR 305 (E) (21 mai 1992) [annexe non traduite]	
106	Gerald G. Fitzmaurice, «The General Principles of International Law Considered from the Standpoint of the Rule of Law», 92 <i>Collected Courses of the Hague Academy of International Law</i> 117 (1957) [excerpt] [annexe non traduite]	
107	Opinion of Alberto Nisman, Attorney General (29 mai 2013) [translated excerpt] [annexe non traduite]	
108	<i>Peterson v. Islamic Republic of Iran</i> , 2013 WL 1155576 (SDNY 13 mars 2013)	15
<b>VOLUME V</b>		
109	<i>Bank Markazi v. Peterson</i> , 136 S.Ct. 1310 (2016)	56
110	Transcript of Deposition, <i>Heiser v. Islamic Republic of Iran</i> , Nos. 00-02329 & 00-02104 (D.D.C. 25 novembre 2003) [annexe non traduite]	
111	Transcript of Trial, <i>Heiser v. Islamic Republic of Iran</i> , Nos. 00-02329 & 00-02104 (D.D.C. 12 décembre 2003) [annexe non traduite]	
112	Senate Report, Commercial Treaties with Iran, Nicaragua, and The Netherlands, S. Rep. No. 84-9 (1956) [annexe non traduite]	
113	Transcript of Trial, <i>Heiser v. Islamic Republic of Iran</i> , Nos. 00-02329 & 00-02104 (9 février 2004) [annexe non traduite]	
114	Transcript of Trial, <i>Blais v. Islamic Republic of Iran</i> , No. 2003-285 (D.D.C. 26 mai 2006) [annexe non traduite]	
115	James Crawford, «Execution of Judgments and Foreign Sovereign Immunity», 75 <i>AM. J. INT'L L.</i> 820 (1981) [annexe non traduite]	

<i>Annexe</i>		<i>Page</i>
116	Lilia Costabile & Gerald Epstein, «An Activist Revival in Central Banking? Lessons from the History of Economic Thought and Central Bank Practice», 24 <i>Euro. J. Hist. Of Econ. Thought</i> 1416 (2017) [annexe non traduite]	
117	Demande d'ordonnance de <i>certiorari</i> , <i>Bank Markazi v. Peterson</i> , 2014 WL 7463968 (2 <sup>e</sup> circ. 29 décembre 2014) (n° 14-770)	81
118	Demande d'ordonnance de <i>certiorari</i> , <i>Bank Markazi v. Peterson</i> (« <i>Peterson II</i> »), 2018 WL 2176301 (2 <sup>e</sup> circ. 18 mai 2018) (n° 17-1534)	101
119	<i>Peterson v. Bank Markazi</i> (« <i>Peterson II</i> »), 2015 US Dist. LEXIS 20640 (SDNY 20 février 2015)	119
120	Frédéric Dopagne, avis juridique sur l'immunité d'exécution de la banque centrale de la République islamique d'Iran (banque Markazi) en vertu du droit international dans le cadre de la procédure en validation de saisie-arrêt pendante devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg dans le rôle n° 177.393 (16 mars 2018) [annexe non traduite]	
<b>VOLUME VI</b>		
121	<i>Ambatielos Claim (Greece v. U.K.)</i> , 12 R.I.A.A. 83 (1956) [annexe non traduite]	
122	Gerald Fitzmaurice, <i>The Law and Procedure of the International Court of Justice</i> (1986) [excerpt] [annexe non traduite]	
123	Jan Paulsson, <i>Denial of Justice in International Law</i> (2010) [excerpt] [annexe non traduite]	
124	Robert Jennings & Arthur Watts, <i>Oppenheim's International Law</i> (9th ed. 1992) [excerpt] [annexe non traduite]	
125	Nations Unies, Commission du droit international, projet d'articles sur la protection diplomatique et commentaires y relatifs, article 14, 2006 [extrait]	133
126	Nations Unies, Commission du droit international, projet d'articles sur la responsabilité des Etats pour faits internationalement illicites et commentaires y relatifs, article 44, 2001 [extraits]	137
127	Alwyn V. Freeman, <i>International Responsibility of States for Denial of Justice</i> (1970) [excerpt] [annexe non traduite]	
128	Edwin M. Borchard, <i>Diplomatic Protection of Citizens Abroad or the Law of International Claims</i> (1919) [excerpt] [annexe non traduite]	
129	Clerk's Certificate of Default, <i>Heiser v. Islamic Republic of Iran</i> , Nos. 00 Civ. 2329, 01 Civ. 2104 (D.D.C. 20 août 2015), ECF No. 272 [annexe non traduite]	
130	<i>Estate of Heiser et al. v. Islamic Republic of Iran et al.</i> , tribunal fédéral du district de Columbia, 9 juin 2016, n° 00 Civ. 02329 (DDC 2016)	142
131	<i>Rubin v. Islamic Republic of Iran</i> , 637 F.3d 783 (7th Cir. 2011) [annexe non traduite]	
132	<i>Rubin v. Islamic Republic of Iran</i> , 133 S. Ct. 23 (2012) [annexe non traduite]	
133	Télégramme du département d'Etat des Etats-Unis à l'ambassade des Etats-Unis à Téhéran en date du 15 février 1955	148
134	Juridictions à hauts risques et sous surveillance, groupe d'action financière sur le blanchiment de capitaux (GAFI), juin 2019	149

<i>Annexe</i>		<i>Page</i>
135	Télégramme du département d'Etat des Etats-Unis à l'ambassade des Etats-Unis à Téhéran en date du 9 novembre 1954	150
136	Note du département d'Etat des Etats-Unis à l'ambassade des Etats-Unis à La Haye en date du 21 décembre 1953	151
137	Note du département d'Etat des Etats-Unis à l'ambassade des Etats-Unis à Bruxelles en date du 25 mars 1957	153
138	Lawrence Jahoon Lee, «Barcelona Traction in the 21st Century: Revisiting its Customary and Policy Underpinnings 35 Years Later», 42 <i>Stan. J. Int'l L.</i> 237 (2006) [annexe non traduite]	
139	Alberto Alvarez-Jimenez, «Foreign Investors, Diplomatic Protection and the International Court of Justice's Decision on Preliminary Objections in the Diallo Case», 33 <i>N.C. J. Int'l L. &amp; Com. Reg.</i> 437 (2008) [annexe non traduite]	
140	Cheng-Han Tan <i>et al.</i> , «Piercing the Corporate Veil: Historical, Theoretical, & Comparative Perspectives», 16 <i>Berkeley Bus. L.J.</i> 140 (2019) [annexe non traduite]	

#### VOLUME VII

141	<i>First National City Bank v. Banco Para el Comercio Exterior de Cuba</i> , Cour suprême des Etats-Unis, 17 juin 1983, 462 US 611 (1983)	159
142	<i>Sumitomo Shoji America Inc. v. Avagliano</i> , 457 U.S. 176 (1982) [annexe non traduite]	
143	<i>Methanex Corp. v. United States</i> , NAFTA/UNCITRAL, Memorial on Jurisdiction and Admissibility of Respondent United States of America (13 novembre 2000) [annexe non traduite]	
144	<i>ADF Group Inc. v. United States of America</i> , NAFTA/ICSID Case No. ARB(AF)/00/1, Post-Hearing Submission of Respondent United States of America on Article 1105(1) and <i>Pope &amp; Talbot</i> (27 juin 2002) [annexe non traduite]	
145	<i>Glamis Gold Ltd. v. United States of America</i> , NAFTA/UNCITRAL, Counter-Memorial of Respondent United States of America (19 septembre 2006) [excerpt] [annexe non traduite]	
146	<i>Grand River Enterprises Six Nations, Ltd., et al. v. United States of America</i> , NAFTA/UNCITRAL, Counter-Memorial of Respondent United States of America (22 décembre 2008) [excerpt] [annexe non traduite]	
147	<i>S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada</i> , NAFTA/UNCITRAL, First Partial Award (13 novembre 2000) [excerpt] [annexe non traduite]	
148	<i>Glamis Gold Ltd. v. United States of America</i> , NAFTA/UNCITRAL, Award (8 juin 2009) [excerpt] [annexe non traduite]	
149	Edwin Borchard, «The «Minimum Standard» of the Treatment of Aliens», 33 <i>Am. Soc'y of Int'l L. Proc.</i> 51 (1939) [annexe non traduite]	
150	NAFTA Free Trade Commission, Notes of Interpretation of Certain Chapter 11 Provisions (31 juillet 2001) [annexe non traduite]	
151	C. F. Amerasinghe, <i>State Responsibility For Injuries To Aliens</i> (1967) [excerpt] [annexe non traduite]	

<i>Annexe</i>		<i>Page</i>
152	Commission du droit international, deuxième rapport sur la détermination du droit international coutumier, 22 mai 2014	175
153	Patrick Dumberry, <i>The Fair and Equitable Treatment Standard: A Guide to NAFTA Case Law on Article 1105</i> (2013) [excerpt] [annexe non traduite]	
154	<i>Lone Pine Resources Inc. v. Government of Canada</i> , NAFTA/ICSID Case No. UNCT/15/2, Submission of the United States of America (16 août 2017) [annexe non traduite]	
155	<i>Italba Corp. v. The Oriental Republic of Uruguay</i> , U.S.- Uruguay BIT/ICSID Case No. ARB/16/9, Submission of the United States of America (11 septembre 2017) [annexe non traduite]	
156	Société des Nations, comité d'experts pour la codification progressive du droit international, rapport au Conseil de la Société des Nations sur les questions qui paraissent avoir obtenu le degré de maturité suffisant pour un règlement international, C.196.M.70 (1927)	249
157	<i>Black's Law Dictionary</i> (11th ed. 2019) [excerpt] [annexe non traduite]	
158	Revocation of Acceptance in Whole or in Part [Retrait total ou partiel d'acceptation], U.C.C. § 2-608(2) [annexe non traduite]	
159	J. Steven Jarreau, «Anatomy of a BIT: The United States – Honduras Bilateral Investment Treaty», 35 <i>U. Miami Inter-Am L. Rev.</i> 429 (2004) [annexe non traduite]	
160	Institut de droit international, résolution sur la responsabilité internationale des États à raison des dommages causés sur leur territoire à la personne ou aux biens des étrangers [1927], reproduit dans l' <i>Annuaire de la Commission du droit international</i> , vol. II [1956]	259

---

**Loi fédérale  
complétant le Code civil suisse  
(Livre cinquième: Droit des obligations)**

220

du 30 mars 1911 (Etat le 1<sup>er</sup> avril 2017)

---

*L'Assemblée fédérale de la Confédération suisse,  
vu les messages du Conseil fédéral des 3 mars 1905 et 1<sup>er</sup> juin 1909<sup>1</sup>,  
arrête:*

**Première partie: Dispositions générales  
Titre premier: De la formation des obligations  
Chapitre I: Des obligations résultant d'un contrat**

**Art. 1**

A. Conclusion  
du contrat  
I. Accord  
des parties  
1. Conditions  
générales

<sup>1</sup> Le contrat est parfait lorsque les parties ont, réciproquement et d'une manière concordante, manifesté leur volonté.

<sup>2</sup> Cette manifestation peut être expresse ou tacite.

**Art. 2**

2. Points  
secondaires  
réservés

<sup>1</sup> Si les parties se sont mises d'accord sur tous les points essentiels, le contrat est réputé conclu, lors même que des points secondaires ont été réservés.

<sup>2</sup> A défaut d'accord sur les points secondaires, le juge les règle en tenant compte de la nature de l'affaire.

<sup>3</sup> Sont réservées les dispositions qui régissent la forme des contrats.

**Art. 3**

II. Offre et  
acceptation  
1. Offre avec  
délai pour  
accepter

<sup>1</sup> Toute personne qui propose à une autre la conclusion d'un contrat en lui fixant un délai pour accepter, est liée par son offre jusqu'à l'expiration de ce délai.

<sup>2</sup> Elle est déliée, si l'acceptation ne lui parvient pas avant l'expiration du délai.

RO 27 321; RS 2 189

<sup>1</sup> FF 1905 II 1, 1909 III 747, 1911 I 695

- Art. 63**
- II. Paiement de l'indu <sup>1</sup> Celui qui a payé volontairement ce qu'il ne devait pas ne peut le répéter s'il ne prouve qu'il a payé en croyant, par erreur, qu'il devait ce qu'il a payé.
- <sup>2</sup> Ce qui a été payé pour acquitter une dette prescrite ou pour accomplir un devoir moral ne peut être répété.
- <sup>3</sup> Sont réservées les dispositions de la loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite<sup>32</sup> relatives à la répétition de l'indu.
- Art. 64**
- B. Etendue de la restitution  
I. Obligations du défendeur Il n'y a pas lieu à restitution, dans la mesure où celui qui a reçu indûment établit qu'il n'est plus enrichi lors de la répétition; à moins cependant qu'il ne se soit dessaisi de mauvaise foi de ce qu'il a reçu ou qu'il n'ait dû savoir, en se dessaisissant, qu'il pouvait être tenu à restituer.
- Art. 65**
- II. Droits résultant des impenses <sup>1</sup> Le défendeur a droit au remboursement de ses impenses nécessaires ou utiles; néanmoins, s'il était déjà de mauvaise foi lors de la réception, les impenses utiles ne lui sont remboursées que jusqu'à concurrence de la plus-value existant encore au moment de la restitution.
- <sup>2</sup> Les autres impenses ne lui donnent droit à aucune indemnité, mais il a la faculté d'enlever, avant toute restitution, ce qu'il a uni à la chose et qui en peut être séparé sans dommage pour elle, si le demandeur ne lui offre la contre-valeur de ses impenses.
- Art. 66**
- C. Répétition exclue Il n'y a pas lieu à répétition de ce qui a été donné en vue d'atteindre un but illicite ou contraire aux moeurs.
- Art. 67**
- D. Prescription <sup>1</sup> L'action pour cause d'enrichissement illégitime se prescrit par un an à compter du jour où la partie lésée a eu connaissance de son droit de répétition, et, dans tous les cas, par dix ans dès la naissance de ce droit.
- <sup>2</sup> Si l'enrichissement consiste en une créance contre la partie lésée, celle-ci peut en refuser le paiement lors même que ses droits seraient atteints par la prescription.

<sup>32</sup> RS 281.1

**ANNEXE 103**

***VOLKSWAGEN CANADA INC. C. ACCESS INTERNATIONAL AUTOMOTIVE LTD.***  
**[2001] 3 CF 311 (21 MARS 2001)**

# Décisions de la Cour d'appel fédérale

Access International Automotive Ltd. v. Volkswagen Canada Inc.

Base de données – Cour (s) : Décisions de la Cour d'appel fédérale

Date : 2001-03-21

Référence neutre : 2001 CAF 79

Numéro de dossier : A-403-99

Notes : Décision rapportée

## Recueil des arrêts de la Cour fédérale

Volkswagen Canada Inc. c. Access International Automotive Ltd. (C.A.) [2001] 3 C.F. 311

**Date : 20010321**

**Dossier : A-403-99**

**Référence neutre : 2001 CAF 79**

**CORAM : LE JUGE ROTHSTEIN**

**LE JUGE SHARLOW**

**LE JUGE MALONE**

**ENTRE :**

**ACCESS INTERNATIONAL AUTOMOTIVE LTD.,**

appelante,

- et -

**VOLKSWAGEN CANADA INC.,**

intimée,

- et -

**VOLKSWAGEN AG, VOLKSWAGEN MEXICO SA et AUDI AG,**

tierces

parties.

Audience tenue à Calgary (Alberta), le 13 février 2001.

JUGEMENT prononcé à Ottawa (Ontario), le 21 mars 2001.

MOTIFS DU JUGEMENT :  
SHARLOW

LE JUGE

- 5 -

Y ONT SOUSCRIT :  
ROTHSTEIN

LE JUGE

MALONE

LE JUGE

**Date : 20010321****Dossier : A-403-99****Référence neutre : 2001 CAF 79****CORAM : LE JUGE ROTHSTEIN****LE JUGE SHARLOW****LE JUGE MALONE****ENTRE :****ACCESS INTERNATIONAL AUTOMOTIVE LTD.,**

appelante,

- et -

**VOLKSWAGEN CANADA INC.,**

intimée,

- et -

**VOLKSWAGEN AG, VOLKSWAGEN MEXICO SA and AUDI AG,**

tierces

parties.

**MOTIFS DU JUGEMENT****LE JUGE SHARLOW**

[1] Access International Automotive Ltd. (Access International) se pourvoit en appel de l'ordonnance prononcée par le juge des requêtes (publiée à (1999), 174 F.T.R. 161, [1999] A.C.F. n° 1016) qui a rejeté l'appel interjeté d'une ordonnance rendue par un protonotaire (publiée à (1999), 171 F.T.R. 311, [1999] A.C.F. n° 529). Le protonotaire avait accueilli une requête présentée par Volkswagen Canada Inc. (Volkswagen Canada) en vue d'obtenir la radiation de certains paragraphes de la défense et de la demande reconventionnelle déposées par Access International.

[2] La présente instance a été introduite, le 25 février 1998, par le dépôt de la déclaration de Volkswagen Canada. Je résume ici les faits allégués dans cette déclaration.

[3] Deux sociétés allemandes, Volkswagen AG et Audi AG, et une société mexicaine, Volkswagen Mexico SA fabriquent les automobiles, les pièces et les accessoires Volkswagen et Audi. Volkswagen Canada est une filiale à cent pour cent de Volkswagen AG. Depuis sa constitution en personne morale en 1952, Volkswagen Canada est chargée de la vente et de la réparation des automobiles Volkswagen et Audi au Canada. Il y a des décennies que Volkswagen Canada vend et annonce les automobiles Volkswagen et Audi au Canada et elle a réussi à créer un marché pour cette sorte de véhicules au Canada en s'assurant de la constance de la qualité des automobiles, des pièces et des accessoires qu'elle vend au Canada. Volkswagen Canada est la seule entité qui, au Canada, est autorisée par Volkswagen AG, Audi AG et Volkswagen Mexico SA. à importer des automobiles, des pièces et des accessoires Volkswagen et Audi.

[4] Access International importe au Canada, en vue de leur revente, des pièces et des accessoires qui portent le logo de Volkswagen (VW) ou celui d'Audi (les quatre anneaux), ou qui sont contenus dans des colis qui portent ces logos. Ces pièces et accessoires proviennent d'une autre source que Volkswagen Canada et ne s'inscrivent donc pas dans les circuits de distribution autorisés au Canada pour ces produits. Access International vend les pièces et accessoires Volkswagen et Audi, ou, commercialement, les met ou offre en vente et les met en circulation dans un but commercial. Toutes ces activités sont exécutées sans le consentement ou l'autorisation de Volkswagen Canada.

[5] En juin 1996, Volkswagen AG, le premier titulaire du droit d'auteur sur le logo de Volkswagen, a cédé le droit d'auteur canadien à Volkswagen Canada. En juillet 1996, Audi AG, le premier titulaire du droit d'auteur sur le logo d'Audi, a cédé le droit d'auteur canadien à Volkswagen Canada. Volkswagen Canada a enregistré les deux droits d'auteur en qualité de titulaire.

[6] Vers le 1<sup>er</sup> août 1996, Volkswagen Canada a informé Access International qu'elle était titulaire du droit d'auteur au Canada sur les logos Volkswagen et Audi, et lui a demandé de cesser de vendre des pièces et des accessoires portant l'un ou l'autre logo, à l'exception des pièces et accessoires achetés à Volkswagen Canada ou à une partie se les ayant procurés auprès de Volkswagen Canada.

[7] Volkswagen Canada soutient que l'importation et la vente de pièces et accessoires Volkswagen et Audi par Access International depuis le 1<sup>er</sup> août 1996 constituent une violation de son droit d'auteur. Volkswagen Canada sollicite un certain nombre de réparations, dont une injonction permanente, la remise de tous les éléments matériels contrefaits, des dommages-intérêts et un état comptable des profits.

[8] Je résume de la manière suivante les faits allégués par Access International dans sa défense et sa demande reconventionnelle. Access International est une société albertaine qui, depuis les vingt dernières années, importe des pièces et des accessoires automobiles en vue de leur revente au Canada. Dans le cadre de son entreprise, elle importe des produits qui portent le logo Volkswagen ou le logo Audi, ou qui sont contenus dans des colis qui portent ces logos. Access International achète ces pièces et accessoires Volkswagen et Audi à des fabricants qui sont autorisés par Volkswagen AG à les produire et à les vendre sur le marché libre. Lorsque Access International en fait l'acquisition, les produits portent déjà les logos ou sont contenus dans des colis qui les portent déjà. Access International soutient qu'une telle importation est légale.

[9] Access International ajoute que Volkswagen Canada est au courant de ses activités depuis au moins 1986. En 1991, Volkswagen Canada lui a demandé de cesser ses activités commerciales d'importation et de distribution des pièces et accessoires

Volkswagen et Audi, mais n'a pas donné suite à cette demande jusqu'à ce qu'elle produise cette nouvelle demande en 1996, après avoir fait l'acquisition du droit d'auteur.

[10] Access International nie avoir violé tout droit d'auteur de Volkswagen Canada. Elle prétend que Volkswagen Canada, en acquérant le droit d'auteur sur les logos et en essayant ensuite de se servir de ce droit pour empêcher Access International d'importer des pièces et accessoires Volkswagen et Audi authentiques, exerce son droit de manière abusive.

[11] Les actes de procédure d'Access International qui sont visés par la requête en radiation de Volkswagen Canada sont les suivants :

[TRADUCTION]

### Défense

2. [...] De plus, par ses actions, la demanderesse, et, implicitement, Volkswagen AG, cherche à limiter, restreindre, empêcher ou réduire indûment le commerce de pièces et accessoires Volkswagen et Audi authentiques, contrevenant ainsi aux dispositions de la *Loi sur la concurrence*.

15. Access répète que la demanderesse est la propriété exclusive de sa société-mère allemande, Volkswagen AG, et que son prétendu droit d'auteur sur le logo VW et le logo de quatre anneaux lui vient directement ou indirectement de Volkswagen AG.

16. La demanderesse, et, implicitement, Volkswagen AG, cherche à se servir de son droit d'auteur et de son prétendu droit de distribution exclusif, dont Access nie précisément l'existence, pour :

- a. limiter indûment les installations destinées au transport, à la fourniture, à l'entreposage et au commerce de pièces et accessoires Volkswagen et Audi authentiques;
- b. restreindre ou affaiblir indûment les échanges et le commerce de pièces et accessoires Volkswagen et Audi authentiques; ou
- c. empêcher ou réduire indûment la concurrence dans l'achat, la vente, le transport ou l'approvisionnement de pièces et accessoires Volkswagen et Audi authentiques.

17. Access invoque l'article 32 de la *Loi sur la concurrence* et déclare que les actions de la demanderesse constituent des actes illégaux destinés uniquement à ébranler l'entreprise d'Access ou à lui nuire.

### Demande reconventionnelle

1. [...] Volkswagen Canada Inc., en intentant la présente action contre Access, tente d'utiliser un droit d'auteur nouvellement acquis pour limiter, restreindre, empêcher ou réduire indûment le commerce de pièces et accessoires Volkswagen et Audi authentiques. Par ces actions, Volkswagen Canada Inc. contrevient aux dispositions de la *Loi sur la concurrence*. [...]

7. En tentant d'utiliser son droit d'auteur sur le logo VW et celui des quatre anneaux afin d'empêcher Access d'exploiter une entreprise légitime, la demanderesse cherche à se servir de son droit d'auteur d'une manière qui n'est pas envisagée par la *Loi sur le droit d'auteur* contrevient à la Loi.

PAR CONSÉQUENT, LA DEMANDERESSE RECONVENTIONNELLE SOLLICITE :

a. Une injonction permanente prévue à l'alinéa 32(2)b) de la *Loi sur la concurrence* interdisant à Volkswagen Canada Inc. d'exécuter ou d'exercer l'ensemble ou l'une des conditions ou stipulations d'un accord, arrangement ou permis qui perturberaient ou entraveraient les activités commerciales légales d'Access [...].

[12] Ces allégations ne peuvent être radiées que s'il est évident et manifeste ou s'il ne fait aucun doute qu'ils ne révèlent aucun fondement valable pour une défense ou une demande reconventionnelle : voir l'arrêt *Hunt c. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 R.C.S. 959. Pour trancher cette question, il faut présumer que les faits allégués dans la défense et demande reconventionnelle sont exacts.

[13] Tous les paragraphes que Volkswagen Canada cherche à faire radier se rapportent à l'article 32 de la *Loi sur la concurrence*, dont les extraits pertinents sont ainsi formulés :

32(1) Chaque fois qu'il a été fait usage des droits et privilèges exclusifs conférés par un ou plusieurs brevets d'invention, par une ou plusieurs marques de commerce, par un droit d'auteur ou par une topographie de circuit intégré enregistrée pour :

32(1) In any case where use has been made of the exclusive rights and privileges conferred by one or more patents for invention, by one or more trade-marks, by a copyright or by a registered integrated circuit topography, so as to

...

...

d) soit empêcher ou réduire indûment la concurrence dans la production, la fabrication, l'achat, l'échange, la vente, le transport ou la fourniture d'un tel article ou d'une telle denrée,

(d) prevent or lessen, unduly, competition in the production, manufacture, purchase, barter, sale, transportation or supply of any such article or commodity,

la Cour fédérale peut rendre une ou plusieurs des ordonnances visées au paragraphe (2) dans les circonstances qui y sont décrites.

the Federal Court may make one or more of the orders referred to in subsection (2) in the circumstances described in that subsection.(2) La Cour fédérale, sur une plainte exhibée par le procureur général du Canada, peut, en vue d'empêcher tout usage, de la manière définie au paragraphe (1), des droits et privilèges exclusifs conférés par des brevets d'invention, des marques de commerce, des droits d'auteur ou des topographies de circuits intégrés enregistrées touchant ou visant la fabrication, l'emploi ou la vente de tout article ou denrée pouvant faire l'objet d'un échange ou d'un commerce, rendre une ou plusieurs des ordonnances suivantes:

(2) The Federal Court, on an information exhibited by the Attorney General of Canada, may, for the purpose of preventing any use in the manner defined in subsection (1) of the exclusive rights and privileges conferred by any patents for invention, trade-marks, copyrights or registered integrated circuit topographies relating to or affecting the manufacture, use or sale of any article or commodity that may be a subject of trade or commerce, make one or more of the following

...

...

b) empêcher toute personne d'exécuter ou d'exercer (b) restraining any person from l'ensemble ou l'une des conditions ou stipulations carrying out or exercising any or all of de l'accord, de l'arrangement ou du permis en the terms or provisions of the question; [...] agreement, arrangement or licence;...

[14] Le protonotaire a accueilli la requête en radiation des actes de procédure et n'a pas permis de les modifier. Il a fait remarquer que l'article 32 de la *Loi sur la concurrence* permet à la Cour fédérale d'accorder un recours contre certaines utilisations d'un droit d'auteur, mais seulement si celles-ci ont pour effet de réduire ou d'empêcher indûment la concurrence. Il a conclu que, tant que la Cour fédérale n'a pas constaté l'existence des conséquences indues qui sont précisées, après avoir tenu la procédure décrite, engagée par une plainte exhibée par le procureur général du Canada, l'article 32 ne peut servir de fondement à une défense ou demande reconventionnelle dans le cadre d'une action en violation du droit d'auteur.

[15] Access International a interjeté appel de la décision du protonotaire. Le juge des requêtes a rejeté cet appel. Access International se pourvoit maintenant en appel de la décision du juge des requêtes.

[16] Volkswagen Canada invoque la décision prononcée par le juge Addy dans l'affaire *Eli Lilly and Co. c. Marzone Chemicals Ltd.* (1976), 29 C.P.R. (2d) 253 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), confirmée par [1977] 2 C.F. 104, 14 N.R. 311, 29 C.P.R. (2d) 255 (C.A.F.). Cette affaire concernait une action en contrefaçon d'un brevet. Dans sa défense, la défenderesse avait allégué que la titulaire du brevet n'avait pas le droit à la réparation demandée parce qu'elle avait participé à un complot en vue de limiter indûment la concurrence dans le produit breveté, et ce, en contravention des alinéas 31(1)a), b) et c) de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, S.R.C. 1970, ch. C-23, alors en vigueur. La défenderesse avait aussi présenté une demande reconventionnelle en dommages-intérêts. À cette époque, l'article 31.1 de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* permettait à une personne qui avait subi une perte ou un préjudice par suite d'une conduite contraire à l'article 32 de demander une indemnisation.

[17] La titulaire du brevet avait demandé la radiation des parties de la défense et demande reconventionnelle qui invoquaient l'article 32 de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*. La requête avait été rejetée. En ce qui concerne la demande reconventionnelle en dommages-intérêts, le juge Addy avait indiqué que l'article 31.1 de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* permettait de demander des dommages-intérêts pour une violation de l'article 32, peu importe qu'une instance ait ou non été engagée aux termes de cette disposition ou qu'une déclaration de culpabilité ait ou non été inscrite.

[18] La présente affaire se distingue d'*Eli Lilly* parce qu'en l'espèce, il existe, dans la *Loi*, des préalables susceptibles d'empêcher Access International de demander une réparation pour violation de l'article 32 de la *Loi sur la concurrence*. La réparation qu'Access International cherche à obtenir dans sa demande reconventionnelle est essentiellement celle qui est prévue à l'alinéa 32(2)b). Or, si la Cour permettait que la demande reconventionnelle reste telle quelle, elle autoriserait par le fait même Access International à profiter d'une réparation d'origine législative sans avoir à satisfaire aux préalables prévus dans la *Loi* en question. C'est pourquoi, je conviens avec le protonotaire et le juge des requêtes que les paragraphes 3, 4, 5 et 7a) de la demande reconventionnelle devraient être radiés sans autorisation de les modifier. À cet égard, je remarque que la

modification projetée enlevait simplement la mention de l'article 32 de la *Loi sur la concurrence* et qu'il ne s'agissait pas d'une modification de fond.

[19] En revanche, des considérations différentes s'appliquent à la défense d'Access International. Dans la décision *Eli Lilly*, le juge Addy a précisé qu'il ne fallait pas radier les allégations visant l'article 32 qui étaient énoncées dans la défense parce qu'il était possible de faire valoir que l'article 31.1 prévoyait un moyen de défense à opposer à une action en contrefaçon. Il a ajouté :

Il y a toutefois une raison plus convaincante, celle que les demanderesse demandent une réparation reconnue en *equity* et qu'elles doivent se présenter devant la Cour avec des « mains propres ». S'il s'avérait qu'elles ont en fait enfreint la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, comme cela est allégué dans le paragraphe 9 de la défense, la Cour aurait une raison des plus valables pour refuser l'injonction demandée, bien que les allégations puissent ne pas constituer en droit une défense contre la demande.

[20] Il me semble que le juge Addy n'a pas écarté la possibilité que le défaut de satisfaire à des préalables prévus dans la *Loi*, même s'il pouvait empêcher d'obtenir une réparation, n'empêchait pas nécessairement d'invoquer un moyen de défense reconnu en *equity*. Ainsi, on peut se demander si la conduite du titulaire d'un droit d'auteur qui est décrite au paragraphe 32(1) peut ou non servir de fondement à une défense opposée à une demande de réparation reconnue en *equity* pour violation d'un droit d'auteur.

[21] Je considère admis que les réparations recherchées par Volkswagen Canada en l'espèce incluent une réparation reconnue en *equity* et qu'il est loisible à Access International d'alléguer que la Cour devrait refuser une telle réparation à Volkswagen Canada parce qu'elle ne s'est pas présentée devant la Cour avec les « mains propres ». Un moyen de défense fondé sur une conduite répréhensible de l'autre partie peut être invoqué s'il existe un lien suffisant entre l'objet de la demande et la réparation sollicitée. Le juge Schroeder explique ce point de la manière suivante dans l'arrêt *City of Toronto c. Polai*, [1970] 1 O.R. 483 (C.A.) (confirmé sans discussion de ce point par [1973] R.C.S. 38) :

[TRADUCTION] La maxime selon laquelle « celui qui invoque l'*equity* doit être sans reproche lui-même » qui a été invoquée surtout dans des affaires opposant des parties privées, commande à celui qui sollicite une réparation reconnue en *equity* d'établir que sa conduite antérieure dans l'affaire est irréprochable : voir les arrêts *Overton v. Banister*, (1844), 3 Hare 503, 67 E.R. 479; *Nail v. Punter* (1832), 5 Sim. 555, 58 E.R. 447; *Re Lush's Trust* (1869), L.R. 4 Ch. App. 591. Ces affaires illustrent des cas où la Cour a refusé d'accorder une réparation à la partie demanderesse en raison de sa conduite répréhensible dans l'affaire même faisant l'objet d'une poursuite en *equity*. Toutefois, il ne faut ni interpréter ni appliquer cette maxime trop largement, par exemple contre une partie demanderesse qui n'aurait pas mené une vie exemplaire. Dans l'arrêt *Dering v. Earl of Winchelsea* (1787), 1 Cox 318, 29 E.R. 1184, le lord Baron en chef Eyre indique aux pages 319 et 320 :

On fait valoir que le responsable de la perte ne devrait pas pouvoir bénéficier d'un recours récursoire mais, on ne m'a cité aucune jurisprudence sur ce point, ni aucun principe applicable à la présente espèce. Ce n'est pas établir un principe que d'affirmer que sa conduite condamnable le prive de tout recours devant la présente Cour. Si cette affirmation peut se fonder sur un principe, il ne peut s'agir que de celui selon lequel celui qui se présente devant une cour d'*equity* doit avoir une conduite sans reproche; toutefois ce principe ne vise pas la dépravation générale : la conduite répréhensible doit avoir un lien direct et obligatoire avec la réparation d'*equity* qui est sollicitée; il doit s'agir d'une dépravation tant au sens juridique qu'au sens moral. Moralement, on peut considérer que le compagnon, et peut-être le conseiller, de M. Dering est responsable de la perte, mais du

point de vue juridique, c'est M. Dering lui-même qui est responsable de cette perte; s'il a suivi le mauvais exemple de Sir Edward, ce n'est pas ~~une~~ la question dont la Cour peut prendre connaissance.

Pour pouvoir invoquer la maxime contre le demandeur, il faut que la conduite qu'on lui reproche soit directement liée à l'affaire même qui fait l'objet de la plainte et non simplement à la moralité générale ou à la conduite générale de la personne qui demande la réparation; ou, comme l'indique la note du sténographe dans la vieille affaire de *Jones v. Lenthal* (1669) 1 Chan. Cas. 154, 22 E.R. 739 : « [...] le défendeur doit avoir été lui-même victime de l'iniquité » .

[22] La présente Cour s'est penchée récemment sur deux affaires soulevant l'à-propos d'actes de procédure alléguant une certaine interaction entre une conduite anti-concurrentielle et une demande de réparation pour contrefaçon d'un monopole d'origine législative. La première est celle de *Procter & Gamble Co. c. Kimberley-Clark of Canada Ltd.* (1990), 29 C.P.R. (3d) 545 (C.A.F.), une action en contrefaçon d'un brevet. La défenderesse cherchait à inclure dans sa défense un paragraphe alléguant que la brevetée s'était elle-même privée de son droit de demander une réparation reconnue en *equity* parce qu'elle avait vendu ses produits brevetés à des prix déraisonnablement bas ou à des prix inférieurs à leur coût dans le dessein de réduire sensiblement la concurrence et d'éliminer dans une large mesure la défenderesse en tant que concurrente, et ce, en contravention de la *Loi sur la concurrence*, L.C. 1986, ch. 26. Le juge des requêtes avait permis la modification, mais la présente Cour a infirmé sa décision parce que ces allégations n'avaient aucune pertinence relativement à la défense ou à la demande de la brevetée en vue d'obtenir une réparation reconnue en *equity*. Le juge Hugessen, se prononçant pour la Cour, a précisé :

Pour que l'*equity* refuse, en vertu de la doctrine des « mains propres » , une réparation à laquelle une partie aurait autrement droit, il faut que la conduite passée de cette partie soit directement reliée à la cause d'action même invoquée dans la demande, en l'espèce le brevet [voir l'arrêt *City of Toronto v. Polai* (1969), 8 D.L.R. (3d) 689, [1970] 1 O.R. 483 (C.A.)]. Or, dans la présente affaire, non seulement la pratique alléguée de prix abusivement bas ne peut pas être liée au brevet (quel tort y-a-t-il si le détenteur d'un monopole légal fixe le prix de ses produits à un niveau *inférieur* à leur coût et à qui ce préjudice est-il causé?), mais cette pratique réduirait en fait la possibilité pour les demanderesses de recouvrer les profits de la défenderesse.

[23] Il ressortait de ces faits que la propriété du brevet de la demanderesse, le fondement de l'action en contrefaçon, était indépendante de toute pratique de prix abusivement bas susceptible d'avoir été adoptée. Par conséquent, il n'y avait pas de lien entre la conduite prétendument répréhensible et les droits sur lesquels se fondait la demande de réparation d'*equity* formulée par la demanderesse.

[24] La deuxième affaire est celle de *Visx Inc. c. Nidek Co.* (1995), 68 C.P.R. (3d) 272 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), confirmée par (1996), 209 N.R. 342, 72 C.P.R. (3d) 19 (C.A.F.). Encore là, il s'agissait d'une action en contrefaçon de brevets. Ces brevets concernaient des lasers à excimères servant en chirurgie oculaire. La défenderesse avait plaidé, dans sa défense, que les brevets étaient inexécutables et nuls parce que le breveté s'était servi des droits que lui conférait son brevet pour tenter de percevoir des droits et des redevances pour des interventions chirurgicales et pour imposer des conditions de licence oppressives, qui, prétendait-elle, constituaient une limite indue du commerce, contrevenant ainsi à l'article 32 de la *Loi sur la concurrence*. La demanderesse a voulu faire radier les actes de procédure concernant la *Loi sur la concurrence*. La défenderesse a fait voir que les actes de procédure ne devaient pas être radiés parce qu'ils constituaient le fondement de

l'argumentation selon laquelle, par sa conduite, la demanderesse s'était elle-même privée du droit de demander une réparation reconnue en *equity* pour contrefaçon de brevet. Le protonotaire a ordonné la radiation des actes de procédure et le juge des requêtes a confirmé cette décision, adoptant en grande partie les mêmes motifs que ceux de l'affaire *Procter & Gamble* (précitée).

[25] Les décisions *Visx* et *Procter & Gamble* sont deux exemples dans lesquels les violations à la *Loi sur la concurrence* qui auraient été commises par un breveté n'ont pas soulevé de doutes sur les droits conférés par le brevet. Par conséquent, il n'y avait pas, entre la conduite prétendument illégale et la réparation d'*equity* recherchée par le breveté, un lien susceptible d'étayer un moyen de défense d'absence de conduite sans reproche.

[26] Le juge des requêtes a conclu qu'on pouvait en dire autant du présent cas, et donc qu'une défense d'absence de conduite sans reproche n'avait pas de chance d'être accueillie. Je ne saurais partager cette opinion. En l'espèce, Access International veut faire valoir que la cession du droit d'auteur sur le logo VW et celui d'Audi à Volkswagen Canada est une conduite décrite au paragraphe 32(1) de la *Loi sur la concurrence*, parce que Volkswagen Canada aurait obtenu le droit d'auteur dans le dessein de limiter ou d'empêcher indûment la concurrence en ce qui concerne les pièces et accessoires Volkswagen et Audi authentiques. Cette allégation est bien différente des allégations examinées dans les affaires *Visx* et *Procter & Gamble*. À mon avis, il serait au moins possible de faire valoir qu'il existe en l'espèce un lien suffisant entre le droit d'auteur et la défense de l'absence de conduite sans reproche qui serait susceptible d'entraîner le refus de la réparation reconnue en *equity*.

[27] Je ne vois rien dans l'une ou l'autre des décisions mentionnées ou dans l'article 32 lui-même, qui donne à penser qu'un tel argument n'a aucune chance d'être accueilli.

[28] Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir l'appel, sauf en ce qui concerne la demande reconventionnelle, de sorte que la deuxième phrase du paragraphe 2 et les paragraphes 15, 16 et 17 de la défense ne seront pas radiés des actes de procédure. Comme les parties ont toutes deux eu gain de cause en partie, elles supporteront chacune leurs frais.

« Karen R. Sharlow »

J.C.A.

« Je souscris aux présents motifs. »

Marshall Rothstein, J.C.A.

« Je souscris aux présents motifs. »

Brian Malone, J.C.A.

Traduction certifiée conforme

Richard Jacques, LL.L.

**Date : 20010321**

**Dossier : A-403-99**

**OTTAWA (ONTARIO), LE 21 MARS 2001**

**EN PRÉSENCE DE MONSIEUR LE JUGE ROTHSTEIN**

- 13 -

**DE MADAME LE JUGE SHARLOW**

**DE MONSIEUR LE JUGE MALONE**

**ENTRE :**

**ACCESS INTERNATIONAL AUTOMOTIVE LTD.,**

appelante,

- et -

**VOLKSWAGEN CANADA INC.,**

intimée,

- et -

**VOLKSWAGEN AG, VOLKSWAGEN MEXICO SA et AUDI AG,**

tierces

parties.

### **JUGEMENT**

L'appel est accueilli, sauf en ce qui concerne la demande reconventionnelle, de sorte que la deuxième phrase du paragraphe 2 et les paragraphes 15, 16 et 17 de la défense ne sont pas

Page : 2

radiés des actes de procédure. Comme les parties ont toutes deux eu gain de cause en partie, elles supporteront chacune leurs frais.

« Marshall Rothstein »

J.C.A.

Traduction certifiée conforme

Richard Jacques, LL.L.

### **COUR D'APPEL FÉDÉRALE**

#### **AVOCATS ET AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER**

**N ° DE DOSSIER :** A-403-99

**INTITULÉ DE LA CAUSE :** Access International Automotive Ltd.. c.  
Volkswagen Canada Inc. et Volkswagen AG, Volkswagen Mexico SA et Audi AG

**LIEU DE L'AUDIENCE :** Calgary (Alberta)

**DATE DE L'AUDIENCE :** le 13 février 2001  
- 14 -

**MOTIFS DU JUGEMENT prononcés par madame le juge Sharlow** en date du 21 mars 2001.

**ONT SOUSCRIT AUX MOTIFS :** le juge Rothstein

**le juge Malone**

**ONT COMPARU :**

David R. Haigh, c.r. POUR L'APPELANTE

L.E. Trent Horne POUR L'INTIMÉE

**AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:**

Burnet, Duckworth & Palmer POUR L'APPELANTE

Calgary (Alberta)

Sim, Hughes, Ashton & McKay POUR L'INTIMÉE

Toronto (Ontario)

ANNEXE 108

**PETERSON V. ISLAMIC REPUBLIC OF IRAN,  
2013 WL 1155576 (SDNY 13 MARS 2013)**

[Traduction]

2013 WL 1155576

Seule la citation Westlaw est actuellement disponible.

Tribunal fédéral du district sud de l'Etat de New York

Deborah D. Peterson, représentante successorale de la succession de James C. Knipple (décédé),  
et autres, parties demandereses,

c.

République islamique d'Iran, Banque Markazi, également appelée Banque centrale d'Iran,  
Banca UBAE SpA, Citibank, N.A., et Clearstream Banking, S.A., parties défenderesses.

N° 10 Civ. 4518 (KBF).

13 mars 2013

Opinion et ordonnance

Katherine B. Forrest, juge fédérale de district.

\*1 Devant ce tribunal sont réunis dix-huit groupes de créanciers judiciaires, rassemblant plus d'un millier de personnes, qui veulent obtenir des actifs de la République islamique d'Iran et d'entités associées (ensemble l'«Iran» sauf mention contraire)<sup>1</sup>. Chaque groupe de victimes ou leur succession a obtenu des jugements condamnant l'Iran pour préjudice corporel ou décès provoqué par un acte

---

<sup>1</sup> Les groupes de créanciers judiciaires sont constitués par les parties demandereses à l'instance, ainsi que par les parties défenderesses tierces nommément désignées dans la demande d'appel en cause (*interpleader*) de la partie défenderesse Citibank. Il s'agit notamment des parties demandereses aux actions suivantes : 1) *Peterson v. Islamic Republic of Iran* (l'«action Peterson»), No. 10 Civ. 4518(KBF) (S.D.N.Y. [district sud de l'Etat de New York]); 2) *Greenbaum et al. v. Islamic Republic of Iran, et al.* (l'«action Greenbaum»), 02 Civ. 2148(RCL) (D.D.C) [district du district de Columbia]; 3) *Acosta, et al. v. Islamic Republic of Iran, et al.* (l'«action Acosta»), 06 Civ. 745(RCL) (D.D.C); 4) *Rubin, et al. v. Islamic Republic of Iran* (l'«action Rubin»), 01 Civ. 1655(RCL) (D.D.C); 5) *Estate of Heiser et al. v. Islamic Republic of Iran et al.* (l'«action Heiser»), 00 Civ. 2329 et 01 Civ. 2104(RCL) (D.D.C); 6) *Levin v. Islamic Republic of Iran* (l'«action Levin»), 05 Civ. 2494(GK) (D.D.C); 7) *Valore. et al. v. Islamic Republic of Iran, et al.* (l'«action Valore»), 03 Civ.1959(RCL) (D.D.C); 8) *Bonk, et al. v. Islamic Republic of Iran et al.* (l'«action Bonk»), 08 Civ. 1273(RCL) (D.D.C); 9) *Estate of James Silvia, et al.* (l'«action Silvia»), 06 Civ. 750(RCL) (D.D.C); 10) *Estate of Anthony K. Brown, et al. v. Islamic Republic of Iran, et al.* (l'«action Brown»), 08 Civ. 531(RCL) (D.D.C.); 11) *Estate of Stephen B. Bland v. Islamic Republic of Iran, et al.* (l'«action Bland»), 05 Civ. 2124(RCL) (D.D.C); 12) *Judith Abasi Mwila, et al. v. Islamic Republic of Iran, et al.* (l'«action Mwila»), 08 Civ. 1377(JDB) (D.D.C.); 13) *James Owens, et al. v. Republic of Sudan, et al.* (l'«action Owens»), 01 Civ. 2244(JDB) (D.D.C.); 14) *Rizwan Khaliq, et al. v. Republic of Sudan, et al.* (l'«action Khaliq»), 08 Civ. 1273(JDB) (D.D.C.). Par ordonnances du 27 juin 2011 (ECF No. 22) et du 28 juillet 2011 (ECF No. 32), ces créanciers judiciaires ont été joints à l'action consolidée 10 Civ. 4518. En juin 2012, quatre actions additionnelles ont été ajoutées par le biais de parties défenderesses tierces supplémentaire à l'appel en cause (*interpleader*) de Citibank : 15) *Beer et al. v. Islamic Republic of Iran et al.* (l'«action Beer»), 08 Civ. 1807(RCL) (D.D.C); 16) *Kirschenbaum et al. v. Islamic Republic of Iran et al.* (l'«action Kirschenbaum»), 03 Civ. 1708(RCL) (D.D.C); 17) *Arnold et al. v. Islamic Republic of Iran et al.* (l'«action Arnold»), 06 Civ. 516(RCL) (D.D.C); et (18) *Murphy et al. v. Islamic Republic of Iran et al.* (l'«action Murphy»), 06 Civ. 596(RCL) (D.D.C). Si ces actions sont venues originellement devant le tribunal dans des situations procédurales différentes, elles visent toutes à obtenir l'exécution de jugements sur les mêmes actifs, ainsi qu'exposé dans les présentes, et pour simplifier la référence, sont traitées par le tribunal, dans le présent texte, comme des «parties demandereses».

illicite résultant de faits de terrorisme soutenus ou conduits par l'Iran, ou auxquels il a participé. Ensemble, les parties demanderesse ont obtenu, par des jugements condamnant l'Iran, des milliards de dollars qui, dans leur grande majorité, n'ont pas été payés. Ces jugements ont, il y a déjà longtemps, été dûment enregistrés dans ce district. Les parties demanderesse ont déclaré au tribunal être parvenues à un accord sur le rang de priorité et les modalités de répartition de tout montant à recouvrer (voir transcription du 27 novembre 2012, conférence de situation, 15 h 19-22, dossier électronique d'affaire ECF n° 293.)

Chaque groupe de parties demanderesse est désireux d'obtenir la remise d'actifs actuellement détenus auprès de Citibank, N.A. («Citibank»), dans le cadre de ses efforts pour faire exécuter les jugements qui ne l'ont pas encore été (deuxième demande révisée, ECF n° 160.) Citibank est une partie prenante qui n'a pas d'intérêt en jeu dans le résultat ultime de ce litige (requête de tiers pour appel en cause (l'«appel en cause de Citibank»), ECF n° 38). Elle a intérêt au règlement du différend sur la propriété des fonds détenus sur le compte pour être en mesure, si la demande lui en est adressée et quand tel est le cas, de veiller à ce que les fonds soient décaissés de manière adéquate (voir la lettre de Sharon L. Schneier à Mme la juge Katherine B. Forrest, 14 décembre 2012, ECF n° 300 (soulignant que «Citibank est une partie prenante neutre en l'instance»)).

La procédure judiciaire concernant ces actions a connu des à-coups ; certains des retards sont indubitablement imputables au fait que les procédures actuelles d'obtention d'exploits de saisie, d'adoption de mesures restrictives sur les fonds et d'exécution de jugements sont mal adaptées aux actions complexes et de grande ampleur telles que celle-ci. Par exemple, des années durant, nombre des actions ont été classées dans la catégorie «Divers», et n'ont pas été confiées à un juge en particulier. En outre, le contentieux contre n'importe quelle entité souveraine implique des complexités juridiques. Enfin, le simple fait que des milliards de dollars soient en jeu suffit à garantir un affrontement judiciaire vigoureux. Il ne fait d'ailleurs aucun doute que toutes ces actions ont été âprement disputées. Toutes les questions se rapportant à chacun des dix-huit groupes de créanciers ont été réunies et ajoutées à la procédure devant le tribunal depuis le 10 décembre 2012.

Les parties défenderesses ne contestent pas la validité des décisions de justice obtenues par les parties demanderesse. Elles contestent toutefois le fait que les actifs détenus auprès de Citibank doivent être remis, ainsi que la compétence du tribunal en relation avec ces actifs et certaines parties défenderesses. Les parties défenderesses banque Markazi, UBAE et Clearstream ont aussi soulevé des questions relevant du droit des Etats, du droit fédéral (y compris un certain nombre d'arguments constitutionnels) et du droit international pour s'opposer à une remise.

Les requêtes qui ont été présentées au tribunal appartiennent à cinq groupes :

Premièrement, les parties défenderesses UBAE S.p.A. («UBAE») et Clearstream Banking S.A. («Clearstream») ont présenté des requêtes distinctes pour que les demandes qui les visent soient rejetées pour défaut de compétence *ratione personae* (ECF n°s 295, 299 et 301). Les parties demanderesse se sont opposées à ces requêtes (ECF n°s 302, 306, 313, 323 et 324).

\*2 Deuxièmement, la banque Markazi a présenté une requête aux fins de rejet des demandes la visant pour défaut de compétence *ratione materiae* (ECF n° 205). Les parties demanderesse se sont opposées à cette requête (ECF n° 219).

Troisièmement, la partie défenderesse Clearstream a renouvelé sa requête antérieure demandant la levée des restrictions sur les fonds (ECF n° 174). Les parties demanderesse se sont opposées à cette requête (ECF n° 199).

Quatrièmement, toutes les parties demanderesse ont présenté une requête (ou se sont jointes à la requête) pour que soit rendu selon une procédure de référé un jugement partiel ordonnant la remise des actifs détenus auprès de Citibank (ECF n°s 209 et 307). Les parties défenderesses banque Markazi, UBAE et Clearstream s'opposent à cette requête ; la partie défenderesse Citibank ne prend

aucune position au-delà du fait qu'elle s'appuie sur les arguments que font valoir les autres parties (ECF n<sup>os</sup> 261, 282, 284, 286, 300 et 328).

Cinquièmement, les créanciers judiciaires Bland ont demandé par requête que soit autorisée la saisie-exécution et/ou la saisie conservatoire d'actifs de l'Iran (ECF n<sup>o</sup> 305).

Ensemble, ces requêtes et les pièces à l'appui représentent plusieurs milliers de pages. Pour les motifs énoncés ci-après, le tribunal rejette chacune des requêtes des parties défenderesses, accueille la requête des parties demanderesses pour que soit rendu selon une procédure de référé un jugement partiel ordonnant la remise d'actifs, et fait droit à la requête des parties demanderesses Bland pour que soit ordonnée la saisie.

## I. RAPPEL DES FAITS

Sauf mention contraire, les faits suivants ne sont pas contestés. La banque Markazi est la banque centrale d'Iran, c'est-à-dire un établissement du Gouvernement iranien. En 2008, la banque Markazi détenait plus de 2 milliards de dollars d'obligations (les «obligations de la banque Markazi») qui étaient libellées en dollars américains et placées sur un compte auprès de la partie défenderesse Clearstream S.A. Ces obligations ont par la suite été divisées en deux groupes pertinents pour la présente action : premièrement, 1,75 milliard de dollars représentant les produits de ces obligations en espèces est détenu sur un compte auprès de Citigroup à New York ; ces produits sont soumis à des restrictions imposées par le tribunal, par décret présidentiel et par la loi. Les produits des obligations en cause font l'objet, entre autres, de la requête des parties demanderesses pour que soit rendu selon une procédure de référé un jugement partiel ordonnant la remise d'actifs, et de la requête de Clearstream demandant la levée des restrictions. Le deuxième groupe est composé de deux titres — dont la valeur nominale est de 250 millions de dollars — qui faisaient originellement partie des obligations de la banque Markazi. A la suite d'une audience consacrée à l'examen des preuves qui a eu lieu en juin 2008 et dans laquelle le juge Koeltl a levé les restrictions pesant sur ces deux titres, lesdits titres ont été vendus sur le marché libre. Ces 250 millions de dollars sont pertinents pour plusieurs des demandes des parties demanderesses, mais ne sont pas évoqués par la requête aux fins de remise de fonds ni par la requête demandant la levée des restrictions sur les fonds.

Avant échéance, chaque obligation de la banque Markazi (quel que fût le groupe auquel elle appartenait) avait été émise sous forme matérielle et inscrite dans les registres de la Federal Reserve Bank of New York (banque de réserve fédérale de New York, «FRBNY») ou de la Depository Trust Company (société de dépôt de titres, «DTC»), également sise à New York. Ainsi, avant l'échéance de ces titres, la FRBNY et la DTC étaient les dépositaires des obligations de la banque Markazi.

Des années durant, la banque Markazi a disposé d'un compte auprès de Clearstream S.A. qui, de son côté, disposait d'un compte de correspondant auprès de Citibank administré pour le compte de la banque Markazi afin de gérer les fonds associés aux obligations en cause, et notamment les paiements d'intérêts et du principal.

Clearstream Luxembourg est un «prestataire de services international pour le secteur financier qui propose des services de règlement et de garde de titres» (voir les conclusions consolidées de Clearstream à l'appui de sa requête présentée à nouveau pour la levée des restrictions, paragraphe 1). «Clearstream joue le rôle d'intermédiaire entre établissements financiers du monde entier pour faire en sorte que les transactions entre banques soient exécutées efficacement et effectivement» (*ibid.*, paragraphes 1 et 2). «En tant que prestataire de services post-transaction actuellement présent sur le marché international et 52 marchés nationaux, Clearstream compte au nombre de ses clients plus de 2500 établissements financiers du monde entier» (*ibid.*, paragraphe 2).

\*3 L'un des bureaux de Clearstream se trouve à New York. A tous moments pertinents pour les requêtes en l'instance, le bureau de Clearstream à New York a exercé des activités de vente,

marketing et administratives liées à l'activité de services financiers internationaux de Clearstream. Le bureau de New York employait des personnels basés à New York. Ces collaborateurs new-yorkais avaient accès à des installations utiles aux efforts de vente et marketing telles que des espaces de bureau, des téléphones, des accès et adresses Internet, ainsi que des numéros de télécopie. Clearstream payait ses personnels à New York à partir de comptes bancaires à New York. Depuis 2002, Clearstream est inscrite dans l'Etat de New York, ce qui l'autorise à y disposer d'un bureau de représentation et à y exercer certaines activités. Le dossier ne contient aucun élément de preuve indiquant que le bureau new-yorkais de Clearstream était un établissement de dépôt. Il n'existe pas non plus, dans le dossier, le moindre élément de preuve attestant du fait que le bureau de Clearstream au Luxembourg ait tenté de maintenir une quelconque séparation, au sein du groupe, par rapport à son bureau de New York. En effet, sur la base des conclusions de Clearstream à cet égard, le bureau de New York avait vocation à opérer en tant que branche ventes et marketing pour les opérations du groupe au Luxembourg. Clearstream Luxembourg utilisait son bureau de New York pour augmenter le volume d'affaires de son organisation financière basée au Luxembourg ; elle s'en est également servie pour offrir à ses clients un service continu en maintenant des points de contact à New York.

Citibank a, des années durant, tenu pour Clearstream, à New York, un compte sur lequel étaient placés les produits des obligations de la banque Markazi. Les parties contestent la mesure dans laquelle le bureau new-yorkais de Clearstream était impliqué dans des activités se rapportant au compte dont il disposait auprès de Citibank à New York, pour le compte, tout d'abord de la banque Markazi puis, plus tard, de la partie défenderesse UBAE, en liaison avec des services fournis en relation avec les obligations de la banque Markazi. Toutefois, ainsi qu'indiqué ci-après, le règlement de ce différend portant sur les faits est inutile au règlement des requêtes en l'instance.

Périodiquement, des intérêts étaient payés sur les obligations et versés sur le compte de Clearstream auprès de Citibank. Lorsque les obligations arrivaient à échéance, les produits étaient crédités sur le même compte.

En 2008, UBAE, banque sise en Italie, a ouvert un nouveau compte auprès de Clearstream ; il s'agissait du deuxième compte de ce type qu'elle ouvrait<sup>2</sup>. Les éléments de preuve contenus dans le dossier confirment la position d'UBAE selon laquelle ce compte a été ouvert au bureau luxembourgeois de Clearstream. Après l'ouverture de ce compte, Clearstream a enregistré le transfert de la totalité des obligations de la banque Markazi vers le compte de la banque Markazi à UBAE — les parties demanderesses estiment que le fait que ce transfert ait été accompagné de la mention «sans paiement» constitue un élément de preuve.

Selon UBAE, en 2008, la banque Markazi lui aurait demandé de liquider et vendre deux titres (d'une valeur nominale de 250 millions de dollars<sup>3</sup>) qui se trouvaient sur le nouveau compte de dépôt de titres d'UBAE chez Clearstream Luxembourg (déclaration de Biagio Mantraga en réponse aux conclusions en réponse à la requête de la partie défenderesse UBAE pour que la demande soit rejetée (la «déclaration en réponse de Mantraga»), paragraphe 7, ECF n° 308). UBAE a négocié un prix de vente et proposé d'acheter les titres à la banque Markazi à un prix légèrement inférieur au prix de vente négocié, la différence correspondant à sa rémunération sur l'opération (*ibid.*, paragraphe 8). La vente à des clients tiers a eu lieu au Luxembourg et les clients de Clearstream Luxembourg ont acheté les deux titres (*ibid.*, paragraphes 9 et 10). UBAE reconnaît que cette vente a été effectuée à la demande et au bénéfice de la banque Markazi (*ibid.*, paragraphe 13).

---

<sup>2</sup> Les parties demanderesses insistent sur le fait que le moment choisi par UBAE pour ouvrir son compte auprès de Clearstream et effectuer diverses opérations avec la banque Markazi démontre que cette dernière s'efforçait précisément de se soustraire à la remise d'actifs en cause dans la présente affaire. Pour répondre à ces requêtes, le tribunal n'a pas besoin de se référer, et ne se réfère pas, à cette chronologie, non plus qu'à aucune déduction qu'un juge des faits pourrait en tirer.

<sup>3</sup> Les obligations associées à ces transactions étaient celles pour lesquelles le juge Koeltl avait levé les restrictions après l'audience consacrée à l'examen des preuves qui avait eu lieu en juin 2008. L'une des demandes des parties demanderesses pour transfert frauduleux a trait aux produits de ces obligations.

\*4 Les parties demanderesse soutiennent que, en dépit de toutes allégations selon lesquelles la vente des 250 millions de dollars d'obligations de la banque Markazi aurait eu lieu au Luxembourg, les parties défenderesses ont organisé le transfert à UBAE des produits de ces obligations en dollars à partir du compte de Citibank à New York (deuxième demande modifiée, paragraphe 98). Clearstream aurait donné à Citibank instruction de transférer ces produits, qui s'élevaient à 250 millions de dollars, depuis le compte de titres vers le compte d'espèces de Clearstream (*ibid.*). Ensuite, Clearstream a donné à Citibank instruction de virer les espèces par transfert électronique de fonds depuis Citibank à la banque correspondante d'UBAE à New York, HSBC (*ibid.*, paragraphes 100, 214.) Enfin, UBAE, agissant pour le compte de la banque Markazi, a alors viré les espèces à UBAE en Italie à partir de HSBC.

Après la vente de ces 250 millions de dollars d'obligations de la banque Markazi, il reste actuellement sur le compte UBAE/Clearstream à la Citibank à New York plus de 1,75 milliard de dollars correspondant aux produits des obligations restantes. En diverses occasions, la banque Markazi a affirmé être propriétaire des obligations de la banque Markazi et de leurs produits (maintenant détenus dans le compte Citibank). Elle a déclaré que «[p]lus de 1,75 milliard de dollars appartenant à la banque Markazi ... sont gelés sur un compte général de dépôt de titres ouvert auprès de [Citibank]» ; que «les titres soumis à restrictions sont la propriété de la banque Markazi, la banque centrale d'Iran» ; que «la valeur agrégée des instruments obligataires restants, c'est-à-dire des titres soumis à restrictions qui sont la propriété de la banque Markazi et qui font l'objet de l'action en remise d'actifs, est donc de 1,753 milliard de dollars» ; que «les titres soumis à restrictions sont présumés être la propriété de la banque Markazi» ; et que «les titres soumis à restrictions sont à première vue la propriété d'un tiers, la banque Markazi» (voir les premières conclusions de la banque Markazi à l'appui de sa requête aux fins de rejet de la demande modifiée (les «premières conclusions de la banque Markazi»), paragraphes 1, 5, 9, 10 et 36, ECF n° 18). En outre, deux représentants de la banque Markazi ont juré sous peine de parjure que les actifs bloqués appartenaient «à la seule Banque Markazi et [étaient] détenus pour son propre compte» (déclaration en qualité de témoin de Gholamossein Arabieh, paragraphe 2 ; déclaration de Liviu Vogel à l'appui de la requête des parties demanderesse pour que soit rendu un jugement partiel selon une procédure de référé (la «déclaration de Vogel»), pièce J, 17 octobre 2010, ECF n° 210 ; déclaration en qualité de témoin d'Ali Asghar Massoumi, paragraphe 2, déclaration de Vogel, pièce K, 17 octobre 2010, ECF n° 210). UBAE a, de manière similaire, allégué qu'elle n'avait pas de «droit réel reconnu légalement sur les obligations soumises à restrictions» (voir les conclusions d'UBAE en opposition à la requête des parties demanderesse pour que soit rendu un jugement selon une procédure de référé (les «conclusions d'UBAE en opposition à la demande de jugement selon une procédure de référé»), paragraphe 2, ECF n° 328).

Toutes les opérations initiales concernant le paiement des intérêts et du principal des obligations de la banque Markazi ont eu lieu à New York. Tous les paiements de ce type ont été crédités sur le compte de Clearstream chez Citibank. Avant le transfert «sans paiement» de 2008, la procédure de Clearstream consistait à créditer les montants adéquats sur le compte Clearstream de la banque Markazi ; après le transfert, Clearstream a porté ces montants au crédit d'UBAE. UBAE reconnaît avoir payé des intérêts à la banque Markazi en relation avec les obligations ; ces paiements d'intérêts ont été crédités sur le compte de la banque Markazi auprès d'UBAE à Rome (voir la déclaration de Biagio Matranga (la «déclaration de Matranga»), paragraphe 15, ECF n° 95). UBAE a conservé son compte de correspondant à la HSBC à New York au moins jusque dans le courant de l'année 2009 (*ibid.*, paragraphe 5).

\*5 UBAE reconnaît que chaque jour à la clôture, et parfois plus d'une fois par jour, son trésorier (qui se trouve en Italie) pourvoit au transfert électronique du solde de ses comptes propres internationaux en dollars vers son compte de correspondant en dollars auprès de HSBC à New York, où les fonds sont regroupés et à partir duquel ils peuvent être virés en Italie (*ibid.*).

La dernière des obligations de la banque Markazi est arrivée à échéance en 2012. Le compte de Clearstream auprès de Citibank contient actuellement des espèces associées aux obligations<sup>4</sup>.

UBAE a vendu les obligations et Clearstream, agissant pour le compte d'UBAE, a donné instruction à Citibank New York de transférer le produit en espèces de cette vente de Citibank New York vers le compte de Clearstream chez Citibank New York. Comme dans le cas de la vente des 250 millions de dollars d'obligations, lorsqu'UBAE demandait un retrait, Clearstream donnait à Citibank instruction de procéder à un transfert électronique de fonds, par le biais de la banque correspondante de Clearstream, JP Morgan Chase à New York, à la banque correspondante d'UBAE à New York, HSBC.

Le 12 juin 2008, le tribunal a rendu une ordonnance d'exécution concernant les actifs bloqués (ECF n° 84). Elle a été exécutée auprès de Citibank le 13 juin 2008. L'effet juridique de son exécution sur les obligations de la banque Markazi et sur les comptes bancaires associés a été de soumettre ces actifs à des restrictions. Le 17 octobre 2008, le tribunal a rendu une deuxième ordonnance d'exécution, cette fois visant Clearstream Banking S.A. (ECF n° 118). Les parties demandereses ont signifié les avis de restrictions et les avis de restrictions modifiés à Citibank et à Clearstream Banking S.A. plus tard en juin 2008. Le 27 juin 2008, le tribunal a ordonné que les obligations de la banque Markazi et les comptes associés (qui étaient tous englobés dans la catégorie des «actifs bloqués») demeurent soumis à restrictions jusqu'à nouvel ordre (ECF n° 103). Diverses prorogations des régimes de restrictions originels ont été ordonnées par le tribunal en juin 2009, ainsi qu'en mai et juin 2010 (ECF n° 171 ; déclaration de Vogel, pièce G, ordonnance de prolongation de mesures d'exécution, 18 Misc. 302(BSJ) (S.D.N.Y., 10 mai 2010), (ECF n° 210 ; *ibid.*, pièce H, ordonnance de prolongation de mesures d'exécution, 18 Misc. 302(BSJ) (district sud de l'Etat de New York, 11 juin 2010)).

Le 8 juin 2010, après deux années d'activité judiciaire dans le district sud de l'Etat de New York (S.D.N.Y.) concernant les actifs bloqués (y compris l'enregistrement de jugements, l'obtention d'ordonnances mettant en place des mesures restrictives et la délivrance d'ordonnances de saisie, voir, de manière générale, la déclaration de Vogel, pièces B, C, D et U), les parties demandereses à l'action *Peterson* ont présenté la demande originale qui a commencé cette action en demandant, entre autres, que leur soient remis les actifs bloqués. Cette situation a eu pour effet, au plan judiciaire, de maintenir les restrictions applicables à ces actifs conformément à l'article 5232 a) des lois et règlements de l'Etat de New York en matière de pratique civile (N.Y.C.P.L.R. § 5232(a)), jusqu'à ce qu'il soit procédé au transfert ou au paiement du montant des actifs bloqués.

La première demande modifiée a été déposée le 20 octobre 2010 (ECF n° 3) et la deuxième demande modifiée (la «deuxième demande modifiée»), celle qui nous occupe en l'espèce, le 7 décembre 2011 (ECF n° 160). La deuxième demande modifiée fait valoir huit causes d'action et les demandes correspondantes, qui sont : 1) une déclaration selon laquelle la banque Markazi est un agent/alter ego de l'Iran, l'Iran est le véritable propriétaire des obligations soumises à restrictions, ces obligations font l'objet de mesures d'exécution visant à faire exécuter les jugements obtenus par les parties requérantes, et les obligations soumises à restrictions ne relèvent pas de l'article 1611, paragraphe b), alinéa 1) du titre 28 du code des Etats-Unis (28 U.S.C. § 1611(b) (1)); 2) et 3) l'annulation des transferts prétendument frauduleux de l'Iran, de la banque Markazi et de Clearstream au regard des articles 276, paragraphe a), et 273-a de la loi de l'Etat de New York sur les rapports entre débiteurs et créanciers ; 4) et 5) la remise des obligations de la banque Markazi conformément aux articles 5225 et 5227 des lois et règlements de l'Etat de New York en matière de pratique civile (N.Y.C.P.L.R.) ; 6) une mesure de réparation en équité contre toutes les parties

---

<sup>4</sup> Les espèces détenues sur le compte de Clearstream chez Citibank sont désignées ci-après par le terme «actifs bloqués». Les termes «bloqué» et «soumis à restriction» sont particulièrement importants juridiquement. Ainsi qu'évoqué précédemment, les actifs bloqués ont été «bloqués» par la loi. Les actifs bloqués ont été «soumis à restriction» par la loi et par des exploits de saisie obtenus précédemment par les parties demandereses à l'instance.

défenderesses ; 7) une déclaration d'entrave délictuelle au recouvrement d'un jugement d'exécution de paiement ; et 8) une présomption de préjudice contre UBAE et Clearstream.

\*6 Le 5 février 2012, le président Obama a promulgué le décret présidentiel n° 13599 (le «décret présidentiel n° 13599») (77 Fed. Reg. 6659, décret présidentiel 13599) par lequel il déclarait que «[t]ous biens et droits réels» afférents à des biens de l'Iran détenus aux Etats-Unis étaient «bloqués» en vertu de son autorité conformément à la loi sur les pouvoirs économiques en cas d'urgence internationale (50 U.S.C. 1701).

Le décret présidentiel n° 13599 a eu pour effet de transformer en «actifs bloqués» tous les actifs soumis à restrictions appartenant au Gouvernement iranien (ou à tout établissement ou organisme de celui-ci). La banque Markazi étant la banque centrale d'Iran, tous ses actifs situés aux Etats-Unis le 5 février 2012 sont devenus, en vertu du décret présidentiel n° 13599, des «actifs bloqués».

Citibank s'est conformée à ses obligations en vertu du décret présidentiel n° 13599 en déclarant les produits déposés sur le compte Clearstream au bureau de contrôle des actifs étrangers (l'«OFAC») et en plaçant les produits afférents aux obligations de la banque Markazi sur un compte général de dépôt de titres distinct et producteur d'intérêts (parfois appelé «compte omnibus»). Ce compte se trouve dans le district sud de l'Etat de New York. En avril 2012, les actifs bloqués sur ce compte Citibank sont uniquement constitués d'espèces.

## II. DROIT PERTINENT POUR TOUTES LES REQUÊTES

### A. La loi sur l'immunité des Etats étrangers [«FSIA»]

De manière générale, le droit des Etats-Unis dispose qu'une entité souveraine étrangère a droit à une immunité de juridiction aux Etats-Unis (voir la loi sur l'immunité des Etats étrangers (articles 1602-1611 du titre 28 du code des Etats-Unis (28 U.S.C. §§ 1602-1611))).

La FSIA codifie «la théorie restrictive de l'immunité souveraine» (*Verlinden B.V. v. Cent. Bank of Nigeria*, 461 U.S. 480, 488, 103 S.Ct. 1962, 76 L.Ed.2d 81 (1983)). La Cour suprême a conclu que lorsque le Congrès avait adopté la FSIA, son intention était de faire en sorte que les «organismes dûment créés d'un Etat étranger se voient accorder une présomption de statut indépendant» (voir *First Nat'l City Bank v. Banco Para El Comercio Exterior de Cuba* («Bancec»), 462 U.S. 611, 627, 103 Cour suprême 2591, 77 L.Ed.2d 46 (1983)). La «présomption de statut indépendant» ne doit pas être «renversée à la légère» (*Hercaire Intl, Inc. v. Argentina*, 821 F.2d 559, 565 (11th Cir. 1987)). Au nombre de ces «organismes» figurent les «subdivisions politiques, ainsi que les établissements ou organismes» de l'Etat étranger, comme prévu par la loi (voir *Hester Int'l Corp. v. Federal Republic of Nigeria*, 879 F.2d 170, 176 n.5 (5th Cir.1989)).

Les biens d'une banque centrale souveraine bénéficient, dans certaines circonstances, d'une immunité de saisie, en particulier lorsque le bien considéré est celui d'une banque centrale qui le détient pour son propre compte ( 28 U.S.C. § 1611(b)(1)).

La FSIA prévoit cependant des exceptions à l'immunité dans le cadre de procédures judiciaires visant à obtenir une saisie conservatoire en exécution d'un jugement :

«b) En plus du paragraphe a), aucun bien aux Etats-Unis d'un établissement ou organisme d'un Etat étranger exerçant une activité commerciale aux Etats-Unis ne bénéficiera d'une immunité de saisie conservatoire à l'appui d'une procédure d'exécution, ou [d'une immunité] d'exécution, après qu'un jugement a été rendu par un tribunal des Etats-Unis ... si-

\*7 2) le jugement a trait à une demande pour laquelle l'établissement ou l'organisme ne bénéficie pas d'une immunité en vertu de l'article 1605, paragraphe *a*), alinéas 2), 3) ou 5), ou de l'article 1605, paragraphe *b*), ou de l'article 1605A de ce chapitre» (28 U.S.C. § 1610).

L'article 1605A, intitulé «exception pour faits de terrorisme à l'immunité de juridiction d'un Etat étranger», dispose ce qui suit :

«*a*) En général-

1) Absence d'immunité – L'immunité de juridiction devant les tribunaux des Etats-Unis ne s'applique pas dans le cas d'une demande de dommages-intérêts formée contre un Etat étranger à raison d'un préjudice corporel ou d'un décès attribuable à des actes de torture, à une exécution extrajudiciaire, au sabotage d'un aéronef ou à une prise d'otages, ou de la fourniture d'un appui matériel ou financier en vue de la commission d'un tel acte, dès lors qu'à l'origine de cet acte ou de l'apport d'un tel soutien matériel ou de telles ressources se trouve un fonctionnaire ou agent public, ou un agent de cet Etat étranger» (28 U.S.C. § 1605A).

Aux termes de l'article 1603 de la FSIA, l'expression «Etat étranger» comprend «les subdivisions politiques, établissements ou organismes d'un Etat étranger au sens du paragraphe *b*)» (28 U.S.C. § 1603(a)). Le paragraphe *b*) du même article est ainsi libellé:

«*b*) L'expression «établissement ou organisme d'un Etat étranger» s'entend de toute entité :

- 1) dotée d'une personnalité juridique distincte, constituée ou non en personne morale ;
- 2) qui est un organe d'un Etat étranger ou d'une subdivision politique de celui-ci, ou dont la majorité des actions ou autres titres de participation appartient à un Etat étranger ou à une subdivision politique d'un Etat étranger ; et
- 3) qui n'est pas ressortissante d'un Etat de l'Union au sens des paragraphes *c*) et *e*) de l'article 1332 du présent titre et n'a pas été constituée sous le régime des lois d'un pays tiers». (28 U.S.C. § 1603(b).)

Ainsi, pour démêler l'écheveau de la FSIA, et notamment de sa disposition relative à l'immunité de la banque centrale, le tribunal doit-il entreprendre plusieurs analyses. La première question est celle de savoir si les actifs en cause sont effectivement «iraniens» et si les jugements accordent des indemnisations pour des faits de terrorisme. Cette analyse est conforme aux articles 1603, 1605A et 1610 du titre 28 du code des Etats-Unis. Ensuite, s'agissant d'actifs de banque centrale, spécifiquement, le deuxième circuit a adopté un test fonctionnel visant à déterminer si les actifs sont utilisés pour des fonctions de banque centrale, ainsi que cette expression s'entend normalement, indépendamment de leur nature commerciale (voir *NML Capital, Ltd. v. Banco Central de la Republica Argentina*, 652 F.3d 172, 194 (deuxième circuit, 2011)). Selon la jurisprudence *NML Capital, Ltd.*, lorsque le bien en cause est celui d'une banque centrale, une partie demanderesse doit, pour obtenir des mesures d'exécution sur ce bien, démontrer «de manière spécifique que les fonds ne sont pas utilisés pour des fonctions de banque centrale, ainsi que celles-ci s'entendent normalement» (*ibid.*, 194). D'autres lois (cet aspect sera abordé plus loin) offrent cependant d'autres voies permettant d'atteindre ces actifs.

## **B. La loi sur l'assurance contre les risques associés au terrorisme**

La loi de 2002 sur l'assurance contre les risques associés au terrorisme [*Terrorism Risk Insurance Act*, «TRIA»], codifiée en note à la FSIA, permet à une partie demanderesse d'obtenir l'exécution d'une décision de justice sur des «actifs bloqués» d'une partie terroriste. Elle prévoit, dans sa partie pertinente, ce qui suit :

«*Nonobstant toute autre disposition de la loi, ... dans tous les cas où il est fait droit à la demande formée contre une partie terroriste et fondée sur un acte de terrorisme, ou pour laquelle la partie terroriste est privée de l'immunité par application de de l'alinéa 7) du paragraphe a) de l'article 1605, les actifs bloqués de cette partie terroriste ... sont susceptibles de faire l'objet d'une saisie conservatoire ou de mesures d'exécution aux fins de l'exécution d'un jugement à concurrence des dommages-intérêts compensatoires au paiement desquels ladite partie terroriste aura été condamnée.*»

\*8 TRIA, article 201(a), loi d'application générale (Pub. L.) n° 107-297, Titre II, 116 Stat. 2337 (2002) (les italiques sont de nous).

La TRIA définit l'expression «partie terroriste» comme un «terroriste, une organisation terroriste ... ou un Etat étranger désigné en tant qu'Etat soutenant le terrorisme sous le régime du paragraphe *j*) de l'article 6 de la loi de 1979 sur la gestion des exportations (50 U.S.C. App. 2405(j)) ou de l'article 620A de la loi de 1961 sur l'aide étrangère (22 U.S.C. 2371)» (TRIA § 201(d)(4)). L'Iran est désigné en tant qu'«Etat soutenant le terrorisme» conformément au paragraphe *j*) de l'article 6 de la loi de 1979 sur la gestion des exportations depuis le 19 janvier 1984 (Etats soutenant le terrorisme, département d'Etat des Etats-Unis, disponible à l'adresse suivante : <http://www.state.gov/j/ct/c14151.htm> (dernière consultation le 27 juillet 2012)). Le libellé très général de la TRIA — «[n]onobstant toute autre disposition de la loi, ... dans tous les cas où» — constitue un fondement sur la base duquel on peut se dispenser d'une analyse distincte de la qualité de «banque centrale» ; la loi sur l'assurance contre les risques associés au terrorisme prévaut en effet sur la disposition relative aux banques centrales de l'alinéa 2) du paragraphe *b*) de l'article 1611 du titre 28 du code des Etats-Unis.

## **C. La loi sur les pouvoirs économiques en cas d'urgence internationale et le décret présidentiel n° 13599**

En 1977, le Congrès a adopté la loi sur les pouvoirs économiques en cas d'urgence internationale (50 U.S.C. §§ 1701, 1702). Cette loi autorise le président à adopter des mesures de grande ampleur contre les opérations et les actifs financiers des entités dont il conclut qu'elles représentent une «menace inhabituelle et extraordinaire» contre la sécurité nationale des Etats-Unis (*ibid.*). Le 6 février 2012, le président Obama a, sur la base de l'autorité qui lui est reconnue par la loi sur les pouvoirs économiques en cas d'urgence internationale, promulgué le décret présidentiel n° 13599.

Le décret présidentiel n° 13599 dispose que :

«Tous les biens et droits afférents de l'Etat iranien, *y compris ceux de la banque centrale iranienne*, se trouvant actuellement ou à l'avenir sur le territoire des Etats-Unis ou en la possession ou à la disposition d'une personne américaine, *y compris toute filiale à l'étranger*, sont bloqués et ne peuvent faire l'objet d'aucun transfert, paiement, exportation, retrait ou autre opération.» (Décret présidentiel n° 13599, 77 Fed. Reg. 26 (6 février 2012) (les italiques sont de nous).)

Aux fins du décret présidentiel n° 13599, l'expression «Etat iranien» désigne «les subdivisions politiques, établissements et organismes de celui-ci, ... ainsi que toute [personne physique ou morale] détenue ou contrôlée par lui ou agissant pour son compte» (*ibid.*). Cette définition est similaire à celle édictée par le département fédéral du trésor :

«a) L'Etat et le Gouvernement iraniens, ainsi que leurs subdivisions politiques, établissements et organismes ; b) toute personne morale appartenant, directement ou indirectement, à l'un ou l'autre de ceux-ci, ou contrôlée de même par eux ; c) toute personne dans la mesure où elle agit, ou prétend agir, ou a agi, ou a prétendu agir, ou il y a lieu de croire qu'elle agit ou a agi, ou prétend, ou a prétendu, agir, directement ou indirectement, pour le compte de l'une ou l'autre des instances ou entités précédentes» (31 C.F.R. § 560.304).

Ainsi, par l'effet de ce décret, les actifs de la banque Markazi (qui est incontestablement la banque centrale d'Iran) ont été «bloqués» le 6 février 2012. Le «blocage» des actifs de la banque Markazi qui se trouvent aux Etats-Unis — et ici, dans le district sud de l'Etat de New York — a eu pour effet de les soumettre à des restrictions et d'empêcher tout transfert ou toute négociation de ces actifs. Les ordonnances de saisie obtenues précédemment avaient déjà soumis à des restrictions les actifs de la banque Markazi détenus sur des comptes chez Citibank. Maintenant, dans la mesure où UBAE prétend disposer d'un quelconque contrôle en relation avec ces actifs, UBAE relève simplement (ainsi qu'il ressort de l'analyse ci-après) de la disposition du décret présidentiel n° 13599 applicable aux personnes agissant «directement ou indirectement» pour le compte de l'Iran.

\*9 L'OFAC, qui relève du département du trésor des Etats-Unis, a conclu que le «décret présidentiel n° 13599 exige[ait] que les personnes américaines bloquent tout bien et droit réel afférent à un bien du Gouvernement de l'Iran, sauf exemption par ailleurs par l'OFAC» (questions fréquentes, département du trésor des Etats-Unis (ci-après les «questions fréquentes de l'OFAC»), disponibles à l'adresse suivante : <http://www.treasury.gov/resource-center/faqs/Sanctions/Pages/answer.aspx> (dernière consultation le 25 juillet 2012)) ; voir également l'article 501.603, paragraphe a), alinéa 1) du titre 31 du code de réglementation fédérale (31 C.F.R. § 501.603(a)(1)) («[t]oute personne ... détenant un bien bloqué conformément au présent chapitre doit le déclarer»). Selon la «fiche technique» de l'OFAC, «[e]ntre autres choses, le décret présidentiel [n° 13599] gèle la totalité des biens de la banque centrale d'Iran et de tous les autres établissements financiers iraniens, ainsi que tous les biens du gouvernement iranien [...]» (voir la réglementation de l'OFAC pour le monde de la finance, département du trésor des Etats-Unis, § V(A) (24 janvier 2012) ; fiche technique : mise en œuvre des sanctions contre l'Iran prévues par la loi sur le budget de la défense nationale, département du trésor des Etats-Unis ; disponible à l'adresse suivante : <http://www.treasury.gov/press-center/press-releases/Pages/tg1409.aspx> (dernière consultation le 25 juillet 2012)).

L'OFAC publie régulièrement une liste de «nationaux spécialement désignés et de personnes bloquées» (la «liste de nationaux spécialement désignés»). La liste de nationaux spécialement désignés aide le tribunal à déterminer quelles sont les entités dont il est connu que leurs comptes sont bloqués. Cette liste ne prétend toutefois pas être exhaustive ou exclusive. Elle ne saurait être utilisée comme référence unique pour conclure que les actifs d'une entité spécifique sont effectivement «bloqués» en application du décret présidentiel n° 13599. De manière générale, et par conséquent sous réserve d'une décision judiciaire en ce sens, le «décret présidentiel n° 13599 bloque les biens et les droits réels sur les biens de toute personne physique ou entité relevant de sa définition de l'expression «Gouvernement iranien», indépendamment du fait que cette personne ou entité figure sur la liste de nationaux spécialement désignés» (questions fréquentes de l'OFAC). Le Gouvernement iranien et la banque Markazi figurent sur la liste de nationaux spécialement désignés. Ce n'est pas le cas de Clearstream et d'UBAE.

La liste de nationaux spécialement désignés est mise à jour chaque fois que des personnes physiques, des entités ou le trésor déclarent des actifs appartenant à l'Iran. Selon l'OFAC, «le décret

présidentiel n° 13599 exige que les personnes américaines bloquent tous biens et droits afférents de l'Etat iranien, sauf exemption par ailleurs par l'OFAC» (voir l'article 501.603, paragraphe a), alinéa 1) du titre 31 du code de réglementation fédérale («[t]oute personne détentrice d'un bien bloqué en vertu du présent chapitre doit le déclarer»). S'acquittant de ses obligations de déclaration à l'OFAC, Citibank a déclaré au trésor des Etats-Unis en février 2012, soit quatre ans après le transfert «sans paiement» des obligations à UBAE, le compte qu'elle tenait pour Clearstream pour les obligations de la banque Markazi.

#### **D. La loi la plus récente : l'article 8772 du titre 22 du code des Etats-Unis**

Le loi sur la réduction de la menace iranienne et les droits de l'homme en Syrie (la «loi de 2012») est entrée en vigueur le 10 août 2012 (22 U.S.C. § 8701 et suiv.). Elle ne supprime aucune des autorités et des bases prévues par la FSIA ou la TRIA qui permettent de bloquer certains actifs ou de les soumettre à des mesures d'exécution. Elle prévoit néanmoins une base distincte et additionnelle d'exécution sur des actifs aux fins de l'exécution d'un jugement. L'article 502 de la loi de 2012 (22 U.S.C. § 8772) dispose ce qui suit :

«a) Intérêts dans des actifs bloqués

##### 1) Règle générale

\*10 Sous réserve du paragraphe 2), nonobstant toute autre disposition de la loi, notamment en ce qui a trait à l'immunité des Etats étrangers, et par dérogation à toute disposition incompatible de la législation des différents Etats de l'Union, tout actif financier qui, à la fois :

- A) est détenu aux Etats-Unis pour un intermédiaire en valeurs mobilières étranger exerçant une activité aux Etats-Unis ;
- B) est un actif bloqué (qu'il soit ou non débloqué par la suite) visé au paragraphe b) ; et qui
- C) est égal en valeur à un actif financier de l'Iran, *y compris un actif de la banque centrale, d'une autre autorité monétaire de l'Etat iranien ou d'un établissement ou organisme de celui-ci*, que ledit intermédiaire en valeurs mobilières étranger ou un intermédiaire affilié détient à l'étranger peut faire l'objet d'une saisie conservatoire ou de mesures d'exécution aux fins de l'exécution de tout jugement, à concurrence des dommages-intérêts compensatoires adjugés contre l'Iran à raison de tout préjudice corporel ou décès...

##### 2) Vérifications à faire par le tribunal

Afin de garantir le paiement par l'Iran des dommages intérêts adjugés par les décisions de justice visées à l'alinéa 1) et d'atteindre l'objectif plus général de sanction de l'Iran poursuivi par la présente loi, *le tribunal*, avant de placer un actif sous main de justice ... *vérifie* [*détermine*»] que l'Iran détient un titre de propriété légal ou un droit en qualité de bénéficiaire effectif sur les actifs visés au paragraphe b) et qu'aucune autre personne ne possède un droit protégé par le cinquième amendement de la Constitution des Etats Unis sur ces mêmes actifs. Si le tribunal conclut qu'une personne autre que l'Iran détient :

- A) un titre de propriété légal ou un droit en qualité de bénéficiaire effectif sur les actifs visés au paragraphe b) ... ; ou
- B) un droit protégé par la Constitution sur les actifs visés au paragraphe b),

lesdits actifs ne pourront faire l'objet de mesures d'exécution ou d'une saisie conservatoire que dans la mesure où l'Iran détient sur eux un droit de propriété ou un droit en qualité de bénéficiaire effectif [...]

b) Actifs financiers visés

Sont visés par le présent article les 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'Etat de New York et mis sous main de justice à l'initiative des demandeurs en l'espèce ...

.....

3) Actif financier ; intermédiaire en titres

.....

Le terme «Iran» s'entend de l'Etat iranien, y compris la banque centrale ou autre autorité monétaire et tout établissement ou organisme de celui-ci.» (22 U.S.C. § 8772) (les italiques sont de nous).

Comme cette loi fait spécifiquement référence à la présente action, son interprétation est affaire de première impression.

A première vue, le texte balaie la disposition de la FSIA prévoyant une immunité des banques centrales (28 U.S.C. § 1611(b)(1)) ; il élimine également tout autre obstacle susceptible d'exister par ailleurs dans le droit fédéral ou d'Etat, pour autant que les conclusions adéquates soient tirées par le juge (22 U.S.C. § 8772(a)(2)). Si UBAE n'est qu'un établissement qui agit, directement ou indirectement, pour le compte de l'Iran, la loi de 2012 dispose que les actifs qu'elle détient pour l'Iran peuvent faire l'objet de mesures d'exécution si les conditions sont remplies ; la loi de 2012 crée donc une base distincte de celles prévues par la FSIA et la TRIA sur laquelle asseoir des mesures d'exécution.

### III. REQUÊTES DES PARTIES DÉFENDERESSES AUX FINS DE REJET DES DEMANDES

\*11 Chacune des parties défenderesses — Clearstream, UBAE et la banque Markazi — a déposé une requête distincte aux fins de rejet.

#### A. Requêtes d'UBAE et de Clearstream aux fins de rejet des demandes

Clearstream et UBAE ont présenté des requêtes conformément à l'article 12, paragraphe b), alinéa 2), des règles fédérales de procédure civile (Fed. R. Civ. P. 12(b)(2)) pour que soient rejetées toutes les demandes les visant pour défaut de compétence *ratione personae*. Il n'est pas contesté que chacune d'elles est une partie défenderesse n'ayant pas la qualité de résidente. Clearstream et UBAE soutiennent l'une comme l'autre qu'elles sont basées en Europe et qu'elles ne sont pas présentes à New York.

#### i) Règles de détermination de la compétence *ratione personae*

Il incombe aux parties demanderesses d'établir la compétence *ratione personae* à l'égard de chaque partie défenderesse (voir *MacDermid Inc., v. Deiter*, 702 F.3d 725, 727-28 (deuxième circuit, 2012) (citant *Seetransport Wiking Trader Schiffahrtsgesellschaft MBH & Co., Kommanditgesellschaft v. Navimpex Centrala Navala*, 989 F.2d 572, 580 (deuxième circuit, 1993))).

La compétence est appréciée au moment où les parties demandereses ont intenté l'action (voir les conclusions de Banca UBAE à l'appui de sa requête aux fins de rejet, les «conclusions d'UBAE à l'appui de sa requête aux fins de rejet»), paragraphe 3) (voir *Klinghoffer v. S.N.C. Achille Lauro*, 937 F.2d 44, 52 (deuxième circuit, 1991)). Avant la phase processuelle, lorsqu'une requête aux fins de rejet pour défaut de compétence personnelle repose sur des déclarations en qualité de témoin et d'autres pièces écrites, une partie demanderesse doit simplement démontrer qu'à première vue sa requête paraît fondée (voir *MacDermid*, 703 F.3d, paragraphe 727). Le tribunal est tenu de considérer comme vraies les allégations contenues dans la demande dans la mesure où elles ne sont pas contestées par les déclarations des parties défenderesses (*ibid.*).

Pour que le tribunal soit compétent *ratione personae*, cette compétence doit avoir une assise légale et être compatible avec la clause d'équité de la procédure du cinquième amendement (voir l'article 4, paragraphe *k*), des règles fédérales de procédure civile (Fed. R. Civ. P. 4(k)) ; *Chloe v. Queen Bee of Beverly Hills, LLC*, 616 F.3d 158, 163-65 (deuxième circuit, 2010) ; *Grand Rivers Enters. Six Nations, Ltd. v. Pryor*, 425 F.3d 158, 165 (deuxième circuit, 2005)).

## ii) Discussion

Les parties demandereses soutiennent que l'article 4, paragraphe *k*), alinéa 1), sous-alinéa A), des règles fédérales de procédure civile (Fed. R. Civ. P. 4(k)(1)(A)) — qui permet au tribunal de céans d'exercer une compétence personnelle dans la limite des lois en vigueur de l'Etat de New York — constitue la base de la compétence personnelle. Le tribunal est d'accord avec cette appréciation, mais considère qu'il existe deux assises supplémentaires à sa compétence *ratione personae* : premièrement, il dispose d'une compétence générale en relation avec Clearstream en vertu de l'article 4, paragraphe *k*), alinéa 1), sous-alinéa A). Deuxièmement, si la compétence n'est pas adéquate en vertu de la loi de l'Etat de New York sur la compétence étendue, l'article 4, paragraphe *k*), alinéa 2), des règles fédérales de procédure civile (Fed. R. Civ. P. 4(k)(2)) offre une base subsidiaire de compétence personnelle à l'égard d'UBAE.

S'agissant de l'article 4, paragraphe *k*), alinéa 1), sous-alinéa A), des règles fédérales de procédure civile (Fed. R. Civ. P. 4(k)(1)(A)) — qui est la seule base de compétence invoquée par les demandereses —, le tribunal doit déterminer si, en vertu des lois pertinentes de l'Etat de New York, il dispose d'une compétence personnelle générale ou spécifique.

### a) *Compétence générale fondée sur l'article 301 des lois et règlements de l'Etat de New York en matière civile (C.P.L.R. § 301)*

Selon l'article 301 des lois et règlements de l'Etat de New York en matière civile (N.Y. C.P.L.R. § 301), «la compétence générale est établie lorsqu'il est démontré que la partie défenderesse a exercé une activité continue, permanente et importante à New York» (voir, par exemple, *United Mobile Technologies, LLC v. Pegaso PCS, S.A. de C.V.*, 11-2813-CV, 2013 WL 335965 (deuxième circuit, Jan. 30, 2013)). Pour la compétence générale sur une personne morale étrangère, il est nécessaire de démontrer que celle-ci «exerce une activité» à New York, «non de manière occasionnelle ou ponctuelle, mais relativement permanente et continue» (voir, par exemple, *Gallelli v. Crown Imports, LLC*, 701 F.Supp.2d 263, 271 (E.D.N.Y.2010) (citant *Hoffritz for Cutlery, Inc. v. Amajac, Ltd.*, 763 F.2d 55, 58 (deuxième circuit, 1985))). Il n'est pas nécessaire que la demande pour laquelle les parties demandereses souhaitent que le tribunal se reconnaisse compétent *ratione personae* à l'égard des parties défenderesses se rapporte à l'activité entraînant la compétence générale (voir *Hoffritz for Cutlery*, 763 F.2d, paragraphe 58).

\*12 Pour déterminer si une personne morale défenderesse «exerce son activité» à New York, les tribunaux s'intéressent à des facteurs tels que «l'existence d'un bureau à New York ; le

démarchage de clientèle dans l'Etat ; l'existence de comptes bancaires et d'autres biens dans l'Etat ; ainsi que la présence d'employés de la partie défenderesse étrangère dans l'Etat» (voir *ibid.*).

**b) Compétence spécifique en vertu de l'article 302, paragraphe a), alinéa 1) des lois et règlements de l'Etat de New York en matière civile**

Même en l'absence de la présence systématique requise pour qu'il y ait compétence fondée sur l'«exercice d'une activité», une partie demanderesse peut, à bon escient, alléguer l'existence d'une compétence spécifique fondée sur la «réalisation d'opérations» à New York, c'est-à-dire sur le fait que la partie défenderesse elle-même, «ou par l'entremise d'un agent ... effectue une quelconque opération dans l'Etat, pour autant que la «cause d'action» de la partie défenderesse «provien[ne]» de cette «opération»» (voir *Licci ex rel. Licci v. Lebanese Canadian Bank, SAL* (ci-après «*Licci I*»), 673 F.3d 50, 60 (deuxième circuit, 2012) ; *Best Van Lines, Inc. v. Walker*, 490 F.3d 239, 240 (deuxième circuit, 2007)).

Pour établir qu'une entité ou son agent a effectué des opérations à New York, une partie demanderesse doit démontrer qu'une partie défenderesse s'est prévalu à dessein du privilège que constitue l'exercice d'une activité à New York (*Licci*, 673 F.3d, paragraphe 61). L'interrogation centrale porte sur la «qualité» des contacts de la partie défenderesse à New York, c'est-à-dire sur le fait de savoir si les contacts sont indicatifs d'une intention de se prévaloir des avantages et privilèges du droit de l'Etat de New York (*ibid.* ; voir également *Deutsche Bank Securities, Inc. v. Montana Board of Investments.*, 7 N.Y.3d 65, 72 (2006) ; voir également *Burger King Corp. v. Rudzewicz*, 471 U.S. 462, 472 (1985)).

Il est peut-être paradoxal, bien qu'il s'agisse là d'un principe solidement établi, que pour démontrer qu'une partie défenderesse a «effectué des opérations» dans l'Etat de New York, il n'est pas nécessaire qu'elle ou son agent soit entré physiquement sur le territoire de l'Etat de New York ; la question consiste à savoir si la partie défenderesse ou son agent ont pris part intentionnellement à des activités à New York (voir *Best Van Lines*, 490 F.3d, paragraphe 249).

La détermination du recours intentionnel requiert donc une enquête factuelle : un appel téléphonique unique pour passer, à New York, une seule commande destinée à être expédiée dans un autre Etat, ou la présence transitoire d'un représentant de l'entreprise peuvent ne pas suffire dans certaines circonstances (*Licci I*, 673 F.3d, paragraphe 62). Pourtant, dans une autre affaire, *Deutsche Bank*, le tribunal a conclu qu'un investisseur sophistiqué qui pouvait se servir d'appareils électroniques pour «entrer» à New York pour conclure une transaction importante, satisfaisait au critère de la «réalisation d'opérations» (7 NY.3d, paragraphe 72).

Un tribunal est ainsi dans l'obligation de prendre en compte l'ensemble des circonstances (voir *Licci I*, 673 F.3d, paragraphe 62). La récente opinion du deuxième circuit dans l'affaire *Licci I* ne manque pas d'enseignements à cet égard. Dans l'affaire *Licci I*, le deuxième circuit a saisi la cour d'appel de New York de la question de savoir si le fait qu'une partie défenderesse ait un correspondant bancaire et y recoure fréquemment (pour procéder à des virements internationaux) répondait aux exigences de la loi de l'Etat de New York sur la compétence étendue (*ibid.*, paragraphe 66). La cour d'appel de New York a jugé qu'au vu des circonstances de l'espèce tel était bien le cas.

\*13 La question posée par le deuxième circuit avait trait à l'examen d'affaires dans lesquelles la compétence personnelle reposait sur le recours à un correspondant bancaire. La cour a conclu que, dans certains cas, la simple existence d'un correspondant bancaire pourrait être insuffisante pour conférer une compétence (*ibid.*, paragraphes 63 et 64), alors que dans d'autres, le recours à un correspondant bancaire pourrait être suffisant (*ibid.*).

Par exemple, dans l'affaire *Amigo Foods Corp. v. Marine Midland-Bank-N.Y.*, 39 N.Y.2d 391, 394 (1976), une banque qui n'était pas implantée dans l'Etat avait passé des lettres de crédit par le biais d'un correspondant bancaire à New York. Si la chambre d'appel a initialement écarté cette utilisation, la considérant comme insuffisante pour satisfaire aux exigences de la loi de l'Etat de New York sur la compétence étendue, la cour d'appel a infirmé sa décision et renvoyé l'affaire devant la juridiction de jugement pour une procédure de communication d'éléments de preuve sous supervision judiciaire (*ibid.*, paragraphe 396). La cour d'appel est convenue que le simple fait qu'existe un correspondant bancaire n'était pas, en soi, suffisant pour conférer compétence, mais elle a autorisé une procédure de communication d'élément de preuve visant à découvrir s'il existait d'autres faits révélateurs d'un usage suffisant du compte de correspondant bancaire pour établir ladite compétence (*ibid.*).

Dans une affaire ultérieure, la cour d'appel a jugé que le recours à un correspondant bancaire en liaison avec des transactions sur titres ne suffisait pas pour que les exigences de l'article 302, paragraphe a), alinéa 1) des lois et règlements de l'Etat de New York en matière civile soient remplies (voir *Ehrlich-Bober & Co. v. Univ. of Houston*, 49 N.Y.2d 574, 577, 580-82 (1980)).

De manière similaire, la cour d'appel a confirmé l'exercice de la compétence personnelle à l'égard d'une banque russe qui maintenait et utilisait un compte de correspondant bancaire au moyen duquel elle avait pris part, avec la partie demanderesse, à des opérations d'option sur devise (voir *Indosuez International Finance B.V. v. National Reserve Bank*, 98 N.Y.2d 238, 247 (2002)).

En outre, le deuxième circuit a souligné, dans sa décision *Banco Ambrosiano v. Artoc Bank & Trust* (62 N.Y.2d 65, 72 (1984)), que l'emploi du compte de correspondant pour effectuer les transactions en cause dans le procès était suffisant pour satisfaire aux exigences en matière de garanties d'une procédure régulière dans le cas d'une action *quasi in rem* (*Licci I*, 673 F.3d, paragraphe 64). (La décision dans cette affaire reposait sur des considérations d'équité de la procédure ; le deuxième circuit a cependant conclu qu'il s'agissait là d'un aspect pertinent dans la mesure où les recherches d'informations légales et constitutionnelles étaient devenues entremêlées dans l'Etat de New York (*ibid.*, paragraphe 64 ; citant *Best Van Lines*, 490 F.3d, paragraphe 242).)

Dissipant toute ambiguïté dans ces affaires, la cour d'appel a répondu par l'affirmative à la «question certifiée» du deuxième circuit : le fait qu'une partie défenderesse maintienne un compte de correspondant à New York et qu'elle l'utilise fréquemment peut être suffisant pour conférer une compétence fondée sur la «réalisation d'opérations» conformément à l'article 302, paragraphe a), alinéa 1) des lois et règlements de l'Etat de New York en matière civile (voir *Licci v. Lebanese Canadian Bank, SAL* (ci-après «*Licci II*»), 2012 WL 5844997 (N.Y. 20 novembre 2012)).

Les faits dans l'affaire *Licci II* présentent un certain nombre de similitudes avec ceux dont est saisi le tribunal en l'espèce, au point qu'il vaut la peine de les rappeler ici avec une certaine précision. Dans l'affaire *Licci II*, les parties demanderesses étaient plusieurs dizaines de citoyens américains, canadiens et israéliens qui avaient été blessés, ou dont des membres de la famille avaient été blessés ou tués, lors d'attaques au moyen de roquettes supposément lancées par le Hezbollah en 2006 (*ibid.*, page \*1). Le Hezbollah avait été déclaré organisation terroriste par le département d'Etat des Etats-Unis (*ibid.*). Les parties demanderesses ont intenté un procès dans le district sud de l'Etat de New York contre la Lebanese Canadian Bank, SAL («LCB»), en alléguant que celle-ci avait aidé le Hezbollah à commettre des actes de terrorisme en facilitant certaines transactions financières. LCB n'exploitait ni succursales ni bureaux à New York, et n'y employait pas non plus de salariés. Son unique «point de contact aux Etats-Unis était un compte de correspondant bancaire auprès d'AmEx à New York» (*ibid.*, page \*2). La demande alléguait que LCB utilisait ce compte de correspondant bancaire pour transférer des fonds ayant notamment permis les attaques qui avaient tué ou blessé les parties demanderesses ou les membres de leur famille (*ibid.*).

\*14 Dans son analyse, la cour d'appel a reconnu qu'une enquête portant sur la question de savoir si le maintien et l'utilisation d'un correspondant bancaire pouvaient servir de base à la

compétence *ratione personae* devait nécessairement interroger les faits de l'espèce (*ibid.*, page \*3). *In fine*, elle a conclu que les «demandes alléguant qu'une banque étrangère a[vait] utilisé de manière répétée un compte de correspondant à New York pour le compte d'un client — ce qui constitu[ait] de fait une «relation d'affaires» ... mettaient en évidence un recours intentionnel au système bancaire fiable et transparent de l'Etat de New York, au dollar en tant que devise stable et fongible et au droit en matière de compétence et commerciale des Etats-Unis en raison de sa prévisibilité» (*ibid.*, page \*3). La cour a, en outre, conclu qu'une certaine connexité devait exister entre le recours au correspondant bancaire et la demande en cause, c'est-à-dire que la demande ne pouvait être «complètement dissociée» de la transaction effectuée au moyen du compte de correspondant. Dans cette affaire, la demande alléguait que LCB avait utilisé le compte de correspondant de manière répétée pour soutenir une organisation terroriste (*ibid.*, page \*4).

En droit de l'Etat de New York, par conséquent, le fait qu'une banque étrangère maintienne et utilise un compte de correspondant à New York peut contribuer à établir la compétence personnelle, au moins lorsque les opérations effectuées signalent un recours intentionnel au système bancaire new-yorkais et que ces opérations se rapportent à la demande en cause.

**c) *Compétence légale en vertu de l'article 4, paragraphe k), alinéa 2), des règles fédérales de procédure civile (Fed. R. Civ. P. 4(k)(2))***

Même si une compétence *ratione personae* en vertu des lois et règlements de l'Etat de New York en matière civile n'est pas adéquate, cela ne signifie pas qu'une entité qui n'y est pas domiciliée échappe nécessairement à la compétence du tribunal. En présumant, pour les besoins de la démonstration, qu'il n'existe pas de compétence fondée sur les lois et règlements de l'Etat de New York en matière civile, dans la mesure où des questions fédérales sont en cause — et les parties demanderesse ont fait valoir de telles questions en l'instance —, le tribunal peut toujours exercer une compétence personnelle en vertu de la loi sur la compétence personnelle en relation avec les questions fédérales (Fed. R. Civ. P. 4(k)(2)).

L'article 4, paragraphe *k)*, alinéa 2), des règles fédérales de procédure civile (Fed. R. Civ. P. 4(k)(2)) soumet une partie défenderesse à la compétence *ratione materiae* du tribunal lorsque la partie demanderesse démontre que 1) la demande repose sur le droit fédéral ; 2) la partie défenderesse ne «relève de la compétence [d'aucune] juridiction d'Etat à compétence plénière» ; et que 3) l'exercice de la compétence est «conforme à la Constitution et aux lois des Etats-Unis» (par exemple, il offre les garanties d'une procédure régulière ; voir *Porina v. Marward Shipping Co., Ltd.*, 521 F.3d 122, 127 (deuxième circuit, 2008)).

Comme dans le cas de la compétence fondée sur l'article 4, paragraphe *k)*, alinéa 1), sous-alinéa A), des règles fédérales de procédure civile (Fed. R. Civ. P. 4(k)(1)(A)), la partie demanderesse a seulement besoin, pour que soit rejetée une requête reposant sur l'article 12, paragraphe *b)*, alinéa 2), des règles fédérales de procédure civile (Fed. R. Civ. P. 12(b)(2)), de faire la démonstration à première vue du bien-fondé de la compétence reposant sur l'article 4, paragraphe *k)*, alinéa 2), des règles fédérales de procédure civile (Fed. R. Civ. P. 4(k)(2)) (voir, par exemple, *Catlin Ins. Co. (UK) Ltd. v. Bermuth Lines Ltd.*, 12-1773-CV, 2013 WL 406273 (deuxième circuit, 4 février 2013) (énonçant le critère d'établissement de compétence à première vue dans le contexte d'une analyse reposant sur l'article 4, paragraphe *k)*, alinéa 2)).

**d) *Analyse de la garantie d'une procédure régulière***

Si le tribunal conclut que la compétence légale est adéquate en vertu soit de l'article 4, paragraphe *k)*, alinéa 1), soit de l'article 4, paragraphe *k)*, alinéa 2), il doit pour finir se demander si cette compétence est conforme à la garantie d'une procédure régulière.

## 1) Contacts minimaux

Pour ce faire, le tribunal commence par demander s'il existe des contacts minimaux suffisants entre la partie défenderesse n'ayant pas la qualité de résidente et soit New York (en vertu de l'article 4, paragraphe *k*), alinéa 1)), soit les Etats-Unis en général (en vertu de l'article 4, paragraphe *k*), alinéa 2)), de sorte que la tenue du procès ne soit pas contraire aux notions traditionnelles de justice et d'équité (*International Shoe Co. v. Washington*, 326 U.S. 310, 316 (1945) ; *Worldwide Volkswagen Corp. v. Woodson*, 444 U.S. 286, 291 (1980)).

\*15 Les contacts minimaux requis par les textes de l'Etat de New York en matière de compétence (articles 301 et 302 des lois et règlements de l'Etat de New York en matière civile) sont nécessairement conformes à la clause de garantie d'une procédure régulière puisque le droit de l'Etat de New York est plus rigoureux en matière de démonstration de l'existence de contacts minimaux que ne l'est la clause de garantie d'une procédure régulière seule (voir *Licci I*, 673 F.3d, paragraphes 60 et 61 («[L]a loi de l'Etat de New York sur la compétence étendue ne va pas, à tous égards, jusqu'au périmètre constitutionnel fixé par la jurisprudence *International Shoe*»)). Ainsi l'analyse de «recours intentionnel» concernant une compétence spécifique en vertu de l'article 302, paragraphe *a*), des lois et règlements de l'Etat de New York en matière civile répond-elle aux critères d'une analyse de recours intentionnel similaire dans le cadre de la clause de garantie d'une procédure régulière (voir *Burger King Corp.*, 471 U.S., paragraphe 472 (énonçant la norme de recours intentionnel dans le contexte de la clause de garantie d'une procédure régulière)).

Au contraire, le critère des «contacts minimaux» en matière de compétence personnelle concernant une question relevant du droit fédéral en vertu de l'article 4, paragraphe *k*), alinéa 2), est centré sur le fait de savoir si la partie défenderesse «a les contacts agrégés requis avec les Etats-Unis» dans leur ensemble (*Eskofot A/S v. E.I. Du Pont De Nemours & Co.*, 872 F.Supp. 81, 87 (district sud de l'Etat de New York, 1995)). Le deuxième circuit a estimé que cette condition d'existence de contacts pouvait être remplie «1) en effectuant une opération aux Etats-Unis ; 2) en accomplissant une action aux Etats-Unis ; ou 3) par l'effet aux Etats-Unis d'un acte accompli ailleurs» (voir *ibid.*, paragraphe 87 (citant *Leasco Data Processing Equipment Corp. v. Maxwell*, 468 F.2d 1326, 1340 (deuxième circuit, 1972))).

## 2) Facteurs de détermination du caractère raisonnable

Enfin, si les contacts minimaux de la partie défenderesse sont suffisants, le tribunal doit déterminer si l'exercice d'une compétence personnelle sur celle-ci est raisonnable (*Chloe*, 616 F.3d, paragraphes 172-173 ; *MacDermid*, 702 F.3d., paragraphes 730-731). La Cour suprême a énoncé cinq facteurs que doit prendre en compte le tribunal pour déterminer si l'exercice d'une compétence *ratione personae* est raisonnable :

- 1) la charge que cela représente pour la partie défenderesse ;
- 2) les intérêts de l'Etat du for ;
- 3) l'intérêt des parties demanderesses à obtenir réparation ;
- 4) l'intérêt du système judiciaire interétatique à parvenir au règlement des différends le plus efficace ; et
- 5) l'intérêt commun des Etats concernés en matière d'encouragement de politiques sociales.

(*Asahi Metal Indus. Co. v. Superior Court*, 480 U.S. 102, 113-114 (1987) ; *Chloe*, 616 F.3d, 172-173).

Le simple fait qu'une partie défenderesse soit étrangère et qu'elle devrait effectuer un voyage pour se rendre à New York n'est pas suffisant pour exclure le caractère raisonnable de la compétence (voir *MacDermid*, 702 F.3d, 730-731 (concluant que le fait que la partie défenderesse soit canadienne ne prévalait pas sur l'existence de contacts minimaux ; le fait que la partie défenderesse ait accédé à un serveur informatique situé dans l'Etat de New York depuis un lieu hors de l'Etat suffisait à remplir la condition de contacts minimaux) ; *Kernan v. Kurz-Hastings, Inc.*, 175 F.3d 236, 244 (deuxième circuit, 1999) (concluant que la charge résultant, pour une partie défenderesse japonaise, de la nécessité de se défendre dans un procès ayant lieu aux Etats-Unis ne prévalait pas sur l'existence de contacts minimaux — en particulier au vu des commodités du voyage et des modes de communication modernes)).

#### e) *Compétence razione personae à l'égard d'UBAE*

\*16 UBAE soutient que les parties demanderesses ne sont pas en mesure de démontrer à première vue que le tribunal dispose d'une compétence personnelle. Le tribunal n'est pas d'accord. Les parties demanderesses ont allégué des éléments de fait suffisants qui, lorsqu'ils sont analysés par rapport au cadre juridique ci-dessus, ne laissent aucun doute quant à l'existence d'une compétence spécifique à l'égard d'UBAE conformément à l'article 302, paragraphe a), alinéa 1) des lois et règlements de l'Etat de New York en matière civile ou, de manière subsidiaire, de la compétence en vertu de la disposition relative à la question fédérale (l'article 4, paragraphe k), alinéa 2)).

##### 1) *Compétence spécifique*

Les parties demanderesses fondent la compétence personnelle à l'égard d'UBAE sur la loi de l'Etat de New York sur la compétence étendue (C.P.L.R. § 302). Elles allèguent que la compétence est bien fondée en vertu non seulement de la disposition relative aux «opérations effectuées» (§ 302(a)(1)), mais aussi des dispositions en matière de compétence *ratione personae* sur la base des faits illicites commis dans l'Etat de New York (C.P.L.R. § 302(a)(2)) et en dehors de celui-ci (C.P.L.R. § 302(a)(3)(ii)). Point n'est besoin pour le tribunal d'examiner la compétence spécifique sur la base des faits illicites, les parties demanderesse ayant démontré à première vue l'existence d'une compétence reposant sur les «opérations effectuées».

Si les parties ne sont pas d'accord sur les modalités et les raisons de la structuration et de la conduite de certaines transactions se rapportant aux obligations, les concessions d'UBAE sur les faits contenues dans la déclaration de Matranga (ECF n° 95) et les éléments présentés dans la déclaration de Vogel en opposition à la requête d'UBAE fondée sur l'article 12, paragraphe b), alinéa 2) (ECF n° 323) suffisent à satisfaire la condition relative aux «opérations effectuées» à New York.

UBAE reconnaît qu'une série d'actes ont été accomplis concernant les obligations de la banque Markazi, mais soutient qu'ils ont été accomplis ailleurs qu'aux Etats-Unis, et qu'en outre elle ne dispose pas de la moindre présence aux Etats-Unis (voir déclaration de Matranga, paragraphe 3 («UBAE ne faisait pas de publicité, ne démarchait pas de clients et ne commercialisait pas ses services, que ce soit à New York ou ailleurs aux Etats-Unis»)). A cet égard, UBAE affirme s'être conformée à la directive de la banque Markazi, qui était de vendre deux des titres obligataires de celle-ci dont la valeur nominale combinée était de 250 millions de dollars (déclaration en réponse de Matranga, paragraphe 7). Bien que ces titres fussent détenus matériellement à New York, UBAE devait opérer exclusivement à partir du Luxembourg pour acquérir les 250 millions de dollars de titres auprès de la banque Markazi et négocier pour eux un prix plus élevé sur le marché libre (*ibid.*, paragraphe 8). Elle encaisserait alors la différence entre les deux à titre de rémunération (*ibid.*).

Si la manière dont l'opération a été organisée a permis d'éviter que des collaborateurs d'UBAE soient dépêchés à New York, UBAE ignore le fait essentiel que les obligations se trouvaient matériellement à New York au moment de la vente ; de sorte que, par définition, UBAE a pris part à

des opérations de vente d'obligations situées matériellement à New York. Les parties demanderessees présentent en outre des éléments de preuve tirés des documents de vente même d'UBAE qui indiquent qu'UBAE a distribué le produit de cette vente et les intérêts provenant des obligations de la banque Markazi au moyen de son compte de correspondant auprès de HSBC à New York (voir la déclaration de Liviu Vogel dans l'opposition à la requête aux fins de rejet d'UBAE («déclaration de Vogel à l'appui de la requête aux fins de rejet d'UBAE»), pièces C-F.)

Ces modalités d'opération passant par New York suffisent à constituer des «opérations effectuées» au sens de l'article 302 (N.Y. C.P.L.R. § 302(a)(1)). Le fait qu'UBAE ait pu prendre à l'extérieur des Etats-Unis toutes les dispositions voulues pour vendre ces obligations ne saurait masquer le fait que le transfert matériel à New York desdites obligations et de leurs produits a été effectué à New York. UBAE a utilisé son compte de correspondant pour traiter le produit de la vente parce qu'il lui apportait la stabilité et la sécurité qu'offre le droit bancaire de l'Etat de New York — ce qui constitue un recours intentionnel analogue à celui évoqué dans la jurisprudence *Licci II*.

\*17 Enfin, UBAE soutient que, puisqu'elle n'a eu connaissance du jugement obtenu par les parties demanderessees qu'en juin 2008, il ne saurait exister de lien de causalité entre ses actions du mois de mars 2008 et une tentative de se dérober à cette décision. Cet argument ne saurait, non plus, être accueilli. La loi de l'Etat de New York sur la compétence étendue dispose que le comportement emportant compétence du tribunal peut être celui de l'entité comme celui de son agent. Voir, par exemple, *Kreutter v. McFadden Oil Corp.*, 71 N.Y. 2d 460, 467 (N.Y.1988) (jugeant bien fondée la compétence en vertu de l'article 301, paragraphe a), alinéa 1) des lois et règlements de l'Etat de New York en matière civile dans une affaire où la société en cause n'était jamais entrée dans l'Etat de New York, mais où son agent a pris part à des «activités intentionnelles dans cet Etat en relation avec sa transaction au profit [de la société en cause], celle-ci en étant informée et ayant donné son accord ... et exerçant un certain contrôle sur [l'agent]»).

Même si UBAE elle-même n'a pas effectué d'opération à New York, il est incontestable que ses agents l'ont fait. Les parties demanderessees ont suffisamment allégué, et les faits tels qu'ils ressortent du dossier en attestent, que la banque Markazi et Clearstream avaient connaissance des jugements lorsqu'il a été fait appel à UBAE pour ouvrir un compte et procéder à une opération de vente pour la banque Markazi. (Deuxième demande modifiée, §§ 13, 15, 24, 37, 41.) Le fait qu'UBAE ait reconnu que Clearstream agissait en son nom aux Etats-Unis, ainsi que ses déclarations plus récentes en opposition à la requête des parties demanderessees pour que soit rendu un jugement partiel selon une procédure de référé<sup>5</sup>, suffisent à confirmer un rapport d'agence (voir la déclaration en réponse de Matranga, paragraphes 8-10).

## **2) Compétence en vertu de l'article 4, paragraphe k), alinéa 2)**

En soutenant qu'elle ne dispose d'aucune présence aux Etats-Unis et qu'elle n'a pris part à aucune opération à New York qui serait suffisamment liée au différend en l'instance pour donner lieu à une compétence fondée sur les «opérations effectuées», UBAE a toutefois posé le prédicat nécessaire à l'établissement d'une compétence *ratione personae* reposant sur l'article 4, paragraphe k), alinéa 2) des règles fédérales de procédure civile (Fed. R. Civ. P. 4(k)(2)). Il n'est pas contesté que cette affaire soulève des questions qui relèvent du droit fédéral ; l'exécution des jugements obtenus par les parties demanderessees est régie par les textes fédéraux que sont la FSIA, la TRIA, le décret présidentiel n° 13599 et l'article 8772 du titre 22 du code des Etats-Unis.

---

<sup>5</sup> Dans son mémoire en opposition à la demande de jugement selon une procédure de référé, UBAE reconnaît à la fois qu'elle «n'a pas fait valoir d'intérêt reconnu légalement en relation avec les obligations soumises à restriction» et qu'«UBAE n'est pas en «possession» ou n'a pas la «garde» d'aucune des obligations soumises à restriction» (mémoire d'UBAE en opposition à la demande de jugement selon une procédure de référé, paragraphe 2.)

L'article 4, paragraphe *k*), alinéa 2), s'applique précisément à de telles situations<sup>6</sup>. UBAE soutient avec la dernière vigueur ne pas disposer d'une présence aux Etats-Unis qui aurait pour effet de la soumettre à une compétence personnelle générale dans un quelconque Etat (voir la déclaration de Matranga, paragraphe 4). Du moment que l'exercice de la compétence à l'égard d'UBAE où que ce soit aux Etats-Unis est conforme à la garantie d'une procédure régulière, la compétence *ratione personae* du tribunal de céans est établie (Fed. R. Civ. P. 4(k)(2)).

### 3) Analyse de la garantie d'une procédure régulière

En effet, en vertu de la loi de l'Etat de New York sur la compétence étendue — et par conséquent de la clause de garanties de procédure régulière elle-même —, il existe des contacts minimaux suffisants (au regard de la jurisprudence *International Shoe* et de ses épigones) entre New York/les Etats-Unis et UBAE pour que le tribunal se reconnaisse compétent, et il serait indubitablement raisonnable qu'il le fit.

Premièrement, UBAE elle-même a admis utiliser quotidiennement les services de son correspondant bancaire pour gérer ses avoirs en dollars (voir la déclaration de Matranga, paragraphes 5-6). En outre, ses opérations concernant les obligations étaient orientées vers New York, et il a fallu des transferts entre plusieurs établissements financiers pour les effectuer (avec par exemple la FBNY, la DTC, Citibank et JP Morgan Chase, pour n'en nommer que quelques-uns, dont même UBAE ne saurait prétendre qu'ils n'ont pas été impliqués).

\*18 Les facteurs de détermination du «caractère raisonnable» prévus dans la jurisprudence *Asahi* sont également réunis aussi bien pour la compétence fondée sur l'article 4, paragraphe *k*), alinéa 2), que pour celle reposant sur la loi de l'Etat de New York sur la compétence étendue. La charge que représente, pour UBAE, le fait d'avoir à se défendre dans le cadre de ce procès est minimale par rapport à l'intérêt qui s'attache, pour New York et les Etats-Unis, à offrir un forum compétent pour connaître de différends portant sur les produits d'obligations localisées matériellement à New York. En outre, les parties demanderesse ont fortement intérêt à obtenir réparation de l'Iran et sont en droit de le faire. Cette réparation serait dans une impasse si UBAE pouvait, en sa qualité d'agent de la banque Markazi, faire très précisément ce qu'aurait fait la banque Markazi en relation avec les actifs bloqués qui se trouvent à New York, tout en se soustrayant à la juridiction locale. De même, la reconnaissance de la compétence du tribunal à l'égard d'UBAE permettra un règlement efficace des demandes des parties demanderesse concernant ces actifs dans le cadre d'une procédure unique, et de mettre un terme à des années de contentieux éparpillé et de retards. Enfin, ce n'est qu'en soumettant UBAE à la compétence du tribunal que ce dernier sera en mesure de mettre en œuvre les politiques sous-jacentes aux dispositions en matière de prévention et de répression du terrorisme de la FSIA, de la TRIA et de l'article 8772 du titre 22 du code des Etats-Unis, ainsi que le Congrès en avait clairement l'intention.

Les exigences de la clause de garanties de procédure régulière étant satisfaites concernant UBAE, le tribunal conclut donc que les parties demanderesse ont établi à première vue sa compétence personnelle spécifique sur la base de l'article 4, paragraphe *k*), alinéa 1), sous-alinéa A), des règles fédérales de procédure civile (Fed. R. Civ. P. 4(k)(1)(A)), en incorporant l'article 302, paragraphe *a*), des lois et règlements de l'Etat de New York en matière civile (C.P.L.R.). Subsidièrement, une compétence reposant sur l'article 4, paragraphe *k*), alinéa 2), des règles fédérales de procédure civile (Fed. R. Civ. P. 4(k)(2)) est adéquate. La requête de l'UBAE reposant

---

<sup>6</sup> Ainsi qu'indiqué ci-dessus, l'article 4, paragraphe *k*), alinéa 2) prévoit ce qui suit : «Pour les demandes présentées en vertu du droit fédéral, la signification d'un acte introductif d'instance ou le dépôt d'une dispense de signification établit l'existence de la compétence personnelle à l'égard de la partie défenderesse si : A) la partie défenderesse ne relève pas de la compétence d'une quelconque juridiction d'Etat à compétence plénière ; et B) l'exercice de la compétence est conforme à la constitution et aux lois des Etats-Unis» (Fed. R. Civ. P. 4(k)(2)).

sur l'article 12, paragraphe *b*), alinéa 2), des règles fédérales de procédure civile (Fed. R. Civ. P. 12(b)(2)) est rejetée.

**f) Analyse concernant Clearstream**

La requête de Clearstream aux fins de rejet de la demande pour défaut de compétence *ratione personae* n'aboutit pas non plus. A titre liminaire, il convient de souligner qu'il est remarquable que Clearstream ait consacré tant de temps à faire valoir un tel argument, compte tenu de l'existence et du maintien de ses opérations new-yorkaises à l'appui de son activité globale. Le tribunal conclut qu'il existe des fondements conduisant à conclure à l'existence d'une compétence générale et spécifique concernant Clearstream en vertu de l'article 4, paragraphe *k*), alinéa 1), des règles fédérales de procédure civile (Fed. R. Civ. P. 4(k)(1))<sup>7</sup>.

Il est manifeste que Clearstream exerce une activité à New York et qu'elle relève, à ce titre, de la compétence plénière prévue par l'article 301 des lois et règlements de l'Etat de New York en matière civile (C.P.L.R. § 301). Il est inutile, pour parvenir à une telle conclusion, que Clearstream conduise la totalité de ses activités à New York, ou même que les faits particuliers se rapportant aux questions en cause en l'instance aient trait à des actes spécifiques accomplis à New York (voir *Gelfand v. Tanner Motor Tours. Ltd.*, 385 F.2d 116, 121 (deuxième circuit, 1967) («[u]ne personne morale étrangère exerce une activité à New York «au sens traditionnel du terme» lorsque son représentant à New York fournit des services excédant le «simple démarchage», et que ces services revêtent, pour la personne morale étrangère, une importance telle que si elle n'avait pas disposé d'un représentant pour les fournir, ses dirigeants eux-mêmes auraient dû entreprendre de fournir des services substantiellement similaires»). Il suffit que, de manière générale, elle exerce effectivement une activité à New York. Ce qui est attesté par l'existence d'un bureau Clearstream à New York, qui emploie des collaborateurs de Clearstream dans le but de générer de l'activité pour Clearstream Luxembourg à partir de New York et d'apporter un soutien à l'activité. Ainsi que le montrent les preuves, à New York, Clearstream ne se contente pas de faire du démarchage, elle fournit des services d'assistance pour ses opérations au Luxembourg et s'inscrit dans le cadre de la stratégie mondiale de Clearstream visant à «fournir[ ] des services internationaux au secteur des valeurs mobilières ... [en étant] proche de ses clients dans tous les fuseaux horaires importants» (voir la lettre de Liviu Vogel à Mme la juge Barbara S. Jones, pièce jointe 1, paragraphe 2, 14 août 2009, ECF n° 178). Ces activités témoignent de la «permanence et [de] la continuité» requises pour une compétence plénière fondée sur l'article 301 (voir *Hoffritz for Cutlery, Inc. v. Amajac, Ltd.*, 763 F.2d, paragraphe 58 (concluant qu'il n'existait pas de compétence plénière fondée sur l'article 301 lorsqu'une partie défenderesse non-résidente ne disposait pas d'un bureau à New York, ne démarchait pas de clients dans l'Etat et n'y possédait pas de compte bancaire, d'autres biens ou d'employés)).

**\*19** Toutefois, si le tribunal avait dû apprécier l'existence d'une base suffisante, au regard de la loi de l'Etat de New York sur la compétence étendue, pour se reconnaître compétent à l'égard de Clearstream Luxembourg, la réponse n'en aurait pas moins été un «oui» franc et massif. Les contacts de Clearstream Luxembourg avec New York sont directement liés aux allégations des parties demanderesse relatives aux obligations de la banque Markazi qui étaient conservées auprès de la FBNY et de la DTC à New York. A supposer que le tribunal ignore l'existence du bureau de Clearstream sur Broad Street à New York, le fait que Clearstream Luxembourg ait procédé à une série d'opérations financières au cours d'une durée prolongée en relation avec ces obligations basées à New York amènerait nécessairement à conclure à l'existence d'«opérations effectuées» suffisantes pour qu'existe une compétence étendue en vertu de l'article 302, paragraphe *a*), des lois et

---

<sup>7</sup> Il est possible que le tribunal soit également compétent à l'égard de Clearstream sur la base de l'article 4, paragraphe *k*), alinéa 2), mais, à la différence d'UBAE, Clearstream n'a pas allégué qu'aucune juridiction américaine n'était compétente *ratione personae* à son égard, ce qui est une condition préalable à une reconnaissance de compétence fondée sur l'article 4, paragraphe *k*), sous 2).

règlements de l'Etat de New York en matière civile, ainsi que d'un nombre minimum de contacts suffisant pour remplir la condition de garantie d'une procédure régulière.

La «réalisation d'opérations» ressort clairement des innombrables actes accomplis par Clearstream pour conserver son compte Citibank basé à New York. Elle a communiqué à maintes reprises avec Citibank au sujet des actifs bloqués et pris des dispositions en vue de diverses opérations avec Citibank (voir, par exemple, la déclaration de Liviu Vogel dans l'opposition à la requête de Clearstream pour la levée des restrictions (la «déclaration de Vogel dans l'opposition à la levée des restrictions»), pièces jointes 4, 16, ECF n° 299)). Peu importe que son bureau de New York ait eu ou non quoi que ce soit à voir avec ces actes. Il suffit que le département des opérations de Clearstream au Luxembourg ait eu, de manière répétée, des contacts avec New York du fait de son compte auprès de Citibank, et que le compte ait, à tous moments pertinents, été lié aux actifs bloqués (voir *Licci II*, 2012 WL 5844997 («[l']élément «provient de» [de l'article 302, paragraphe a), des lois et règlements de l'Etat de New York en matière civile] limite l'élément plus large des «opérations effectuées» pour ne reconnaître de compétence qu'à l'égard de demandes dont il est permis de penser qu'elles sont liées, d'une manière ou d'une autre, à l'opération»)).

Enfin, l'application des facteurs décrits dans la jurisprudence *Asahi* conduit à penser que l'exercice de la compétence *ratione personae* à l'égard de Clearstream est raisonnable. Les intérêts en ce qui concerne Clearstream sont quasiment identiques aux intérêts en ce qui concerne UBAE. En outre, la charge que représente, pour Clearstream, la défense dans un procès devant le tribunal est minimale compte tenu de ses contacts continus et systématiques avec New York.

Le tribunal dispose d'une compétence personnelle plénière à l'égard de Clearstream et, subsidiairement, les parties demanderesse ont démontré à première vue sa compétence fondée sur les «opérations effectuées» conformément à la loi de l'Etat de New York sur la compétence étendue. La requête de Clearstream fondée sur l'article 12, paragraphe b), alinéa 2), des règles fédérales de procédure civile et tendant au rejet de la demande est rejetée.

## **B. Requête de la banque Markazi aux fins de rejet des demandes**

La banque Markazi a demandé le rejet des demandes des parties demanderesse pour défaut de compétence *ratione materiae*, conformément à l'article 12, paragraphe b), alinéa 1) des règles fédérales de procédure civile. Elle soutient que 1) la demande des parties demanderesse fondée sur l'article 201 de la TRIA soulève une question d'ordre politique ne relevant pas de la justice ; 2) les actifs ne sont pas, d'un point de vue technique, ceux «de» la banque Markazi, ce qui signifie qu'ils ne lui appartiennent pas ; 3) le tribunal n'est pas compétent pour connaître de la question de la localisation des obligations ; 4) l'exécution contreviendrait aux obligations des Etats-Unis en vertu du traité d'amitié, de commerce et de droits consulaires entre les Etats-Unis d'Amérique et l'Iran de 1955 (le «traité d'amitié») (signé le 15 août 1955, 8 *U.S.T.* 899) ; et enfin 5) les actifs sont des actifs de banque centrale protégés par l'immunité conformément à l'article 1611, paragraphe b), alinéa 1), de la FSIA.

### **i) Norme d'examen selon l'article 12, paragraphe b), alinéa 2)**

\*20 Les tribunaux fédéraux de district sont des juridictions à compétence d'attribution. La contestation de la compétence *ratione materiae* d'un tribunal met en cause la capacité de la juridiction à connaître d'une action en première instance. Il incombe à la partie qui invoque la compétence matérielle fédérale d'établir son existence par des preuves plus convaincantes que celles de la partie adverse (voir *Lujan v. Defenders of Wildlife*, 504 U.S. 555, 561 (1992) ; *Makarova v. United States*, 201 F.3d 110, 113 (deuxième circuit, 2000)). La détermination de l'existence d'une compétence *ratione materiae* constitue un examen préalable ; une affaire est rejetée à bon escient en vertu de l'article 12, paragraphe b), alinéa 2), des règles fédérales de procédure civile lorsque le

tribunal fédéral de district n'a pas, constitutionnellement, le pouvoir d'en connaître (voir *Arar v. Ashcroft*, 532 F.3d 157 168 (deuxième circuit, 2008)).

Une partie défenderesse peut contester le caractère suffisant, du point de vue du droit ou des faits, de l'allégation de compétence de la partie demanderesse (*National Union Fire Insurance Co. of Pittsburgh v. BP Amoco PLC*, 319 F.Supp.2d 352, 371 (district sud de l'Etat de New York, 2004)). Pour déterminer s'il est compétent *ratione materiae*, le tribunal de céans doit admettre la véracité de toutes les allégations de fait contenues dans la deuxième demande modifiée, mais parce que la compétence se démontre positivement, il doit se garder de procéder à des déductions qui seraient favorables aux parties alléguant la compétence (en l'instance, les parties demanderesses) (voir *APWU v. Potter*, 343 F.3d 619, 623 (deuxième circuit, 2003)). Le tribunal peut régler les différends sur les faits en se référant à des éléments de preuve qui ne figurent pas dans les conclusions (voir *Flores v. Southern Peru Copper Corp.*, 343 F.3d 140, 161 n.30 (deuxième circuit, 2003) ; voir également *Makarova*, 201 F.3d, 113).

## ii) Analyse concernant la banque Markazi

Une analyse des faits concernant les actifs et les actifs de la banque Markazi dans cette circonscription judiciaire ne laisse subsister aucun doute grave quant au fait que le tribunal soit compétent *ratione materiae*.

### 1) Question politique

Les tribunaux n'ont pas le pouvoir de trancher les questions d'ordre politique ne relevant pas de la justice (*Zivotofsky ex rel. Zivotofsky v. Clinton*, 132 S.Ct. 1421, 1427, 182 L.Ed.2d 423 (2012)). La banque Markazi soutient que le régime de blocage de l'Union européenne («UE») a gelé la totalité des actifs de la banque centrale d'Iran et ainsi créé une question d'ordre politique ne relevant pas de la justice en relation avec toute mesure que le tribunal pourrait prendre en droit américain qui aurait une incidence sur les détenteurs des actifs bloqués en vertu du droit européen.

En 2010, l'UE a adopté un règlement qui gèle «tous les fonds et ressources économiques appartenant aux personnes, entités ou organismes énumérés à [certaines annexes]» (règlement (UE) n° 961/2010 du Conseil du 25 octobre 2010 concernant l'adoption de mesures restrictives à l'encontre de l'Iran et abrogeant le règlement (CE) n° 423/2007, article 16, paragraphes 1) à 3) (JO, 27 octobre 2010, p. 1)). Ce texte dispose également qu'«[a]ucun fonds ni aucune ressource économique n'est mis, directement ou indirectement, à la disposition des personnes physiques ou morales, des entités ou des organismes énumérés [à certaines annexes]» (*ibid.*).

La banque Markazi ne figurait pas dans les annexes originales. Toutefois, le 24 janvier 2012, juste avant la promulgation du décret présidentiel n° 13599 aux Etats-Unis, elle y a été ajoutée (voir le règlement d'exécution (UE) n° 54/2012 du Conseil du 23 janvier 2012 mettant en œuvre le règlement (UE) n° 961/2010 concernant l'adoption de mesures restrictives à l'encontre de l'Iran, article premier, paragraphe 1), (annexe VIII § 51) (JO, 24 janvier 2012, p. 1)).

\*21 En outre, l'article 23, paragraphe 2), d'un règlement européen adopté en mars 2012 fusionnait les textes précédents et maintenait explicitement le gel des actifs de la banque centrale d'Iran (règlement (UE) n° 267/2012 du Conseil du 23 mars 2012 concernant l'adoption de mesures restrictives à l'encontre de l'Iran et abrogeant le règlement (UE) n° 961/2010 (JO, 24 mars 2012, p. 1), Arendt III §§ 51-52 et pièce J). Le gel des fonds empêche «toute action visant à empêcher tout mouvement, transfert, modification, utilisation ou manipulation de fonds, ou accès à ceux-ci, qui aurait pour conséquence un changement de leur volume, de leur montant, de leur localisation, de leur propriété, de leur possession, de leur nature, de leur destination ou toute autre modification qui pourrait en permettre l'utilisation, notamment la gestion de portefeuilles» (*ibid.*).

Selon la banque Markazi, la réglementation de l'UE change tout. Elle soutient qu'à supposer même que les actifs bloqués soient des actifs «de» la banque Markazi (ce que, ainsi qu'exposé ci-après, elle considère comme inexact), le régime de blocage de l'UE constitue un dispositif concurrent de celui du décret présidentiel n° 13599, concurrence qui comporte une dimension relevant des relations internationales et à laquelle doit être apportée une solution politique, et qui ne relève donc pas du pouvoir judiciaire de l'Etat (voir le mémoire en réponse de la banque Markazi à l'appui de sa requête aux fins de rejet (la «réponse de la Banque Markazi à l'appui de sa requête aux fins de rejet»), paragraphes 3-4 (faisant sien le mémoire en réponse de Clearstream à l'appui de sa requête présentée à nouveau pour la levée des restrictions (la «réponse de Clearstream à l'appui de sa requête en levée des restrictions»), paragraphes 9-16, ECF n° 220)).

Les faits à l'origine de ce conflit sont à la fois simples et techniques : un débit des actifs bloqués sur le compte général de Clearstream auprès de Citibank à New York au titre d'une remise d'actifs nécessiterait un débit correspondant du compte de Clearstream au Luxembourg, ce qui constituerait une infraction directe à la réglementation de l'UE<sup>8</sup>.

En liaison avec cette seule requête, et afin de permettre au tribunal de se prononcer sur ce point, la banque Markazi formule positivement les postulats suivants concernant les faits : que la banque Markazi est la propriétaire effective des actifs bloqués ; que le transfert de la banque Markazi à UBAE a été «annulé» de sorte que les actifs demeurent sur un compte entre Clearstream et la banque Markazi ; que le tribunal de céans est compétent *ratione personae* concernant Clearstream à New York ; et que toutes les autres actions d'autres banques et émetteurs ont eu lieu à New York (voir *ibid.*, paragraphes 4-6 (argument fait sien par la banque Markazi comme il est expliqué dans le mémoire de Clearstream)).

## 2) Analyse de la question politique

Les régimes de blocage de l'UE et des Etats-Unis ne sont pas «concurrents», et ne créent donc pas de question d'ordre politique ne relevant pas de la justice.

Le fait qu'une question soit, ou non, d'ordre «politique» et qu'elle échappe ainsi à la justice est déterminé par six facteurs :

«[1] une disposition constitutionnelle, attestée par les textes, confiant cette question à un département politique coordonné ; ou [2] un défaut de normes pour la régler susceptibles d'être communiquées et gérables judiciairement ; ou [3] l'impossibilité de décider sans procéder à une détermination préalable de politique publique d'un type relevant manifestement de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire non judiciaire ; ou [4] l'impossibilité pour le tribunal de parvenir à un règlement indépendant sans faire montre d'un manque du respect dû aux pouvoirs coordonnés de l'Etat ; ou [5] un besoin inhabituel de respect aveugle d'une décision politique déjà prise ; ou [6] la possibilité d'un embarras résultant de décisions diverses prises par différents départements en relation avec une même question».

\*22 (*Baker v. Carr*, 369 U.S. 186, 217 (1962) ; voir également *767 Third Avenue Associates v. Consulate General of Socialist Federal Republic of Yugoslavia*, 218 F.3d 152, 160 (deuxième circuit, 2000)).

La banque Markazi soutient que les régimes de blocage de l'UE et des Etats-Unis soulèvent des questions de politique étrangère importantes, manquent de normes gérables judiciairement et, de

---

<sup>8</sup> La banque Markazi soutient, en invoquant l'argumentation de Clearstream, que le débit constituerait un «changement du volume, du montant, de la localisation, de la propriété, de la possession, du caractère, [ou] de la destination» des actifs bloqués (voir le mémoire en réponse de Clearstream pour la levée des restrictions, paragraphe 13).

manière générale, soulèvent des préoccupations liées à l'arrêt *Baker v. Carr*. Le tribunal n'est pas d'accord.

Dans la mesure où le traitement différencié des actifs d'Etats terroristes entraîne des préoccupations touchant aux relations internationales, les pouvoirs exécutif et législatif ont clairement manifesté leur intention de ne pas seulement permettre, mais encourager, le pouvoir judiciaire à régler les questions qui entourent la soumission de tels actifs à des restrictions et leur remise. Ainsi qu'indiqué ci-dessus, la simple multiplicité des déclarations législatives et exécutives directement et incontestablement applicables aux requêtes dont a à connaître le tribunal prive de tout fondement tout argument invoquant une question d'ordre politique.

La banque Markazi ne peut citer aucun aspect de la constitution confiant le traitement d'une hypothétique remise d'actifs basés aux Etats-Unis par un système juridique étranger à un «département politique coordonné». Au lieu de cela, le Congrès et le président sont d'accord sur le fait qu'il appartient au pouvoir judiciaire de déterminer l'effet, le cas échéant, de ces régimes concurrents : les dispositions de la FSIA, telle que décrite ci-dessus, permettent aux tribunaux de faire exécuter des jugements contre des Etats étrangers lorsque ces jugements concernent des faits de terrorisme ; la TRIA permet à un tribunal de procéder à une exécution sur des actifs bloqués d'une partie terroriste ; le décret présidentiel n° 13599 dispose que les actifs de l'Iran et de la banque centrale d'Iran sont bloqués ; la liste de nationaux spécialement désignés indique que l'Iran et la banque Markazi figurent sur la liste des organisations terroristes bloquées ; et enfin, la mesure la plus récente, l'article 8772 du titre 22 du code des Etats-Unis, prévoit spécifiquement que les actifs en cause *dans la présente affaire* sont susceptibles de mesures d'exécution et de saisie conservatoire aux fins de l'exécution de jugements.

De même ne saurait-on suggérer un défaut de normes gérables dans un cadre judiciaire pour apporter une solution aux frictions éventuelles entre les régimes des Etats-Unis et de l'Union européenne. Le Congrès a adopté l'article 8772 du titre 22 du code des Etats-Unis *en août 2012*, bien après le mois de mars 2012, date à laquelle l'UE a promulgué la dernière de ses réglementations en matière de blocage à laquelle il a été fait référence par Clearstream. Le Congrès aurait certainement pu réviser la loi à la lumière de la réglementation de l'UE ; il a choisi de ne pas le faire.

Au lieu de cela, l'article 8772 apporte au tribunal des normes claires pour lui permettre de se prononcer sur les questions dont il est saisi en relation avec les actifs en cause. Le texte énonce des exigences spécifiques applicables aux décisions judiciaires concernant le fait de savoir si une entité non iranienne dispose sur les actifs de droits réels protégés par la Constitution, ou détient, en équité ou en qualité de propriétaire effectif, des droits réels sur les actifs (voir l'article 8772, paragraphe *a*), alinéa 2), du titre 22 du code des Etats-Unis). Ensemble, ces lois et décrets imposent au tribunal de céder de se reconnaître compétent pour statuer sur les questions même dont il est saisi. En outre, bien sûr, on ne saurait admettre qu'un tribunal s'abstienne de statuer sur un litige dès lors qu'existe la possibilité qu'un régime juridique étranger inflige des sanctions à l'une des parties sur la base de la décision d'une juridiction américaine. A elles seules, les ramifications étrangères n'ont pas pour effet de créer une question d'ordre politique ne relevant pas de la justice. Et, en l'espèce, elles n'ont pas cet effet.

### 3) *Propriété des actifs bloqués*

\*23 La banque Markazi soutient ensuite que les actifs bloqués ne sont pas des actifs «de» la banque Markazi. Elle affirme que, pour que le tribunal soit compétent *res materiae* en vertu de l'article 201, paragraphe *a*), de la TRIA, la propriété doit être démontrée<sup>9</sup>.

---

<sup>9</sup> L'article 201, paragraphe *a*), fait référence à la saisie conservatoire uniquement des «actifs bloqués *de* [la] partie terroriste» (les italiques sont de nous).

A supposer même que la banque Markazi ait eu raison concernant la TRIA (ce qui n'est pas le cas), cela ne signifie pas pour autant que le tribunal ne soit pas compétent *res materiae*. L'article 8772 de la loi de 2012 prévaut spécifiquement sur «toute autre disposition légale» et permet spécifiquement une exécution sur les actifs spécifiquement en cause dans ce litige, rendant ainsi théorique toute ambiguïté contenue dans la TRIA (22 U.S.C. § 8772(a)(1)).

Le tribunal conclut cependant que, même en l'absence de l'article 8772, la loi TRIA lui confère une compétence *res materiae* à l'égard de la banque Markazi. Il est vrai que la TRIA autorise l'exécution sur les actifs «d'une partie terroriste (voir 28 U.S.C. § 1610 n. (2006) («[c]haque fois qu'une personne a obtenu la condamnation d'une partie terroriste ... les actifs bloqués *de cette partie terroriste* ... seront susceptibles d'exécution»)) (les italiques sont de nous)). S'agissant des actifs bloqués en cause en l'espèce, la banque Markazi en est l'unique propriétaire. Clearstream (au nom de laquelle le compte a été ouvert chez Citibank) ne prétend en aucun cas être «propriétaire» de ces actifs. UBAE soutient avoir agi en relation avec les actifs simplement au nom de la banque Markazi (voir le mémoire d'UBAE en opposition à la demande de jugement selon une procédure de référé, paragraphe 2 (indiquant qu'UBAE «n'a invoqué aucun droit réel reconnu légalement en relation avec les obligations soumises à restrictions» et qu'«UBAE n'[était] «en possession» et n'avait «la garde» d'aucune des obligations soumises à restrictions»), déclaration en réponse de Matranga, §§ 7-10)). Citibank affirme être une partie prenante neutre (voir la lettre de Sharon L. Schneier à la juge Katherine B. Forrest, 14 décembre 2012, ECF n° 300).

La banque Markazi a, de manière répétée, reconnu à divers moments en liaison avec le présent litige — et Clearstream a stipulé, dans le but limité d'obtenir une réponse à sa requête en levée des restrictions, voir *infra* — que la banque Markazi était le «seul» propriétaire réel des actifs<sup>10</sup>.

La banque Markazi suggère que la décision du juge Cote dans l'affaire *Calderon-Cardona v. JPMorgan Chase Bank, N.A.* (867 F.Supp.2d 389, 400 (district sud de l'Etat de New York, 2011)) indique une issue différente<sup>11</sup>. Le tribunal n'est pas d'accord.

Dans l'affaire *Calderon-Cardon*, le tribunal a jugé que des virements électroniques de fonds (les «virements électroniques de fonds») n'étaient pas susceptibles de saisie conservatoire en vertu de la TRIA et de la FSIA. Cette affaire est différente à plusieurs égards : premièrement, la décision *Calderon-Cardona* avait trait à des virements électroniques de fonds/transferts de fonds rapides à mi-parcours entre une banque émettrice et une banque destinataire, traités par une banque intermédiaire, et non aux produits statiques d'instruments financiers (*ibid.*). Une question importante dans l'affaire *Calderon-Cardona* était celle de savoir si les virements électroniques de fonds étaient, au moment des «transferts», la propriété de la Corée du Nord (*ibid.*). En concluant qu'ils ne l'étaient pas, le tribunal a cité le précédent du deuxième circuit statuant que, selon le droit de l'Etat de New York, les «virements électroniques de fonds n'étaient ni la propriété de l'émetteur, ni celle du destinataire lorsqu'ils étaient brièvement en la possession d'une banque intermédiaire» (*ibid.*, 400

---

<sup>10</sup> La banque Markazi a déclaré que «[p]lus de 1,75 milliard de dollars en titres appartenant à la banque Markazi ... sont gelés sur son compte général de dépôt de titres auprès de [Citibank]» ; que les «titres soumis à restriction sont le bien *de* la banque Markazi, la banque centrale d'Iran», que la «valeur agrégée des instruments obligataires restants, c'est-à-dire les titres soumis à restrictions qui sont la propriété de la banque Markazi et qui font l'objet de l'action en remise de titres, est ainsi de 1,753 milliard de dollars» ; que les «obligations soumises à restrictions sont la propriété *d'*une banque centrale étrangère» ; que les «titres soumis à restrictions sont présumés être la propriété *de* la banque Markazi» ; et que «les titres soumis à restrictions sont, à première vue, le bien d'un tiers, la banque Markazi» (voir les premières conclusions de la banque Markazi à l'appui de sa requête en rejet de la demande modifiée, 11 mai 2011, ECF n° 18 (les «premières conclusions de la banque Markazi»), paragraphes 1, 5, 9, 10, 36 (les italiques sont de nous)). En outre, deux dirigeants de la banque Markazi ont déclaré à peine de parjure que les actifs bloqués étaient «la propriété de la seule banque Markazi, détenus pour son propre compte» (déclaration sous serment de Gholamossein Arabieh, § 2, déclaration de Vogel, pièce J, 17 octobre 2010, ECF n° 210 ; déclaration sous serment d'Ali Asghar Massoumi, § 2, déclaration de Vogel, pièce K, 17 octobre 2010, ECF n° 210).

<sup>11</sup> Comme dans le cas des arguments concernant la question politique, la banque Markazi a expressément repris cet argument qui figure dans le mémoire de Clearstream à l'appui de sa requête en levée des restrictions (voir la réponse de la banque Markazi en relation avec sa requête en levée des restrictions, paragraphe 5).

(citant *Shipping Corp. of India Ltd. v. Jaldhi Overseas Pte Ltd.*, 585 F.3d 58, 71 (deuxième circuit, 2009)). Même si la Corée du Nord était l'émettrice ou la destinataire, elle ne pouvait être la «propriétaire» des virements électroniques de fonds aux fins de la TRIA (*ibid.*). Le tribunal a conclu que «[l]es parties requérantes n'ont fait état d'aucun élément de fait ... indiquant que la Corée du Nord dispose de quelques droits réels que ce soit en relation avec l'un ou l'autre des comptes bloqués excédant ceux d'un émetteur ou d'un bénéficiaire dans un virement électronique de fonds à mi-parcours» (*ibid.*, 407).

\*24 A l'inverse, en l'instance, près de 2 milliards de dollars représentant les produits d'obligations se trouvent sur un compte à New York auprès de Citibank — point de droits réels fugaces ou éphémères tels que ceux qui existent pour les virements électroniques de fonds. La seule entité à disposer de droits réels financiers sur les fonds en compte est la banque Markazi — ainsi qu'elle l'a stipulé aux fins de cette requête, mais aussi comme elle l'a affirmé à maintes reprises. Clearstream ne dispose d'aucun droit de cette nature ; les droits d'UBAE sont analogues à ceux de Clearstream (et, ainsi que celle-ci le déclare, elle ne dispose d'aucun droit réel reconnu légalement). Toute interprétation contraire que permettrait le droit de l'Etat de New York est expressément exclue par anticipation par les dispositions expresses de l'article 8772.

Ainsi, compte tenu de ces éléments de fait, le tribunal n'a pas besoin de se demander s'il doit suivre le raisonnement tenu dans la jurisprudence *Calderon-Cardona* et le raisonnement tenu dans les autres affaires de virements électroniques de fonds dont il a eu à connaître (voir, par exemple, *Hausler v. JP Morgan Chase Bank, N.A.* (ci-après «*Hausler I*»), 740 F.Supp.2d 525 (district sud de l'Etat de New York, 2010) ; *Hausler v. JP Morgan Chase Bank, N.A.* (ci-après «*Hausler II*»), 845 F.Supp.2d 553 (district sud de l'Etat de New York, 2012) ; *Levin v. Bank of N.Y.*, No. 09 Civ. 5900, 2011 WL 812032 (district sud de l'Etat de New York, 4 mars 2011)). Toutes les affaires se rapportant à des virements électroniques de fonds tentent de répondre à la question de savoir si les virements entre établissements financiers qui passent par un établissement bancaire aux Etats-Unis n'en sont pas moins des «actifs de» la partie terroriste à laquelle les virements peuvent échoir en dernier ressort (voir, par exemple, *Hausler I*, 740 F.Supp.2d, paragraphe 526 ; *Hausler II*, 845 F.Supp.2d, paragraphes 558-561 ; *Levin*, 2011 WL 812032, page \*11). Une seule de ces affaires (*Levin*) concernait les produits d'instruments financiers, et dans celle-ci le tribunal a rendu une ordonnance de remise des actifs en cause (voir *Levin*, 2011 WL 812032, pages \*20-21 (concluant que rien dans le droit de l'Etat de New York n'interdisait la remise de fonds autres que des virements électroniques de fonds appartenant supposément à des organismes iraniens)).

#### 4) *La localisation des actifs bloqués et le traité d'amitié*

Les arguments restants de la banque Markazi, qui sont 1) le fait que les obligations ne se trouvent pas aux Etats-Unis et qu'elles ne sauraient donc faire l'objet de mesures d'exécution en vertu de la FSIA ; et 2) le fait que le blocage des actifs contrevient aux obligations du traité, échouent pour les mêmes raisons : l'article 8772 du titre 22 du code des Etats-Unis élimine la nécessité pour le tribunal de s'appuyer sur la TRIA ou sur le traité d'amitié pour apporter une solution à cette requête.

Mais même si le tribunal ignorait l'article 8772, ces arguments n'en manqueraient pas moins leur cible.

Premièrement, la banque Markazi soutient que ses obligations se trouvent au Luxembourg et qu'elles échappent ainsi à la compétence du tribunal (voir le mémoire en réponse de la banque Markazi à l'appui de sa requête aux fins de rejet, p. 6). Elle cite la décision du tribunal de céans dans une affaire connexe, *Bank of Tokyo-Mitsubishi, UFJ, Ltd. New York Branch v. Peterson* (No. 12 Civ. 4038(BSJ), 2012 WL 1963382, page \*2 (district sud de l'Etat de New York, 29 mai 2012)), à l'appui de sa thèse que les actifs détenus hors des Etats-Unis ne sont pas susceptibles d'exécution.

Cet argument d'«extra-territorialité» présume que les actifs bloqués se trouvent hors des Etats-Unis. Ce n'est là qu'un sophisme : les actifs bloqués se trouvent sur un compte bancaire auprès de Citibank à New York (des actifs additionnels se rapportant aux 250 millions de dollars en obligations de la banque Markazi aujourd'hui liquidées ne semblent pas se trouver à New York, mais leur emplacement est sans pertinence pour cette requête). Il est tout à fait possible qu'existent des écritures comptables dans les livres d'entités situées en Europe, comme Clearstream Luxembourg, en relation avec les actifs bloqués. Mais le simple fait que le compte Citibank soit aux noms de Clearstream et d'UBAE ne modifie en rien le fait que ces entités sont des agents de la banque Markazi. De même, de simples inscriptions en compte au Luxembourg ne sauraient transformer le compte Citibank new-yorkais en actifs situés au Luxembourg<sup>12</sup>.

\*25 En outre, le traité d'amitié n'érige aucun obstacle à la compétence *ratione materiae*. La banque Markazi soutient que les articles III.2 et IV.1 du traité lui confèrent un droit à un statut juridique distinct de celui de l'Iran, de sorte que ses actifs ne sauraient être saisis en exécution de la condamnation de cet Etat souverain (mémoire de la banque Markazi à l'appui de sa requête aux fins de rejet de la demande, paragraphe 22).

Le traité est inapplicable. Premièrement, indépendamment de toute interprétation des dispositions du traité, la cour d'appel du deuxième circuit a statué, dans l'arrêt *Weinstein v. Islamic Republic of Iran* (609 F.3d 43, 53 (deuxième circuit, 2010)), que l'énoncé «nonobstant toute autre disposition légale», contenu dans la FSIA, prévaut sur toute loi contraire. Concernant l'interprétation textuelle du traité proprement dit, le tribunal de l'affaire *Weinstein* a jugé que les dispositions du traité d'amitié citées par la banque Markazi n'étaient pas adaptées ; le but sous-jacent au traité d'amitié était «simplement de reconnaître un statut juridique aux personnes morales de chaque pays signataire sur le territoire de l'autre, et ainsi de placer les personnes morales étrangères sur un pied d'égalité par rapport aux personnes morales locales» (*ibid.*, 53). Rien ne permet de conclure que le traité était destiné à servir, ou qu'il a servi, à aider des organismes d'Etats étrangers à contourner des actes du Congrès ou des mesures juridiques autorisées.

De crainte que ne subsiste une quelconque ambiguïté, le Congrès a inséré une clause supplémentaire introduite par le terme «nonobstant» dans l'article 8772, paragraphe *a*), alinéa 1, du titre 22 du code des Etats-Unis. Celle-ci témoigne de la claire intention du Congrès d'abroger les dispositions du traité incompatibles avec la FSIA et l'article 8772 (*ibid.*) (notant que les juridictions itinérantes ont interprété des clauses introduites par le mot «nonobstant» similaires comme abrogeant les dispositions d'un traité). Conclure autrement reviendrait à tenir la FSIA pour lettre morte, ce qui n'était manifestement pas dans l'intention du Congrès et du président.

La simple formulation du traité d'amitié le rend par conséquent inapplicable aux actifs bloqués ; le Congrès a, en outre, abrogé toute application du traité dans le contexte de la FSIA.

## 5) *Immunité reconnue aux banques centrales*

Le dernier ensemble d'arguments de la banque Markazi revendique le bénéfice de l'immunité de saisie conservatoire de l'article 1611, paragraphe *b*), alinéa 1), de la FSIA pour les actifs utilisés aux fins des activités de banque centrale. L'article 1611, paragraphe *b*), alinéa 1), de la FSIA dispose que «les biens détenus pour son propre compte par une banque centrale ou autre autorité monétaire étrangère» bénéficient de l'immunité de saisie et d'exécution. Le tribunal est seulement compétent pour connaître d'une action en remise d'actifs concernant des actifs souverains lorsqu'existe une exception valide à la FSIA ; la disposition relative aux activités de banque centrale exclut toute

---

<sup>12</sup> Cela est particulièrement vrai à la lumière de l'article 8772 du titre 22 du code des Etats-Unis, du fait qu'il prévaut sur toute loi contraire, et des strictes décisions judiciaires qu'il prévoit.

exception à la FSIA (voir *Aurelius Capital Partners, LP v. Republic of Argentina*, 584 F.3d 120, 129-30 (deuxième circuit, 2009) (citant l'article 1609 de la FSIA)).

Dans ce cas également, même si les actifs bloqués étaient effectivement «détenu pour son propre compte [par la banque centrale]», l'article 201, paragraphe *a*), de la TRIA, le décret présidentiel n° 13599 et l'article 8772 du titre 22 du code des Etats-Unis prévalent expressément sur toute immunité.

Lorsque le Congrès adopte un nouveau texte, il est présumé être au fait de ceux qu'il a adoptés antérieurement (voir *Vimar Seguros y Reasegueros, S.A. v. M/V Sky Reefer*, 515 U.S. 528, 554 (1995) (citant *Cannon v. Univ. of Chicago*, 441 U.S. 677, 696-699 (1999))). La clause de la TRIA introduite par le mot «nonobstant», adoptée bien après qu'a été adopté, en 1976, l'article 1611, paragraphe *b*), prévaut donc sur l'immunité de banque centrale dans la mesure où elle s'appliquerait (TRIA § 201(a)). Ainsi que l'a observé la Cour suprême, il est «difficile d'imaginer» une «affirmation plus claire» de l'intention de prévaloir sur toutes autres lois qu'une «clause commençant par nonobstant» (*Cisneros v. Alpine Ridge Group*, 508 U.S. 10, 18 (1993)).

\*26 Au-delà des dispositions de la loi, le décret présidentiel n° 13599 suggère que les activités de la banque Markazi ne sont pas protégées par l'article 1611, paragraphe *b*), et qu'elles ne bénéficient donc pas de l'immunité. Le décret déclare que les actifs de la banque Markazi sont bloqués «à la lumière des pratiques trompeuses déployées par la banque centrale iranienne et d'autres banques iraniennes pour dissimuler les transactions de parties visées par les sanctions ... ainsi que du risque persistant et inadmissible que les activités de l'Iran représentent pour le système financier international» (décret présidentiel n° 13599). Cette déclaration du pouvoir exécutif laisse penser que les activités de la banque Markazi ne sont pas des activités de banque centrale propres à conférer l'immunité prévue par l'article 1611, paragraphe *b*) (voir *NML*, 652 F.3d, page 172 (énonçant une série de critères fonctionnels permettant de reconnaître les activités de banque centrale)).

Enfin, l'article 8772 s'applique également «nonobstant toute autre disposition de la loi, notamment en ce qui a trait à l'immunité des Etats étrangers» (22 U.S.C. § 8772(a)(1)) (les italiques sont de nous). A supposer que le tribunal conclue à la validité de l'article 8772 — ce qu'il fera ci-après —, il devra également conclure à l'absence d'immunité de banque centrale.

A la lumière des conclusions qui précèdent, il ne fait pas de doute que le tribunal est compétent *ratione materiae* à l'égard des demandes présentées contre la banque Markazi. La requête aux fins de rejet de ces demandes est rejetée.

#### IV. REQUÊTE POUR LA LEVÉE DES RESTRICTIONS

##### A. Contexte et historique de la procédure

Ainsi que rappelé ci-dessus, en 2008, les parties demanderesses ont obtenu des ordonnances de saisie conservatoire et d'exécution sur un compte dont disposait Clearstream auprès de Citibank qui imposaient des limitations/restrictions au transfert ou à la cession des actifs détenus sur ce compte. Le compte servait à gérer les produits d'obligations de la banque Markazi.

En juin 2008, Clearstream a contesté ces restrictions et le tribunal a tenu une audience d'examen des éléments de preuve. Lors de celle-ci, Clearstream a présenté la preuve du fait que, «à un moment donné, le client de Clearstream [la banque centrale iranienne (la «banque Markazi»)] était le propriétaire sous-jacent effectif des droits aux titres identifiés dans les mesures de restriction, mais qu'en février 2008 la banque Markazi avait transféré la totalité, à l'exception d'un seul, de ses droits sur titres se rapportant aux obligations identifiées dans les mesures de restriction depuis son compte auprès de Clearstream vers un compte d'un autre client de Clearstream, Banca UBAE S.p.A.» (voir le mémoire fusionné de Clearstream à l'appui de sa requête pour la levée des restrictions (le

«mémoire de Clearstream pour la levée des restrictions»), paragraphe 3). Lors de cette audience, un employé de Clearstream a expliqué, dans sa déposition, qu'il ignorait si la banque Markazi était demeurée la propriétaire effective des droits sur les titres (*ibid.*). A la conclusion de l'audience, le juge Koeltl a levé les restrictions qui s'appliquaient aux deux obligations qui avaient été vendues à des clients autres qu'UBAE (appréciées à environ 250 millions de dollars). Les restrictions n'ont pas été levées pour les actifs subsistants détenus sur le compte général de Clearstream auprès de Citibank (*ibid.*, paragraphe 4).

Lors de l'audience du 27 juin 2008, Clearstream a déposé une nouvelle requête pour demander la levée des restrictions qui subsistaient, cette fois sur la base de l'article 8-112, paragraphe c), du code de commerce uniforme («UCC»), § 8-112(c)). Clearstream a soutenu que ni elle ni Citibank n'étaient des «tiers saisis» adéquats en vertu de cette disposition. Elle a, en outre, allégué qu'il conviendrait que les restrictions soient levées, les droits sur les titres étant ceux de Clearstream et non ceux de la banque Markazi (*ibid.*).

\*27 Le 23 juin 2009, la juge Barbara Jones a statué que Clearstream ne pouvait être considérée comme un tiers saisi adéquat en vertu de l'article 8-112, paragraphe c), du code de commerce uniforme parce que tous les titres, à l'exception d'un seul, étaient détenus par Clearstream au nom d'UBAE, et non de la banque Markazi (voir ordonnance, *Peterson et al. v. Islamic Republic of Iran et al.* (district sud de l'Etat de New York, 23 juin 2009), ECF n° 171.) La banque Markazi était, en tant qu'organe de l'Iran, le seul tiers saisi adéquat en vertu de l'article 8-112, paragraphe c), du code de commerce uniforme. L'ordonnance notait qu'il était toutefois possible que le transfert des titres de la banque Markazi sur le compte UBAE ait été frauduleux, et que la banque Markazi demeure donc la véritable détentrice des titres (*ibid.*). Elle prévoyait que les restrictions demeureraient en place jusqu'à ce qu'intervienne une nouvelle décision judiciaire concernant : 1) la possibilité que ces transferts puissent être considérés comme frauduleux par l'effet de la loi ; 2) la question de savoir s'ils étaient effectivement frauduleux ; et 3) la question de savoir si Clearstream était un tiers saisi adéquat (ou pouvait être considérée comme tel) (*ibid.*).

Les parties soumièrent alors des mémoires consacrés à la question de savoir si une décision judiciaire concluant au caractère frauduleux du transfert aurait une incidence sur l'analyse basée sur le code de commerce uniforme et si Clearstream pouvait, en tout état de cause, être un tiers saisi adéquat (voir la lettre de Frank Panopoulos à la juge Barbara S. Jones (ci-après le «mémoire de Clearstream sur les restrictions»), 14 août 2009, ECF n° 181 ; la lettre de Liviu Vogel à la juge Barbara S. Jones (ci-après le «mémoire des parties demanderesses sur les restrictions»), 19 septembre 2009, ECF n° 183). Dans leur mémoire, les parties demanderesses avançaient aussi des théories subsidiaires à l'appui de la remise desdits actifs (mémoire des parties demanderesses sur les restrictions, 4-6). Le tribunal n'a jamais rendu de décision ultérieure traitant de ces arguments. Ceux-ci ont alors été repris dans un mémoire et intégrés à la requête de Clearstream pour la levée des restrictions actuellement pendante devant le tribunal et sur laquelle il est statué en l'instance (voir requête présentée à nouveau pour la levée des restrictions, ECF n° 174).

La requête de Clearstream pour que soient levées les restrictions reposait sur les cinq arguments ci-après :

- Clearstream n'est pas un tiers saisi adéquat au regard de l'article 8-112, paragraphe c), du code de commerce uniforme ;
- selon l'article 8-110 du code de commerce uniforme, les actifs ou droits réels de la banque Markazi ne se trouvent pas dans le district du tribunal mais au Luxembourg, qui est l'endroit où ils doivent être soumis à un régime de restrictions ;
- les règles de *common law* relatives à la domiciliation ou localisation des biens ne s'appliquent pas en tant que base propre à soumettre les actifs à un régime de restrictions ou de remise de ceux-ci ;

- les actifs soumis à restrictions ne sont pas des «actifs bloqués» au sens de la TRIA ;
- le recours en équité ne permet pas de soumettre des actifs bloqués à des restrictions ou d'obtenir leur remise.

Dans son mémoire en réponse à l'appui de sa requête, Clearstream ajoute un sixième argument, qui est que de la concurrence des régimes de blocage de l'Union européenne et des Etats-Unis résulte une question d'ordre politique ne relevant pas de la justice, c'est-à-dire l'argument même que le tribunal a rejeté précédemment en relation avec la requête de la banque Markazi aux fins de rejet de la demande.

En réponse à cette série d'arguments, les parties demanderesses soutiennent que 1) la réglementation de l'UE ne crée pas de question d'ordre politique ne relevant pas de la justice ; 2) le code de commerce uniforme ne s'applique pas aux questions dont est saisi le tribunal car la TRIA prévaut sur la loi contraire de l'Etat et par conséquent que les actifs bloqués sont soumis à la fois aux restrictions et à l'obligation de remise ; 3) la TRIA et le décret présidentiel n° 13599 rendent l'argument de la domiciliation inapplicable ; et 4) les actifs soumis à restrictions sont désignés actifs bloqués. Selon les parties demanderesses, les lois et règlements de l'Etat de New York en matière civile permettent l'exécution des jugements obtenus par les parties demanderesses sur les espèces détenues sur le compte général.

## B. Analyse

\*28 «Trop c'est trop.» C'est en ces termes que l'on pourrait résumer la réponse des parties demanderesses à la requête de la banque Markazi aux fins de rejet de la demande. Le tribunal est d'accord.

### i) Question politique

Le tribunal a rejeté l'argument de la question politique concernant la requête de la banque Markazi aux fins de rejet de la demande, et la version de celui-ci avancée par Clearstream n'en diffère pas sensiblement.

Clearstream n'ajoute qu'un seul aspect nouveau à son argument concernant la question politique : elle soutient qu'une ordonnance de remise d'actifs aurait pour effet de la soumettre à des obligations contradictoires aux Etats-Unis et en Europe. Dans l'hypothèse où les parties demanderesses obtiendraient une ordonnance de remise d'actifs, le débit en résultant dans les écritures comptables luxembourgeoises pourrait contrevenir au régime de blocage de l'Union européenne et à l'obligation de Clearstream envers la banque Markazi.

Toutefois, à supposer même qu'un changement intervenu dans les comptes de Clearstream aux Etats-Unis entraîne, au Luxembourg, une inscription en compte ayant pour effet de faire courir à Clearstream un risque d'infraction à la réglementation de l'Union européenne, il appartient à Clearstream de gérer la question dans l'Union européenne. Ainsi qu'indiqué ci-dessus, si le tribunal devait élaborer des hypothèses quant aux répercussions de réglementations étrangères en relation avec les actions dont il est saisi, il s'ensuivrait une paralysie dans de nombreuses situations : il ne fait aucun doute que les tribunaux américains seraient inondés de questions de ce genre soulevées dans un but tactique. Il n'existe aucune règle aussi stricte, et dans un monde où le commerce international occupe une place aussi importante, il ne doit pas y en avoir.

## ii) Arguments restants invoqués à l'appui de la levée des restrictions

Ce même texte (l'article 8772 du titre 22 du code des Etats-Unis), qui a été si fondamental pour statuer sur la requête de la banque Markazi aux fins de rejet de la demande, répond également aux arguments restants invoqués par Clearstream à l'appui de sa propre requête aux fins de rejet de la demande. L'article 8772 prévaut spécifiquement sur «toute autre disposition de la loi», et notamment sur «toute disposition incompatible de la législation des différents Etats de l'Union» (22 U.S.C. § 8772(a)(1)). Le tribunal n'a donc pas à analyser le pot-pourri d'arguments basés sur le code de commerce uniforme soulevés par Clearstream : l'article 8772 dispose que, pour autant que le tribunal ait procédé aux vérifications appropriées, il n'existe pas d'obstacle *légal* à une exécution sur les actifs bloqués.

Le tribunal rejette donc la requête de Clearstream pour la levée des restrictions.

## V. REQUÊTE DES PARTIES DEMANDERESSES POUR QUE SOIT RENDU UN JUGEMENT PARTIEL SELON UNE PROCÉDURE DE RÉFÉRÉ

Les parties demandereses ont présenté une requête pour que soit rendu contre les parties défenderesses Clearstream, banque Markazi et UBAE<sup>13</sup> un jugement partiel selon une procédure de référé sur le même fondement que leur action en remise des actifs bloqués, dont le montant s'élève à environ 1,75 milliard de dollars<sup>14</sup>, détenus sur le compte général ouvert auprès de Citibank<sup>15</sup>.

Le tribunal a déjà déterminé que c'est à bon droit que les actifs en cause sont soumis à restrictions. Le problème qui se pose maintenant à lui est celui de savoir s'il existe des questions de fait litigieuses recevables permettant de décider si ces actifs sont, ou non, susceptibles de remise.

Si aussi bien Clearstream que la banque Markazi font valoir des arguments supplémentaires (dont beaucoup avaient déjà été invoqués dans les requêtes précédentes), cette requête peut, en fait, être ramenée à une question unique : y a-t-il matière à procès quant au fait de savoir si les actifs bloqués sont la propriété de la banque Markazi ? Dans le contexte de la requête pour la levée des restrictions, Clearstream a stipulé qu'UBAE ne disposait d'aucun droit à titre bénéficiaire et que le transfert entre UBAE et la banque Markazi était annulé. Il n'existe, dans cette requête, aucune stipulation de cet ordre.

**\*29** Pour les motifs exposés ci-après, le tribunal conclut que les éléments de preuve versés au dossier sont clairs et vont tous dans le même sens : il n'y a pas matière à procès sur ce point. Aucun juré rationnel ne saurait conclure qu'une personne ou entité autre que la banque Markazi dispose d'un quelconque droit, constitutionnel, en qualité de bénéficiaire ou en équité, sur les actifs bloqués ; les parties demandereses ont donc légalement droit à la remise des actifs.

---

<sup>13</sup> UBAE n'a pas, initialement, déposé d'opposition sur le fond à la requête des parties demandereses pour que soit rendu un jugement selon une procédure de référé. Elle soutenait qu'elle ne devait pas être tenue de répondre à la requête des parties demandereses tant qu'il n'avait pas été statué sur sa propre requête fondée sur l'article 12, paragraphe b), alinéa 2). Pour une bonne administration de la justice, le tribunal a rendu, le 14 février 2013, une ordonnance donnant à UBAE instruction de déposer son éventuelle opposition à la requête des parties demandereses et de «présumer que le tribunal concluait à l'existence de fondements suffisants pour se reconnaître compétent *ratione personae* à cet égard» (voir ordonnance, 14 février 2013, ECF n° 325). UBAE a déposé son mémoire en opposition sur le fond le 22 février 2013 (ECF n° 328).

<sup>14</sup> UBAE fait remarquer à bon escient que les deux titres d'une valeur nominale de 250 millions de dollars dont il est allégué qu'elle les a transférés frauduleusement début 2008 ne sont pas en cause dans la requête des parties demandereses pour que soit rendu un jugement partiel selon une procédure de référé (voir conclusions d'UBAE en opposition à la demande de jugement selon une procédure de référé, 2, n° 2). Le tribunal ne se prononce sur aucune question de fond concernant des demandes basées sur ce supposé transfert.

<sup>15</sup> Ainsi qu'indiqué précédemment, les parties demandereses sont parvenues à un accord quant à la priorité, entre elles, de la répartition des actifs. Le tribunal n'aborde donc ici aucune de ces questions.

Les parties défenderesses soutiennent aussi que la remise des actifs violerait certains droits constitutionnels : premièrement, que la disposition légale spécifique, l'article 8772 du titre 22 du code des Etats-Unis, est un acte législatif invalide en ce qu'il vaut jugement en violation de l'article III [de la Constitution]; deuxièmement, qu'elle constitue un décret législatif de condamnation illégal (Constitution des Etats-Unis, article I, paragraphe 9, clause 3) ; troisièmement, qu'une remise d'actifs équivaudrait à une expropriation inconstitutionnelle en violation de leurs droits à une procédure équitable (voir Constitution des Etats-Unis, cinquième amendement). Aucun de ces arguments n'est fondé.

### A. Norme juridique en matière de référé

Un jugement rendu selon une procédure de référé, sur tout ou partie d'une demande, est justifié lorsque les conclusions, les documents communiqués dans le cadre d'une procédure de communication de pièces et d'interrogatoire sur faits et articles et divulgués, ainsi que toute déclaration en qualité de témoin recevable, démontrent qu'il n'existe pas de question de fait authentique dont la résolution requière un procès (Fed. R. Civ. P. 56(c) ; voir également *Anderson v. Liberty Lobby, Inc.*, 477 U.S. 242, 247 (1986) ; *Celotex Corp. v. Catrett*, 477 U.S. 317, 322-323 (1986)). Il incombe à une partie déposant une requête pour que soit rendu un jugement selon une procédure de référé de faire initialement la démonstration du fait qu'il n'existe pas d'authentique question de fait importante ; toute inférence raisonnable doit être en faveur de la partie qui n'est pas l'auteur de la requête (voir *Anderson*, 477 U.S., 255 ; *Grady v. Affiliated Cent., Inc.*, 130 F.3d 553, 559 (deuxième circuit, 1997)). La charge de la preuve passe alors à la partie qui n'est pas l'auteur de la requête, à laquelle il appartient de faire valoir «des éléments de preuve suffisants pour soulever une authentique question de fait nécessitant un procès afin d'éviter que ne soit rendu un jugement selon une procédure de référé» (voir *Jaramillo v. Weyerhaeuser Co.*, 536 F.3d 140, 145 (deuxième circuit, 2008)). Alors que la partie qui n'est pas l'auteur de la requête supportera en dernier ressort au stade du procès la charge de la preuve sur la question en cause, la partie ayant déposé la requête s'en décharge dès le stade de la requête en mettant en évidence l'absence de preuve à l'appui d'un élément essentiel de la demande de la partie qui n'est pas l'auteur de la requête (voir *Libraire v. Kaplan*, CV No. 06-1500, 2008 WL 794973, page \*5 (district est de l'Etat de New York, 24 mars 2008)). Lorsqu'il est clair qu'aucun juge des faits rationnel ne pourrait se prononcer en faveur de la partie qui n'est pas l'auteur de la requête, un jugement rendu selon une procédure de référé est justifié (*Gallo v. Prudential Residential Servs., Ltd.*, 22 F.3d 1219, 1223 (deuxième circuit, 1994)). La simple possibilité que puisse exister un différend, sans plus, ne suffit pas à passer outre une présentation convaincante de la partie ayant déposé la requête (*Anderson*, 477 U.S., 247-248). De simples spéculations ou conjectures ne suffisent pas à entraîner le rejet d'une requête (*W. World Ins. Co. v. Stack Oil, Inc.*, 922 F.2d 118, 121 (deuxième circuit, 1990)).

### B. Analyse

Ainsi qu'indiqué ci-dessus, les parties défenderesses ont, en opposition à cette requête, fait feu de tout bois. L'examen par le tribunal des milliers de pages de mémoires relatifs à ces requêtes ou à l'appui de celles-ci, qui vont crescendo jusqu'à la requête en l'instance, a inéluctablement fait jaillir dans son esprit un parallèle avec le bouquet final du feu d'artifice du 4 juillet : tous les arguments sont lancés et explosent simultanément. Si le tribunal a étudié avec soin les divers arguments présentés par toutes les parties défenderesses, il ne traitera pas ici de chacun d'eux<sup>16</sup>. Il n'en a pas besoin, car la question fondamentale et les principes juridiques applicables ne lui imposent pas de s'aventurer dans ce maquis ou, pour filer les métaphores, dans cette fournaise.

---

<sup>16</sup> Les arguments des parties défenderesses tirés du code de commerce uniforme concernant la domiciliation des biens et le traité d'amitié, sont, en particulier, rendus vains par la décision du tribunal concernant l'article 8772 du titre 22 du code des Etats-Unis.

### i) Les actifs bloqués appartiennent à la banque Markazi

\*30 Clearstream soutient qu'il existe des questions relevant de la compétence des tribunaux quant au fait de savoir si la banque Markazi est la «propriétaire» des actifs bloqués. Comme dans le cas d'arguments similaires formulés dans le contexte de la requête aux fins de rejet de la demande, les arguments invoqués à l'appui de cette assertion reposent sur des lois sur lesquelles prévaut l'article 8772 du titre 22 du code des Etats-Unis.

Ainsi qu'indiqué plus haut, l'article 8772 impose au tribunal de vérifier qui, à l'exception d'un établissement ou d'un organisme de l'Iran, dispose d'un droit protégé par la Constitution, d'un titre de propriété légal ou d'un droit en qualité de bénéficiaire effectif sur les actifs en cause. Aucune des parties défenderesses ne cite d'autorité ni de faits à l'appui de l'idée selon laquelle une quelconque entité autre que la banque Markazi disposerait de tels intérêts.

Sur cette base et en droit, aucune autre entité ne pourrait détenir de titre de propriété légal ou un droit en qualité de bénéficiaire effectif. Un droit en qualité de bénéficiaire effectif est «[un] droit à une chose ou l'anticipation d'une chose ... par opposition à la propriété légale de cette chose» (définition du mot «interest» dans *Black's Law Dictionary* (neuvième édition, 2009)). Le critère principal est celui de savoir si «[le propriétaire effectif] a bénéficié du bien comme s'il l'avait reçu directement» (voir *Exp.-Imp. Bank of U.S. v. Asia Pulp & Paper Co., Ltd.*, 609 F.3d 111, 120 (deuxième circuit, 2010) (citant *United States v. Coluccio*, 51 F.3d 337, 341 (deuxième circuit, 1995)). Le seul rôle de Clearstream touchant aux actifs bloqués est en qualité d'agent de la banque Markazi. Même en l'absence des restrictions, Clearstream ne produit aucun élément de preuve attestant de son droit d'utiliser ou de déplacer les actifs bloqués détenus auprès de Citibank sans l'autorisation ou les instructions expresses de la banque Markazi. Clearstream ne dispose pas non plus d'un droit de propriété légal, «un droit en qualité de bénéficiaire effectif [qui] confère à son titulaire le droit d'acquérir un titre légal formel» (*Lippe v. Genlyte Group Inc.*, 98 CIV. 8672 (DC), 2002 WL 531010 (S.D.N.Y. 8 avril 2002) (citant *Black's Law Dictionary* 1493 (septième édition, 1999)). Clearstream ne prétend pas disposer d'un titre de propriété légal ni d'un droit d'acquérir un tel titre de propriété sur les actifs bloqués, et elle ne présente pas le moindre élément de fait en ce sens. UBAE nie disposer du moindre «droit réel reconnu légalement» sur les fonds détenus chez Citibank<sup>17</sup>. L'une et l'autre ne sont que de simples titulaires de compte qui ne disposent pas de l'autorité requise pour déplacer ou utiliser les actifs sans instruction à cet effet. Comme Citibank, elles ne font que tenir un compte pour autrui, en l'occurrence, la banque Markazi.

En outre, les arguments de la banque Markazi selon lesquels elle jouit d'une immunité de saisie conservatoire avant comme après jugement sont fondés sur des dispositions de la FSIA sur lesquelles prévaut un autre texte (voir l'article 8772, paragraphe a), du titre 22 du code des Etats-Unis).

La banque Markazi a insisté, de manière répétée, sur le fait qu'elle était l'unique propriétaire effectif des actifs bloqués. Ainsi qu'indiqué ci-dessus, mais qui vaut le peine d'être répété dans le contexte de l'analyse de cette requête par le tribunal, la banque Markazi a, dans divers documents produits, allégué que «[p]lus de 1,75 milliard de dollars appartenant à la banque Markazi ... sont gelés sur un compte général de dépôt de titres ouvert auprès de [Citibank]» ; que «les titres soumis à restrictions sont la propriété de la banque Markazi, la banque centrale d'Iran» ; que «la valeur agrégée des instruments obligataires restants, c'est-à-dire des titres soumis à restrictions qui sont la propriété de la banque Markazi et qui font l'objet de l'action en remise d'actifs, est donc de 1,753 milliard de dollars» ; que «les titres soumis à restrictions sont présumés être la propriété de la banque Markazi» ; et que «les titres soumis à restrictions sont à première vue la propriété d'un tiers, la banque Markazi»

---

<sup>17</sup> UBAE admet ne pas posséder de «droit réel reconnu légalement» sur les obligations soumises à restriction (mémoire d'UBAE en opposition à la demande de jugement selon une procédure de référé, paragraphes 2 et 3). UBAE admet ainsi le point que les parties demanderesses veulent démontrer concernant le jugement rendu selon une procédure de référé : il n'existe, s'agissant d'UBAE, aucune question concernant un fait important quant à la propriété des obligations de la banque Markazi (et, ainsi que le démontre le reste de l'analyse qui précède, Clearstream ne dispose pas, non plus, de tels droits de propriété).

(voir les premières conclusions de la banque Markazi à l'appui de sa requête aux fins de rejet de la demande modifiée (les «premières conclusions de la banque Markazi»), paragraphes 1, 5, 9, 10 et 36, ECF n° 18). En outre, deux représentants de la banque Markazi ont juré sous peine de parjure que les actifs bloqués appartenaient «à la seule banque Markazi et [qu'ils] étaient détenus pour son propre compte» (déclaration en qualité de témoin de Gholamossein Arabieh, paragraphe 2 ; déclaration de Liviu Vogel à l'appui de la requête des parties demanderesse pour que soit rendu un jugement partiel selon une procédure de référé (la «déclaration de Vogel»), pièce J, 17 octobre 2010, ECF n° 210 ; déclaration en qualité de témoin d'Ali Asghar Massoumi, paragraphe 2, déclaration de Vogel, pièce K, 17 octobre 2010, ECF n° 210).

\*31 Il n'existe tout simplement pas ici d'autre propriétaire possible des droits réels que la banque Markazi ; il n'existe pas de question de fait propre à donner matière à procès.

## ii) Arguments constitutionnels

La banque Markazi et Clearstream insistent vivement sur le fait que, si le tribunal conclut que les actifs sont susceptibles de remise conformément à l'article 8772, il doit, avant de le faire, s'assurer que la loi est constitutionnelle. A cet égard, leur argumentation combine des arguments constitutionnels d'ordre général et d'autres, spécifiques, concernant l'article 8772, paragraphe a), du titre 22 du code des Etats-Unis. Ainsi qu'indiqué ci-dessus, l'article 8772, paragraphe a), alinéa 5), dispose que le tribunal doit vérifier si une autre personne possède un droit protégé par la Constitution sur les actifs en cause. Le tribunal a conclu sur ce point et personne d'autre ne dispose de tels droits.

Les divers arguments constitutionnels de Clearstream et de la banque Markazi sont infondés<sup>18</sup>.

### a) Séparation des pouvoirs

Premièrement, les parties défenderesses Clearstream et Banque Markazi soutiennent que, selon l'article III de la Constitution, l'article 8772 du titre 22 du code des Etats-Unis est un acte législatif contraire au principe de séparation des pouvoirs (voir le mémoire supplémentaire de la banque Markazi en opposition à la requête des parties demanderesse pour que soit rendu un jugement partiel selon une procédure de référé (le «mémoire supplémentaire de la banque Markazi en opposition à la requête des parties demanderesse»), paragraphes 10 à 12). Elles soutiennent qu'en adoptant l'article 8772 le Congrès a effectivement imposé des conclusions de fait spécifiques en liaison avec un litige particulier, empiétant ainsi sur le territoire des tribunaux (*ibid.*) (voir *U.S. v. Klein*, 80 U.S. 128, 146 (1871) (le Congrès ne peut prescrire les règles de décision des tribunaux des Etats)). Selon la banque Markazi, l'obligation de procéder à la vérification prévue dans cet article ne saurait le racheter, cette vérification étant une «feuille de vigne législative» qui impose à l'avance une conclusion selon laquelle la remise des actifs en cause est requise (mémoire supplémentaire de la banque Markazi en opposition à la requête des parties demanderesse, paragraphe 12).

Cet argument fait fi de l'économie de la loi. Le texte en soi ne «conclut» pas qu'une remise d'actifs soit requise ; le soin de prendre cette décision est spécifiquement laissé au tribunal. La loi n'est pas la résolution d'un différend juridique par le Congrès, qui serait d'exécution automatique ; elle exige au contraire que le tribunal statue 1) sur le fait de savoir si, et dans quelle mesure, l'Iran dispose d'un titre de propriété légal ou d'un droit en qualité de bénéficiaire effectif sur les actifs en cause ; et 2) sur le fait de savoir si une personne autre que l'Iran dispose d'un droit protégé par la Constitution sur les actifs en cause. Ces vérifications ne sont pas de simples feuilles de vigne ; le

---

<sup>18</sup> Les parties demanderesse ont allégué que Clearstream n'avait pas, en soi, qualité pour faire soulever une exception d'inconstitutionnalité, n'étant pas propriétaire des actifs bloqués et ne disposant même pas sur ceux-ci de droits en qualité de bénéficiaire. Aucune des exceptions d'inconstitutionnalité n'étant fondée — qu'il s'agisse de celles soulevées par la banque Markazi ou de celles Clearstream (et ces deux parties défenderesses en font valoir) —, le tribunal n'a pas à répondre à la question posée et il s'en abstient donc.

tribunal aurait fort bien pu conclure que les parties défenderesses avaient soulevé une question donnant matière à procès concernant le fait de savoir si les actifs bloqués étaient la propriété de l'Iran ou si Clearstream et/ou UBAE disposaient d'un titre de propriété légal ou d'un droit en qualité de bénéficiaire effectif sur ces actifs. Une vérification de ce type concluant à l'existence de véritables droits de tiers pourrait limiter, ou même empêcher, une remise d'actifs (au moins à ce stade). La loi «modifi[e] simplement le droit applicable aux affaires en cours» ; elle n'«usurpe [nullement] la fonction de juger confiée aux tribunaux fédéraux» (voir *Axel Johnson, Inc. v. Arthur Andersen & Co.*, 6 F.3d 78, 81 (deuxième circuit, 1993)). Franchement, le tribunal de céans a abondance de questions à juger.

#### **b) Décret législatif de condamnation et loi rétroactive**

De même l'article 8772 ne viole-t-il pas l'interdiction constitutionnelle des décrets législatifs de condamnation, non plus que celle des lois rétroactives. Un décret législatif de condamnation est un acte du Congrès qui 1) détermine la culpabilité par la voie législative ; et 2) inflige une sanction à une personne physique identifiable, 3) sans les protections qui s'attachent à un procès (voir *Nixon v. Administrator of General Services*, 433 U.S. 425, 468 (1977)). L'un des aspects fondamentaux d'un décret législatif de condamnation réside dans sa nature rétrospective, puisqu'il déclare illégale une conduite qui a déjà eu lieu (et qui était alors légale) (*Consolidated Edison Co. v. Pataki*, 292 F.3d 338, 349 (deuxième circuit, 2002)). En bref, il s'agit d'une déclaration ou d'une conclusion de culpabilité rétroactive par la loi.

\*32 En l'espèce, aucune «sanction» n'a été infligée rétrospectivement à la partie défenderesse. Ainsi qu'en a conclu ci-dessus le tribunal, les intermédiaires financiers (UBAE et Clearstream) ne disposent d'aucun titre de propriété légal, droit en qualité de bénéficiaire effectif ou droit protégé par la Constitution sur les actifs en cause ; il est donc impossible que la saisie de ces actifs constitue pour eux une «sanction». Quant à la banque Markazi, les parties demanderesses ont obtenu, il y a de cela plusieurs années, des jugements par défaut en matière de responsabilité et d'indemnisation qui condamnaient l'Etat iranien. Les décisions concernant la conduite de l'Iran reposaient sur des principes établis de *common law*. La responsabilité de l'Iran et l'obligation qui lui était faite de payer des dommages-intérêts ont donc été établies plusieurs années avant la loi de 2012. Il ne s'agit plus maintenant que d'une simple exécution sur des actifs qui se trouvent dans le district du tribunal, en rapport avec ces jugements. Avant la loi de 2012, la FSIA et la TRIA, ainsi que les lois et règlements de l'Etat de New York en matière civile, permettaient de soumettre ces actifs à un régime de restrictions et de procéder à une exécution sur eux. L'article 8772 est donc un texte législatif qui ne détermine pas la «culpabilité». Le droit établit clairement que «le simple fait que [la loi] impose de lourdes conséquences» ne signifie pas qu'il s'agit d'une sanction législative prohibée (*Nixon*, 433 U.S., paragraphe 742).

L'article 8772 ne regarde donc pas, non plus, vers le passé ; il n'a pas modifié les attentes raisonnables des parties quant aux actifs susceptibles de faire l'objet d'une saisie conservatoire et d'une remise. Et de fait, ce contentieux concernant la saisie conservatoire des actifs en cause a débuté bien avant l'adoption de l'article 8772.

#### **c) Expropriation**

La loi ne procède pas non plus à une expropriation inconstitutionnelle sans indemnisation, que ce soit pour Clearstream ou la banque Markazi. La clause d'expropriation de la Constitution dispose que «nulle propriété privée ne pourra être réquisitionnée dans l'intérêt public sans une juste indemnité» (Constitution des Etats-Unis, cinquième amendement).

Clearstream ne possède sur les actifs bloqués aucun droit de propriété protégé par la Constitution. Elle avance un argument purement juridique selon lequel un droit réel naîtrait de son

droit allégué à paiement par Citibank. Cet argument est dépourvu de fondement. La position de Clearstream n'est pas différente de celle de Citibank : elle est une simple partie prenante, qui ne dispose d'aucun droit réel reconnu légalement en relation avec le règlement au fond de ce différend. Il n'est guère douteux qu'elle estime nécessaire, pour ses relations avec sa clientèle, de plaider vigoureusement pour éviter des effets négatifs sur les intérêts *de sa cliente* (la banque Markazi), mais il n'en demeure pas moins que le dossier ne contient pas le moindre élément de preuve indiquant qu'elle agit en une quelconque qualité autre que celle d'agent ; elle n'est pas propriétaire des actifs en cause.

La jurisprudence que cite Clearstream à l'appui de sa position n'altère en rien cette analyse. Ainsi l'arrêt *Lucas v. S.C. Coastal Council* (505 U.S. 1003, 1019 (1992)) a-t-il trait à une expropriation éteignant un droit de propriété. L'affaire concernait un bien immeuble. Il va de soi que les droits de Clearstream en relation avec les actifs bloqués ne concernent que l'inscription en compte ; Clearstream fournit à sa cliente, UBAE, pour le compte de la banque Markazi, des services touchant aux actifs. Rien dans le dossier n'indique que Clearstream pourrait choisir unilatéralement de faire usage de ces actifs.

La doctrine de l'expropriation réglementaire, énoncée dans l'arrêt *Penn Central Transportation Co. v. City of New York* (438 U.S. 104, 124 (1978)), également cité par Clearstream, est tout aussi mal choisie. Dans cet arrêt, la Cour suprême a conclu qu'une réglementation, lorsqu'elle était structurée d'une manière particulière, pouvait avoir pour résultat une expropriation. Lorsqu'ils sont saisis de telles questions, les tribunaux doivent s'interroger sur 1) l'impact économique de la réglementation sur la partie demanderesse ; 2) la mesure dans laquelle la réglementation a interféré avec des attentes distinctes fondées sur des investissements ... ; et 3) la nature de l'acte de l'administration. L'unique argument avancé par Clearstream à l'appui de l'existence d'une telle expropriation réglementaire en l'espèce est qu'en sa qualité de partie prenante, dans l'hypothèse où les actifs seraient remis, elle pourrait être exposée à des demandes de la banque Markazi. Cette situation ne diffère pas de celle de Citibank. Clearstream n'a pas d'attentes distinctes fondées sur des investissements, puisqu'elle ne peut utiliser les fonds elle-même. La structure réglementaire qui encadre la remise d'actifs comporte d'amples (et il ne fait guère de doute qu'elles l'aient été) garanties de procédure régulière dans la poursuite d'un intérêt important et raisonnable de l'administration se rapportant à la réalisation de ses objectifs dans le domaine de la sécurité nationale.

\*33 Enfin, les droits et obligations de Clearstream ne diffèrent pas franchement sous le régime de l'article 8772 de ce qu'ils seraient en l'absence de cet article. Celui-ci permet peut-être à un tribunal, s'il se trouve au début de ce processus, d'éliminer les arguments infondés. En tout état de cause, le résultat dans cette affaire ne dépend pas entièrement, ni principalement, de l'existence de l'article 8772. La combinaison de la FSIA, de la TRIA et du décret présidentiel n° 13599 conduirait au même résultat. L'article 8772 ne saurait par conséquent constituer à lui seul une «expropriation» de quelque chose à quoi Clearstream et UBAE n'ont pas droit et à quoi la banque Markazi n'a plus droit.

Telle est la raison pour laquelle c'est à tort que la banque Markazi prétend que l'article 8772 réalise en soi une expropriation — en saisissant complètement son bien et en la dépossédant de toute exploitation économique dudit bien à son bénéfice (voir *Lucas*, 505 U.S., paragraphe 1019). La banque Markazi ne saurait avoir d'attentes raisonnables concernant les actifs en cause car, ainsi que la Cour en a jugé dans l'affaire *Hausler II*, une fois que des actifs sont bloqués, «les parties disposant de droits réels sur ces actifs n'ont pas d'attentes raisonnables que leurs droits réels ne seront ni diminués ni éteints».

L'article 8772 ne procède pas non plus à une expropriation pour un usage rigoureusement privé. La banque Markazi rappelle que l'administration fédérale «ne peut prendre le bien de A dans le seul but de le transférer à une autre partie privée B, même si une juste indemnisation est versée à A» (*Kelo v. City of New London, Conn.*, 545 U.S. 469, 477 (2005)). Le seul but de l'article 8772, allégué la banque Markazi, est d'exproprier un bien d'un Etat à des fins rigoureusement privées (voir

le mémoire supplémentaire de la banque Markazi en opposition à la requête des parties demanderesse, paragraphe 19).

Mais la loi n'est pas dépourvue d'objet public. Ainsi que le tribunal en a jugé dans une autre action visant à obtenir la remise d'actifs iraniens, l'attribution de ceux-ci n'est pas contraire à l'obligation d'usage public lorsque, ainsi que tel est le cas en l'espèce, le gouvernement s'efforce de répondre à la «menace inhabituelle et extraordinaire pour la sécurité nationale, la politique étrangère et l'économie américaines que ... représente l'Iran pour les Etats-Unis» (voir *In re 650 Fifth Ave. and Related Props.*, 777 F.Supp.2d 529, 576-77 (district sud de l'Etat de New York, 2011) (citant le décret présidentiel n° 12957, 60 FR 14615 (15 mars 1995))).

En outre, même l'article 8772 impose au tribunal de procéder à certaines vérifications avant d'ordonner la remise d'actifs : il doit vérifier qu'aucune partie ne dispose, sur le bien en cause, d'un droit protégé par la Constitution, d'un titre de propriété légal ou d'un droit en qualité de bénéficiaire. Dans le cadre de ces vérifications, le tribunal a autorisé la production de nombreux éléments de preuve ; les nombreux arbres qu'il a fallu abattre pour que le tribunal trace son sillon attestent de ce processus.

Enfin, l'argument de Clearstream selon lequel une remise d'actifs constituerait une violation de la clause d'égalité de protection ne convainc pas non plus. La loi est claire quant au fait qu'un texte législatif est présumé valide et sera confirmé pour autant qu'il soit raisonnablement lié à un intérêt public légitime (voir *City of Cleburne v. Cleburne Living Center*, 473 U.S. 432, 440 (1985)). Le fait que l'article 8772 soit utile à l'intérêt légitime des Etats-Unis pour la conduite de la politique étrangère du pays envers l'Iran ne saurait être sérieusement mis en cause. L'argument de Clearstream selon lequel l'article 8772 constitue une discrimination injuste envers les intermédiaires étrangers ne convainc pas. La loi est présumée valide ; les intermédiaires étrangers n'ont pas droit à un traitement spécial.

### **iii) Arguments d'UBAE**

\*34 La position d'UBAE n'est pas différente ; UBAE n'est qu'un maillon d'une chaîne de parties prenantes qui s'efforcent de préserver la banque Markazi d'une remise d'actifs. Nulle part UBAE ne prétend (et elle ne le pourrait pas) être la véritable propriétaire en qualité de bénéficiaire des actifs bloqués. Elle est, au plus, un maillon dans la chaîne forgée pour tenter d'empêcher des mesures d'exécution sur ces actifs. Même si UBAE peut contrôler les actifs bloqués, ce contrôle n'est pas pertinent ; il relève simplement de la disposition du décret présidentiel n° 13599 qui vise les personnes qui agissent «directement ou indirectement» pour le compte de l'Iran.

L'avis adressé à UBAE n'était pas non plus déficient ; il a été signifié avec tous les documents de la requête et son avocat a assisté aux conférences en cette affaire. UBAE ne formule ici pas d'autre argument qui pourrait modifier de manière crédible l'issue de la requête, tant en ce qui la concerne que pour ce qui est des autres parties défenderesses. UBAE étant simplement un agent de la banque Markazi, les actifs bloqués détenus au nom d'UBAE sont susceptibles de remise.

### **iv) Autres arguments avancés par les parties défenderesses pour s'opposer à la remise des actifs**

Les arguments du bouquet final des parties défenderesses en opposition à cette requête ont déjà été balayés sur la base de l'article 8772.

Les parties défenderesses soutiennent que 1) si le tribunal conclut que les actifs sont ceux de la banque Markazi, il violerait le traité d'amitié en autorisant une exécution sur ceux-ci ; 2) si les actifs sont ceux «de» la banque Markazi, dans ce cas les parties demanderesse n'ont pas démontré l'absence de question donnant matière à procès quant au fait de savoir si, au regard de l'article 1611,

paragraphe *b*), alinéa 1), de la FSIA, il s'agissait d'actifs utilisés à des fins de banque centrale ; 3) la banque Markazi jouit d'une immunité de saisie conservatoire avant comme après jugement, et il ne peut être dérogé à cette immunité ; et 4) font valoir divers arguments concernant la question de savoir si les actifs sont, d'un point de vue théorique, situés au Luxembourg et non à New York.

Aucun de ces arguments ne convainc. Le tribunal renvoie expressément aux précédentes analyses s'y rapportant ci-dessus. L'article 8772 énonce explicitement l'intention du Congrès de tenir l'Iran pour redevable des condamnations dont il fait l'objet. Il est important de souligner que la loi fait explicitement référence aux actifs en cause dans la présente action. Le Congrès a donc lui-même balayé les arguments finaux des parties défenderesses.

Lorsqu'il est saisi d'une requête pour que soit rendu un jugement selon une procédure de référé, le tribunal doit déterminer s'il existe une question de fait relevant de la justice propre à empêcher une remise d'actifs. Ainsi qu'indiqué précédemment, tel n'est pas le cas. La banque Markazi, qui est la banque centrale d'Iran, a affirmé à maintes reprises être l'unique propriétaire effectif des actifs. Aucune autre partie ne peut soulever une question donnant matière à procès sur ce point, qui est central. Et, au vu des éléments de preuve versés au dossier, aucun juge rationnel ne saurait conclure autrement.

Il est fait droit à la requête des parties demanderesses pour que soit rendu un jugement partiel selon une procédure de référé.

## VI. REQUÊTE EN EXÉCUTION FORMÉE PAR LES CRÉANCIERS JUDICIAIRES *BLAND*

Pour terminer, les créanciers judiciaires *Bland* présentent une requête en exécution fondée sur l'article 1610 du titre 29 du code des Etats-Unis (28 U.S.C. § 1610)<sup>19</sup>. Ce groupe de parties demanderesses a déjà obtenu une ordonnance fondée sur l'article 1610, rendue le 4 octobre 2012 par le tribunal fédéral du district de Columbia (voir ordonnance, *Estate of Steven Bland et al. v. Islamic Republic of Iran et al.*, 05-cv-2124 (RCL) (district du district de Columbia, 4 octobre 2012), ECF n° 84)). Elles demandent une ordonnance supplémentaire dans le présent district.

\*35 Si le tribunal n'exprime aucune opinion quant à la nécessité d'une ordonnance en vertu de l'article 1610, paragraphe *c*), dans une action fondée sur la TRIA<sup>20</sup>, les créanciers en l'affaire *Bland* procèdent à une démonstration suffisante pour que soit rendue une ordonnance d'exécution en vertu du paragraphe *c*) du même article 1610. Cet article de la FSIA prévoit l'exécution d'un jugement valide sur un organisme d'un Etat terroriste lorsque 1) le tribunal «décide qu'une durée raisonnable s'est écoulée depuis qu'un jugement a été rendu» ; et 2) qu'il a été procédé à «une notification [adéquate] conformément à l'article 1608, paragraphe *e*)» (28 U.S.C. § 1610(c)). Selon l'article 1608, paragraphe *e*), les méthodes de signification à une entité souveraine défaillante sont multiples, et peuvent notamment prendre la forme d'un «[envoi] en double exemplaire au secrétaire d'Etat de l'assignation et de la demande introductive d'instance, ainsi que d'un avis de poursuites, accompagnés d'une traduction de chacune de ces pièces dans la langue officielle de l'Etat étranger», pour transmission par note diplomatique (28 U.S.C. §§ 1608(a) et (e)).

Le jugement dans l'affaire *Bland* satisfait aux deux exigences de l'article 1610, paragraphe *c*). Les parties demanderesses présentent un jugement par défaut valide condamnant l'Iran en date du 12 décembre 2011 (requête *Bland* pour que soit rendue une ordonnance conformément à

---

<sup>19</sup> Les créanciers *Bland* sont les parties demanderesses dans l'affaire *Estate of Steven Bland et al. v. Islamic Republic of Iran et al.*, 05-cv-2124 (RCL) (district du district de Columbia).

<sup>20</sup> Les parties demanderesses à l'action *Peterson* ont soutenu dans un mémoire distinct qu'aucune ordonnance en vertu de l'article 1610, paragraphe *c*), n'était nécessaire à une exécution fondée sur la TRIA (voir le mémoire des parties demanderesses en réponse au jugement de référé, paragraphes 54-57). Le tribunal de céans concluant que les conditions de l'article 1610, paragraphe *c*), sont remplies en relation avec les créanciers *Bland*, il ne lui est pas nécessaire de traiter de la pertinence de l'ordonnance au regard de la TRIA.

l'article 1610, paragraphe *c*) du titre 28 du code des Etats-Unis (la «requête Bland fondée sur l'article 1610, paragraphe *c*)»), annexe A, ECF n° 305). La signification à l'Iran par la voie du département d'Etat a été effectuée le 4 juillet 2012, conformément à l'article 1608, paragraphe *a*), du titre 28 du code des Etats-Unis (28 U.S.C. § 1608(a)) (voir *Affidavit of Service, Estate of Steven Bland, et al. v. Islamic Republic of Iran, et al.*, 05-cv-2124 (RCL) (district du district de Columbia, 13 août 2012), ECF n° 82). Le Gouvernement iranien a disposé de plus de 100 jours, à compter de la date de cette opinion et ordonnance, pour réagir au jugement dans l'affaire *Bland* ; il ne l'a pas fait. Au regard de l'article 1610, paragraphe *c*), ce délai est raisonnable (voir, par exemple, *Gadsby & Hannah v. Socialist Republic of Romania*, 698 F.Supp. 483, 486 (district sud de l'Etat de New York, 1988) (deux mois constituent un «délai raisonnable» aux termes de l'article 1610, paragraphe *c*) ; *Ferrostaal Metals v. S.S. Lash Pacifico*, 652 F.Supp. 420, 423 (district sud de l'Etat de New York, 1987) (trois mois constituent un délai raisonnable aux termes de l'article 1610, paragraphe *c*)).

Il est fait droit à la requête des créanciers *Bland* pour que soit rendue une ordonnance de saisie conservatoire et/ou de remise d'actifs, conformément à l'article 1610 du titre 28 du code des Etats-Unis. Les créanciers *Bland* peuvent procéder au recouvrement des sommes dues au titre du jugement *Bland* par saisie conservatoire et/ou exécution, ou par tous autres moyens permis par la loi en vigueur, sur les actifs de la République islamique d'Iran et du ministère iranien du renseignement et de la sécurité, conformément à l'article 1610, paragraphes *a*) et *b*) du titre 28 des Etats-Unis.

## CONCLUSIONS

Par ces motifs, tels qu'exposés plus complètement ci-dessus, les requêtes ci-après sont *rejetées* :

- la requête d'UBAE aux fins de rejet des demandes ;
- la requête de Clearstream aux fins de rejet des demandes ;
- la requête de la banque Markazi aux fins de rejet des demandes ;
- la requête de Clearstream pour la levée des restrictions et la requête renouvelée pour que soient levées les restrictions ;

Par les motifs exposés ci-dessus, *il est fait droit* aux requêtes suivantes :

- la requête des parties demanderesses pour que soit rendu un jugement partiel selon une procédure de référé ;
- la requête des créanciers judiciaires *Bland* en exécution.

Les parties conféreront et soumettront conjointement, au plus tard le 15 mars 2013, une proposition de calendrier pour le règlement du reste de l'affaire. Si les parties ne parviennent pas à se mettre d'accord, elles indiqueront dans une lettre de même date les questions et les aspects dont elles pensent qu'ils restent à régler, ainsi que le calendrier proposé par chaque partie.

**\*36** Il est donné instruction au greffier du tribunal de clore les requêtes ECF n<sup>os</sup> 174, 205, 209, 295, 299 (scellée), 301 et 305 (scellée).

*Il en est ainsi ordonné.*

Décision non publiée dans F.Supp.2d, 2013 WL 1155576

---

ANNEXE 109

**BANK MARKAZI V. PETERSON, 136 S.Ct. 1310 (2016)**

[Traduction]

136 S.Ct. 1310 Cour suprême des Etats-Unis

*Banque Markazi, également appelée banque centrale d'Iran, requérant,  
c. Deborah Peterson, et al.*

N° 14-770

Audience : 13 janvier 2016

Décision : 20 avril 2016

**Résumé**

**Rappel des faits :** Les représentants de centaines d'Américains tués lors d'attentats terroristes soutenus par l'Iran ont intenté une action contre la République islamique d'Iran en vertu de la loi sur l'assurance contre les risques associés au terrorisme [*Terrorism Risk Insurance Act*] («TRIA») et de la loi de 2012 sur la réduction de la menace iranienne et sur les droits de l'homme en Syrie, dans le but d'obtenir, sur la base de jugements rendus contre l'Iran pour ces attentats terroristes, la remise d'actifs s'élevant à 1,75 milliard de dollars au titre de dommages et intérêts compensatoires, jamais versés. Le tribunal fédéral du district sud de l'Etat de New York, Katherine B. Forrest, J., 2013 WL 1155576, a rendu en faveur des demandeurs un jugement selon une procédure de référé, et a rejeté la demande de réexamen, 2013 WL 2246790. Le défendeur a fait appel. La cour d'appel fédérale du deuxième circuit, John M. Walker, Jr., juge d'appel, 758 F.3d 185, a confirmé le jugement. Une ordonnance de *certiorari* a été rendue.

La juge Ginsburg, juge près la Cour suprême, a estimé que la loi de 2012 sur la réduction de la menace iranienne et sur les droits de l'homme en Syrie ne violait pas les principes de séparation des pouvoirs.

Confirmé.

Le juge Thomas s'est joint en partie à cette opinion.

Le président Roberts a présenté une opinion dissidente à laquelle s'est jointe la juge Sotomayor.

**\*1314 Résumé\***

Les ressortissants des Etats-Unis peuvent réclamer des dommages-intérêts à des Etats soutenant le terrorisme devant les tribunaux fédéraux (voir titre 28 du code des Etats-Unis §1605A). Les demandeurs qui l'emportent rencontrent toutefois fréquemment des difficultés pratiques et juridiques pour faire exécuter les jugements obtenus par eux. Pour que la disponibilité de certains actifs pour l'exécution de jugements condamnant l'Iran échappe à la controverse, le Congrès a adopté

---

\* Ce résumé ne fait pas partie de l'opinion de la Cour ; il a été préparé par le responsable de la publication des décisions pour faciliter la lecture (voir *United States v. Detroit Timber & Lumber Co.*, 200 U.S. 321. 337, 26 S.Ct. 282, 50 L.Ed. 499).

la loi de 2012 sur la réduction de la menace iranienne et sur les droits de l'homme en Syrie. Dans ses aspects pertinents en l'espèce, la loi met à disposition un ensemble d'actifs désignés pour l'application des jugements sous-jacents à une procédure d'exécution consolidée que la loi identifie par le numéro de rôle du tribunal fédéral de district (titre 22 du code des Etats-Unis § 8772). L'alinéa 2) du paragraphe a) de l'article 8772 requiert qu'avant d'autoriser des mesures d'exécution sur ces actifs, un tribunal vérifie \*1315 notamment «que l'Iran détient un titre de propriété légal ou un droit en qualité de bénéficiaire effectif sur les actifs».

Les défendeurs (plus de 1000 victimes d'actes de terrorisme soutenus par l'Iran, leurs représentants successoraux et des membres survivants de leur famille) s'organisent en 16 groupes informels ayant chacun intenté un procès contre l'Iran. Pour faire exécuter les jugements obtenus par eux par défaut, les 16 groupes ont demandé la remise d'environ 1,75 milliard de dollars d'avoirs obligataires détenus sur un compte auprès d'une banque new-yorkaise, avoirs dont les défendeurs alléguaient qu'ils appartenaient à la banque Markazi, la banque centrale d'Iran. La procédure de remise a débuté en 2008. En 2012, les titulaires du jugement ont mis à jour leurs requêtes pour inclure des demandes d'exécution en application de l'article 8772. La banque Markazi a maintenu que l'article 8772 ne pouvait passer le crible du contrôle juridictionnel sur la base de la doctrine de la séparation des pouvoirs, soutenant que le Congrès avait usurpé le rôle du juge en ordonnant un résultat particulier dans une procédure d'exécution en cours. Le tribunal fédéral de district ne l'a pas suivie sur ce terrain et a jugé que l'article 8772 modifiait de manière licite la loi applicable dans un litige en cours.

Le deuxième circuit a confirmé le jugement de première instance.

*Il est jugé comme suit* : l'article 8772 ne viole pas la séparation des pouvoirs (p. 1322-1329).

- a) L'article III de la Constitution crée un pouvoir judiciaire indépendant dont «le domaine et le devoir ... [sont] de dire ce qu'est le droit» dans des affaires et différends particuliers (*Marbury v. Madison*, 1 Cranch 137, 177, 2 L.Ed. 60). Il s'ensuit nécessairement que cette attribution d'autorité interdit au Congrès d'«exig[er] des tribunaux fédéraux qu'ils exercent le pouvoir judiciaire d'une manière qu'interdit l'article III» (*Plaut v. Spendthrift Farm, Inc.*, 514 U.S. 211, 218, 115 S.Ct. 1447, 131 L.Ed.2d 328). Bien que l'article III interdise au Congrès de dire à un tribunal comment appliquer le droit préexistant à des circonstances particulières (*Robertson v. Seattle Audubon Soc.*, 503 U.S. 429, 438-439, 112 S.Ct. 1407, 118 L.Ed.2d 73), le Congrès peut modifier une loi et rendre la disposition modifiée applicable de manière rétroactive aux affaires en cours (*Landgraf v. USI Film Products*, 511 U.S. 244, 267-268, 114 S.Ct. 1483, 128 L. Ed.2d 299 ; *United States v. Schooner Peggy*, 1 Cranch 103, 110, 2 L.Ed. 49). Dans son arrêt *United States v. Klein* (13 Wall. 128, 146, 20 L.Ed. 519), cette Cour a remarqué de manière énigmatique que le Congrès ne pouvait «prescrire des règles de décision au pouvoir judiciaire ... dans des affaires [en cours]». Des décisions plus récentes ont précisé que l'arrêt *Klein* n'interdisait pas au Congrès de «réform[er] le droit en vigueur» (*Robertson*, 503 U.S., 441, 112 S.Ct. 1407 ; *Plaut*, 514 U.S., 218, 115 S.Ct. 1447). C'est précisément ce que fait l'article 8772 : il impose au juge d'appliquer une nouvelle norme légale dans une procédure d'exécution après jugement en cours. Il n'en résulte pas de résultat différent car, ainsi que le soutient la banque Markazi, le résultat de l'application de l'article 8772 aux faits en la procédure ci-après était une «conclusio[n] courue d'avance» (mémoire de la demanderesse au pourvoi, 47). Une loi n'empiète pas sur le pouvoir judiciaire lorsqu'elle donne aux tribunaux instruction d'appliquer une nouvelle norme de droit à des faits incontestés (voir *Pope v. United States*, 323 U.S. 1, 11, 65 S.Ct. 16, 89 L.Ed. 3. p. 1322-1326).
- b) L'article 8772 n'est pas non plus invalide parce que, ainsi que le soutient en outre la banque Markazi, il énonce une règle applicable à une seule affaire en cours identifiée par son intitulé et son numéro de rôle. La loi réformée confirmée dans l'affaire *Robertson* s'appliquait également à des affaires identifiées dans le texte par leur intitulé et leur numéro de rôle (503 U.S., 440, 112 S.Ct. 1407). En outre, l'article 8772 n'est pas une instruction régissant une seule affaire : il facilite

l'exécution de jugements dans 16 procès. Si elles ont été consolidées à des fins administratives lors de la phase d'exécution, les demandes d'exécution de jugement n'étaient pas indépendantes des actions en indemnisation originelles, et chacune d'elles conservait un caractère distinct. En tout état de cause, les arguments de la banque reposent sur l'hypothèse erronée selon laquelle une loi doit être d'application générale (voir \*1316 *Plaut*, 514 U.S., 239, n. 9, 115 S.Ct. 1447). Cette cour a, de même que les juridictions inférieures, considéré que les lois régissant un sujet particulier, ou un faible nombre de sujets, constituaient un exercice valide du pouvoir législatif du Congrès (p. 1322-1326).

- c) Donnant un poids accru à cette décision, l'article 8772 correspond à l'exercice de l'autorité du Congrès en matière d'affaires étrangères, domaine dans lequel le rôle prépondérant des pouvoirs politiques est à la fois nécessaire et adéquat. Des mesures ont été prises par les pouvoirs politiques pour contrôler l'affectation des biens d'Etats étrangers, y compris en bloquant des actifs spécifiques d'Etats étrangers ou en les rendant disponibles pour saisie, n'ont jamais été rejetés en tant qu'empiètement sur le pouvoir judiciaire de l'article III (cf. *Dames & Moore v. Regan*, 453 U.S. 654, 674, 101 S.Ct. 2972, 69 L.Ed.2d 918). En particulier, avant l'adoption de la loi sur l'immunité des Etats étrangers, le pouvoir exécutif prenait régulièrement des décisions spécifiques dans des affaires particulières quant à l'opportunité de reconnaître l'immunité étatique, et les tribunaux les acceptaient et en reconnaissaient le caractère contraignant (voir, par exemple, *Republic of Austria v. Altmann*, 541 U.S. 677, 689-691, 124 S.Ct. 2240, 159 L.Ed.2d 1). Cette pratique non plus n'a jamais été considérée comme un empiètement sur la compétence des tribunaux fédéraux (*Dames & Moore*, 453 U.S., 684-685, 101 S.Ct. 2972, p. 1327-1329).

758 F. 3d 185, confirmé.

La juge Ginsburg a rédigé l'opinion de la Cour, à laquelle se sont joints les juges Kennedy, Breyer, Alito et Kagan, de même que, excepté en ce qui concerne la section C de la partie II, le juge Thomas. Le président Roberts a présenté une opinion dissidente, à laquelle s'est jointe la juge Sotomayor.

#### **Avocats et cabinets d'avocats**

David M. Lindsey, Andreas A. Frischknecht, Chaffetz Lindsey LLP, New York, NY, Jeffrey A. Lamken, Robert K. Kry, Lauren M. Weinstein, Sarah J. Newman, MoloLamken LLP, Washington, DC, pour le requérant.

Liviu Vogel, Salon Marrow Dyckman, Newman & Broudy LLP, New York, NY, James P. Bonner, Patrick L. Rocco, Patrick L. Rocco, Susan M. Davies, Stone Bonner & Rocco LLP, New York, NY, Theodore B. Olson, Matthew D. McGill, Jonathan C. Bond, Lochlan F. Shelfer, Gibson, Dunn & Crutcher LLP, Washington, DC, Ashley E. Johnson, Gibson, Dunn & Crutcher LLP, Dallas, TX, Shale D. Stiller, Richard M. Kremen, Dale K. Cathell, DLA Piper US LLP (US), Baltimore, MD, Keith Martin Fleischman, Fleischman Law Firm, New York, NY, Douglass A. Mitchell, Boies, Schiller & Flexner LLP, Las Vegas, NV, Noel J. Nudelman, Heideman Nudelman & Kalik, P.C., Washington, DC, Steven R. Perles, Perles Law Firm, P.C., Washington, DC, Thomas Fortune Fay, Fay Kaplan Law, P.A., Washington, DC, Suzelle M. Smith, Dan Howarth, Howarth & Smith (LA), Los Angeles, CA, Curtis C. Mechling, James L. Bernard, Stroock & Stroock & Lavan LLP, New York, NY, pour les défendeurs au pourvoi.

## Opinion

La juge Ginsburg a rédigé l'opinion de la Cour\*

Une disposition de la loi américaine de 2012 sur la réduction de la menace iranienne et sur les droits de l'homme en Syrie (titre 22 du code des Etats-Unis § 8772) met à disposition pour exécution après jugement une série d'actifs détenus auprès d'une banque new-yorkaise par la banque Markazi, qui est la banque centrale d'Iran. Les actifs permettraient d'exécuter partiellement des jugements obtenus dans des actions distinctes par plus d'un millier de victimes d'actes de terrorisme soutenus par l'Iran. Les jugements \*1317 n'ont pas encore donné lieu à paiement. L'article 8772 est un texte de loi sortant de l'ordinaire : il désigne un ensemble particulier d'actifs et les met à disposition pour l'exécution de jugements en matière de responsabilité et d'indemnisation à l'origine d'une procédure groupée d'exécution que la loi identifie par le numéro de rôle du tribunal fédéral de district. La question soulevée par la banque Markazi, demanderesse au pourvoi : l'article 8772 contrevient-il à la séparation des pouvoirs en prétendant réformer la loi pour une seule affaire en cours, et en prescrivant dans celle-ci un résultat particulier ?

Nous jugeons que l'article 8772 ne viole pas les contraintes imposées au Congrès et au président par la Constitution. La loi, soulignons-nous, ne saurait être décrite honnêtement comme un «régime propre à une seule affaire» (mémoire de la demanderesse au pourvoi, 27). Elle couvre en fait une catégorie de demandes d'exécution après jugement introduites par plusieurs demandeurs qui, dans diverses actions civiles, ont obtenu des jugements fondés sur des éléments de preuve condamnant l'Iran qui, ensemble, s'élèvent à plusieurs milliards de dollars. L'article 8772 rend les actifs désignés susceptibles des mesures d'exécution «en exécution de *toute* décision de justice» condamnant l'Iran pour des dommages causés par des actes de terrorisme spécifiés (§8772(a)(1)) (les italiques sont de nous). Le Congrès peut, ainsi que nos décisions l'indiquent clairement, réformer la loi et décider que les modifications s'appliquent aux affaires en cours, même lorsque la réforme a pour effet de déterminer le résultat.

Donnant plus de poids à notre décision, le Congrès a adopté, et le président a signé, l'article 8772 pour compléter leur position sur une question de politique étrangère. Dans ce domaine, les mesures prises méritent que les tribunaux se montrent respectueux dans leur contrôle. Le pouvoir exécutif a, historiquement, pris des décisions en matière d'immunité des Etats étrangers dans des cas particuliers que les tribunaux ont respecté. Et l'exercice, par le Congrès et le président, d'un contrôle sur les demandes visant les Etats étrangers, ainsi que les biens appartenant à des Etats étrangers aux Etats-Unis, est loin d'être une nouveauté. En accord avec les tribunaux ci-après, nous ne voyons dans l'article 8772 aucune violation des principes de séparation des pouvoirs, non plus qu'aucune menace pour l'indépendance du pouvoir judiciaire.

I

A

Nous exposons ici les dispositions légales pertinentes en l'espèce. Les ressortissants des Etats-Unis peuvent réclamer des dommages-intérêts à des Etats soutenant le terrorisme devant les tribunaux fédéraux (voir titre 28 du code des Etats-Unis §1605A). Spécifiquement, ils peuvent soumettre une «demande de dommages-intérêts ... contre un Etat étranger à raison d'un préjudice corporel ou d'un décès attribuable à» des actes de terrorisme, et notamment «de torture, à une exécution extrajudiciaire, au sabotage d'un aéronef ou à une prise d'otages, ou de la fourniture d'un appui matériel ou financier» à des activités terroristes (§1605A(a)(1)). Cette autorisation (appelée «exception pour terrorisme») figure parmi un certain nombre d'exceptions énumérées prévues par la

---

\* Le juge Thomas se joint à toutes les parties de cette opinion, excepté concernant la section C de la partie II.

loi américaine de 1976 sur l'immunité des Etats étrangers à la règle générale de l'immunité des Etats étrangers<sup>1</sup>.

Les victimes du terrorisme soutenu par un Etat peuvent, comme dans d'autres procédures dans le cadre d'une dérogation prévue par la loi sur l'immunité des Etats étrangers, obtenir la condamnation d'un Etat étranger en «fourniss[ant] au tribunal des preuves satisfaisantes du bien-fondé de sa demande» (§1608(e)). Après avoir obtenu un jugement, néanmoins, la procédure des demandeurs en vertu de l'exception pour terrorisme «s'est fréquemment heurtée à des difficultés pratiques et juridiques» lors de la phase d'exécution \*1318 (mémoire des Etats-Unis en qualité d'*amicus curiae*, 2). Sous réserve d'exceptions énoncées, la loi sur l'immunité des Etats étrangers protège les biens de l'Etat étranger de l'exécution (§1609). Lorsque l'exception pour terrorisme a été adoptée, seuls les biens d'un Etat étranger situés aux Etats-Unis et «utilisés à des fins commerciales» étaient disponibles pour l'exécution des jugements (§1610(a)(7), (b)(3)). Limitant un peu plus les perspectives d'exécution des jugements, la loi sur l'immunité des Etats étrangers protège de mesures d'exécution les biens «détenus pour son propre compte par une banque centrale ou une autorité monétaire étrangère» (§1611(b)(1)).

Pour aplanir ces difficultés d'exécution, le Congrès a adopté la loi américaine de 2002 sur l'assurance contre les risques associés au terrorisme [*Terrorism Risk Insurance Act*] («TRIA»), qui autorise l'exécution des jugements obtenus en vertu de l'exception pour terrorisme de la loi sur l'immunité des Etats étrangers sur «les actifs bloqués [d'une] partie terroriste (y compris ceux de tout établissement ou organisme de celle-ci)» (§201(a), 116 Stat. 2337, note suivant l'article 1610 du titre 28 du code des Etats-Unis. Un «actif bloqué» est un actif saisi par le pouvoir exécutif conformément à la loi sur le commerce avec l'ennemi [*Trading with the Enemy Act*] («TWEA») (40 Stat. 411, 50 U.S.C. App. 1 et suiv.) ou à la loi sur les pouvoirs économiques en cas d'urgence internationale [*International Emergency Economic Powers Act*] («IEEPA») (91 Stat. 1625, 50 U.S.C. §1570 et suiv.) (voir TRIA §201(d)(2)). Ces deux textes, la loi sur le commerce avec l'ennemi et la loi sur les pouvoirs économiques en cas d'urgence internationale, autorisent le président à geler les actifs d'«Etat[s] étrangers ennemi[s]», ainsi que de leurs établissements et organismes (mémoire des Etats-Unis en qualité d'*amicus curiae*, 25). Ces régimes de blocage «placent le contrôle des actifs étrangers entre les mains du président afin qu'il puisse en disposer de la manière la plus utile aux relations extérieures des Etats-Unis et à leurs intérêts dans le domaine de la sécurité nationale» (*ibid.*) (les guillemets internes ont été omis par nous)<sup>2</sup>.

Invoquant son autorité en vertu de la loi sur les pouvoirs économiques en cas d'urgence internationale, le président a, en février 2012, promulgué un décret présidentiel bloquant «[t]ous les biens et droits afférents des institutions financières iraniennes, y compris ceux de la banque centrale iranienne, se trouvant actuellement ou à l'avenir sur le territoire des Etats-Unis» (décret présidentiel

---

<sup>1</sup> La loi américaine sur l'immunité des Etats étrangers «offre la seule base d'obtention de compétence en relation avec un Etat étranger devant les tribunaux de ce pays», et crée au bénéfice des autorités publiques étrangères «une présomption d'immunité de juridiction devant les tribunaux américains, à moins que la loi ne prévoie l'application d'exceptions à l'immunité étatique» (*OBB Personenverkehr AG v. Sachs*, 577 U.S. —, —, 136 S.Ct. 390, 394, 193 L.Ed.2d 269 (2015) (les guillemets internes ont été omis par nous) ; voir (28 U.S.C. §1330(a) (conférant une compétence en relation avec «toute demande ... en liaison avec laquelle l'Etat étranger n'a pas droit à l'immunité»); l'article 1604 (sur l'«[i]mmunité de juridiction de l'Etat étranger»)).

<sup>2</sup> Accroissant encore la disponibilité d'actifs disponibles pour exécution après obtention d'un jugement, le Congrès a, en 2008, réformé la loi sur l'immunité des Etats étrangers pour rendre susceptibles de mesures d'exécution les biens (bloqués ou non) d'un Etat étranger soutenant le terrorisme, ou de ses établissements ou organismes, en exécution d'une condamnation de cet Etat (voir article 1083 de la loi sur le budget de la défense nationale pour l'exercice 2008, 122 Stat. 341, 28 U.S.C. §1610(g)). A la différence de la loi sur l'assurance contre les risques associés au terrorisme, le paragraphe g) de l'article 1610 ne prévaut sur «aucune autre disposition de la loi» (voir TRIA §201(a)). D'où le fait que la disposition de la loi sur l'immunité des Etats étrangers relative à l'immunité des banques centrales (voir *supra*, 1316) limite le paragraphe g) de l'article 1610, mais non la loi sur l'assurance contre les risques associés au terrorisme.

n° 13599, 3 CFR 215 (2012 Comp.)). La disponibilité de ces actifs pour exécution a néanmoins été contestée<sup>3</sup>.

Pour que la disponibilité de certains des actifs bloqués par le décret présidentiel n° 13599 pour l'exécution de jugements condamnant l'Iran échappe à la controverse, le Congrès a adopté le texte en cause en l'espèce : article 502 de la loi de 2012 sur la réduction de la menace iranienne et sur les droits de l'homme en Syrie (126 Stat. 1258, titre 22 du code des Etats-Unis §8772). Adopté en tant que mesure autonome, et non à titre de modification de la loi sur l'immunité des Etats étrangers ou de la loi de 2002 sur l'assurance contre les risques associés au terrorisme<sup>4</sup>, l'article 8772 prévoit que, si un tribunal parvient à des conclusions spécifiées, «un actif financier ... est saisissable en exécution ... \*1319 de toute décision de justice à concurrence des dommages-intérêts compensatoires adjugés contre l'Iran à raison de tout préjudice corporel ou décès attribuable à» des actes de terrorisme énumérés dans l'exception pour terrorisme de la loi sur l'immunité des Etats étrangers (§8772(a)(1)). Le paragraphe *b*) de l'article 8772 définit comme disponibles pour exécution par les personnes en possession de jugements en matière de terrorisme condamnant l'Iran «les actifs financiers en cause dans l'affaire *Peterson et al. v. Islamic Republic of Iran et al.* (affaire n° 10 Civ. 4518 (BSJ) (GWG)), portée devant le tribunal fédéral du district sud de l'Etat de New York, et mis sous main de justice à l'initiative des demandeurs en l'espèce».

Avant de permettre une exécution sur un actif décrit dans le paragraphe *b*) de l'article 8772, un tribunal doit établir que l'actif est :

- «A) est détenu aux Etats-Unis pour un intermédiaire en valeurs mobilières étranger exerçant une activité aux Etats-Unis ;
- B) est un actif bloqué (qu'il soit ou non débloqué par la suite) ... ; et
- C) est égal en valeur à un actif financier de l'Iran, y compris un actif de la banque centrale, d'une autre autorité monétaire de l'Etat iranien ou d'un établissement ou organisme de celui-ci» (§8772(a)(1)).

En outre, le tribunal saisi de la procédure d'exécution doit vérifier «que l'Iran détient un titre de propriété légal ou un droit en qualité de bénéficiaire effectif sur les actifs, ... et qu'aucune autre personne ne possède un droit protégé par le cinquième amendement de la Constitution des Etats-Unis sur ces mêmes actifs» (§8772(a)(2)).

## B

Les défendeurs sont des victimes d'actes de terrorisme soutenus par l'Iran, leurs représentants successoraux et des membres survivants de leur famille (voir appendice à demande d'ordonnance de *certiorari* 52a-53a) ; mémoire des défendeurs au pourvoi, 6). Les défendeurs, dont le nombre excède le millier, s'organisent en 16 groupes informels ayant chacun intenté un procès contre l'Iran en vertu de l'exception pour terrorisme de la loi sur l'immunité des Etats étrangers (appendice au mémoire des défendeurs au pourvoi, 1a-2a). Tous les procès ont été intentés devant le tribunal fédéral du

---

<sup>3</sup> La banque Markazi a allégué, à titre de moyen de défense contre les mesures d'exécution, que les actifs bloqués n'étaient pas «des» actifs de la banque Markazi (voir TRIA §201(a)). Faisant référence au droit des biens public, la banque Markazi a allégué qu'il s'agissait d'actifs «d'un» intermédiaire financier qui les détenait aux Etats-Unis pour le compte de la banque Markazi (voir appendice à demande d'ordonnance de *certiorari* (App. to Pet. for Cert.) 96a-100a).

<sup>4</sup> L'alinéa 1) du paragraphe *a*) de l'article 8772 du titre 22 du code des Etats-Unis s'applique «nonobstant toute autre disposition de la loi, notamment en ce qui a trait à l'immunité des Etats étrangers, et par dérogation à toute disposition incompatible de la législation des différents Etats de l'Union».

district de Columbia<sup>5</sup>. Considérant qu'il existait, pour chacun des demandeurs, des preuves claires de la responsabilité de l'Iran, le tribunal a rendu des jugements par défaut (voir, par exemple, *Peterson v. Islamic Republic of Iran*, 264 F. Supp. 2d 46, 49 (2003)). La majorité des défendeurs demandaient réparation pour préjudice corporel subi en liaison avec l'attentat de 1983 contre le casernement des fusiliers marins américains à Beyrouth, au Liban (\*1320 voir appendice à demande d'ordonnance de *certiorari*, 21a)<sup>6</sup>. «Ensemble, [les défendeurs] ont obtenu la condamnation de l'Iran à plusieurs milliards de dollars, dont la vaste majorité demeure impayée» (*ibid.*, 53a)<sup>7</sup>. La validité de ces jugements n'est pas en cause (*id.*, 55a).

Pour faire exécuter leurs jugements, les 16 groupes de défendeurs ont commencé par les faire enregistrer auprès du tribunal fédéral du district sud de New York (voir titre 28 du code des Etats-Unis §1963 («[u]n jugement ... peut être enregistré ... dans tout autre district... Un jugement ainsi enregistré a même effet qu'un jugement du tribunal fédéral du district d'enregistrement et peut être exécuté de la même manière»)). Ils ont ensuite demandé, conformément à l'article 69 des règles fédérales de procédure civile, la remise d'environ 1,75 milliard de dollars en avoirs obligatoires se trouvant sur un compte d'une banque new-yorkaise, avoirs dont les défendeurs soutenaient qu'ils étaient la propriété de la banque Markazi (voir appendice au mémoire des défendeurs, 52a-54a, 60a, et n. 1 ; deuxième demande modifiée dans l'affaire n° 10-CIV-4518 (SDNY), p. 6)<sup>8</sup>. Cette procédure de remise a débuté en 2008, lorsque les titulaires d'un jugement en matière de terrorisme en l'affaire *Peterson* (264 F. Supp. 2d 46) ont présenté des titres d'exécution, à la suite de quoi, le tribunal fédéral de district a ordonné la saisie-arrêt conservatoire des obligations (appendice au mémoire des défendeurs, 14a-15a, 62a). D'autres groupes de détenteurs de jugements en matière de terrorisme (dont certains ont déposé leurs propres titres d'exécution sur les obligations) ont été joints à l'instance n° 10-CIV-4518, qui est la procédure d'exécution *Peterson*, au moyen de multiples mécanismes

---

<sup>5</sup> Les 16 jugements sont notamment : *Wultz v. Islamic Republic of Iran*, 864 F. Supp. 2d 24 (DC 2012) ; *Murphy v. Islamic Republic of Iran*, 740 F. Supp. 2d 51 (DC 2010) ; *Valore v. Islamic Republic of Iran*, 700 F. Supp. 2d 52 (DC 2010) (rendant un jugement en consolidation de quatre actions en cause en l'espèce : *Valore*, n° 1:03-cv-01959 ; *Bonk v. Islamic Republic of Iran*, n° 1:08-cv-01273 ; *Spencer v. Islamic Republic of Iran*, n° 1:06-cv-00750 ; et *Arnold v. Islamic Republic of Iran*, n° 1:06-cv-00516) ; *Estate of Brown v. Islamic Republic of Iran*, n° 1:08-cv-00531 (DDC, 1<sup>er</sup> févr. 2010) ; *Acosta v. Islamic Republic of Iran*, 574 F. Supp. 2d 15 (DC 2008) ; *Beer v. Islamic Republic of Iran*, 574 F. Supp. 2d 1 (DC 2008) ; *Kirschenbaum v. Islamic Republic of Iran*, 572 F. Supp. 2d 200 (DC 2008) ; *Levin v. Islamic Republic of Iran*, 529 F. Supp. 2d 1 (DC 2007) ; *Estate of Heiser v. Islamic Republic of Iran*, 466 F. Supp. 2d 229 (DC 2006) ; *Estate of Bland v. Islamic Republic of Iran*, n° 1:05-cv-02124 (DDC, Déc. 6, 2006) ; *Greenbaum v. Islamic Republic of Iran*, 451 F. Supp. 2d 90 (DC 2006) ; *Campuzano v. Islamic Republic of Iran*, 281 F. Supp. 2d 258 (DC 2003) (rendant un jugement dans les actions *Rubin*, *Rubin v. Islamic Republic of Iran*, n° 1:01-cv-01655, dont les demandeurs ont, en l'espèce, qualité de défendeur au pourvoi, et *Campuzano*, dont les demandeurs ne sont pas défendeurs au pourvoi) ; *Peterson v. Islamic Republic of Iran*, 264 F. Supp. 2d 46 (DC 2003). Les demandes contre l'Iran de trois autres groupes de demandeurs ont été rejetées avec le consentement de leurs auteurs dans le litige en l'instance après avoir «informé le [tribunal fédéral de district] du fait qu'aucun des demandeurs dans ces actions n'a[va]it obtenu de jugements d'indemnisation condamnant l'Iran» (appendice à demande d'ordonnance de *certiorari* 19a).

<sup>6</sup> «A approximativement 6 h 25, heure de Beyrouth, ... [un] poids-lourd a enfoncé ... une clôture et un mur de sacs de sable avant de pénétrer dans le casernement. Lorsque le camion est parvenu au centre de celui-ci, la bombe qu'il transportait a explosé» (*Peterson*, 264 F. Supp. 2d 56 (note de bas de page omise)). «241 militaires ont été tués par l'explosion survenue à l'intérieur du casernement des fusiliers marins américains» (*ibid.*, 58). Les Etats-Unis sont depuis longtemps au fait du rôle complice de l'Iran dans cet attentat (voir rapport de la Chambre des représentants (H. R. Rep. N° 104-523, pt. 1, p. 9 (1996) («[a]près que l'administration a conclu à l'implication de l'Iran dans l'attentat à la bombe commis contre le casernement des fusiliers marins américains à Beyrouth en octobre 1983, l'Iran a été inscrit, le 19 janvier 1984, sur la liste établie par les Etats-Unis des Etats soutenant le terrorisme»)).

<sup>7</sup> Certains de ces 16 jugements accordent à la fois des dommages et intérêts compensatoires et des dommages punitifs (voir, par exemple, *Wultz*, 864 F. Supp. 2d, 42 ; *Acosta*, 574 F. Supp. 2d, 31. Le paragraphe *a*) de l'article 201 de la loi sur l'assurance contre les risques associés au terrorisme et l'alinéa 1) du paragraphe *a*) de l'article 8772 autorisent uniquement une exécution «à concurrence des dommages-intérêts compensatoires»).

<sup>8</sup> L'alinéa 1) du paragraphe *a*) de l'article 69 des règles fédérales de procédure civile prévoit ce qui suit :

«[u]ne condamnation pécuniaire est exécutée par titre d'exécution ... La procédure d'exécution doit (de même que les suppléments à la procédure, ainsi que les procédures à l'appui du jugement ou de l'exécution) être conforme à la procédure de l'Etat dans lequel se trouve la juridiction ; les lois fédérales prévalent néanmoins dans la limite de leur application.»

procéduraux<sup>9</sup>. L'article 9772 régit cette procédure consolidée d'exécution de jugement, ainsi que les actifs faisant l'objet d'une saisie-arrêt conservatoire en cette procédure.

Bien que la procédure d'exécution ait été introduite avant la promulgation du décret présidentiel n° 13599 et l'adoption de l'article 8772, les titulaires de jugement ont mis à jour leurs requêtes en 2012 pour inclure des demandes d'exécution en vertu de l'article 8772 (mémoire juridique des demandeurs à l'appui de leur requête pour un jugement partiel selon une procédure simplifiée en l'affaire n° 10-CIV-4518 (SDNY))<sup>10</sup>. \*1321 Parvenant aux conclusions nécessaires en vertu de l'article 8772, le tribunal fédéral de district a ordonné la remise demandée (appendice au mémoire des défendeurs, 109a)<sup>11</sup>.

Pour parvenir à cette décision, le tribunal a étudié l'historique financier des actifs, ainsi que d'autres éléments de preuve versés au dossier montrant que la banque Markazi était propriétaire des actifs (voir *ibid.*, 111a-113a, and n. 17). Depuis au moins le début de l'année 2008, a rappelé le tribunal, les avoirs obligataires ont été détenus sur un compte bancaire new-yorkais auprès de Citibank, contrôlé directement par Clearstream Banking, S. A. (Clearstream), société de droit luxembourgeois servant d'«intermédiaire entre établissements financiers dans le monde entier» (*ibid.*, 56a-57a) (guillemets internes omis). Initialement, Clearstream détenait les actifs de la banque Markazi et déposait les intérêts acquis en relation avec les obligations sur le compte Clearstream de la banque Markazi. A un moment donné en 2008, la banque Markazi a donné instructions à Clearstream de positionner un autre intermédiaire (Banca UBAE, S.p.A., qui est une banque italienne) entre les obligations et la banque Markazi (*ibid.*, 58a-59a). Par la suite, Clearstream a déposé les paiements d'intérêts sur le compte d'UBAE, cette dernière les reversant ensuite à la banque Markazi (*ibid.*, 60a-61a)<sup>12</sup>.

Opposant une résistance à la remise des avoirs obligataires, la banque Markazi et Clearstream ont, ainsi que l'a souligné le tribunal fédéral de district, «vraiment fait flèche de tout bois» (*ibid.*, 111a). Elles ont plaidé, entre autres, l'absence de compétence *ratione materiae* et *ratione personae* (*ibid.*, 73a-104a), soutenant que les actifs bloqués n'étaient pas des actifs «de» la banque (voir *supra*, 1318, n. 3), et que les actifs en question se trouvaient au Luxembourg et non à New York (appendice à demande d'ordonnance de *certiorari*, 100a). Plusieurs des arguments avancés par elles pour s'opposer à l'exécution ont perdu de leur pertinence après l'adoption de l'article 8772 qui, ainsi que l'a relevé le tribunal fédéral de district, «balaye ... tout ... obstacle prévu par le droit fédéral ou d'Etat susceptible d'exister par ailleurs, pour autant que soit prise la décision judiciaire adéquate» (*ibid.*, 73a ; §8772(a)(1) (la loi s'applique «nonobstant toute autre disposition législative»)). Après l'adoption de l'article 8772, la banque Markazi a modifié sa défense. Elle a concédé que l'Iran

---

<sup>9</sup> Certains ont présenté des requêtes en intervention ; d'autres ont été attirés à l'instance par appel en intervention forcée par *interpleader* de Citibank (appendice à demande d'ordonnance de *certiorari*, 15a, 52a-53a, n. 1 ; requête de tiers alléguant des demandes constituant des appels en intervention forcée par *interpleader* en l'affaire n° 10-CIV-4518 (SDNY), p. 12-14). Un groupe de défendeurs est intervenu considérablement plus tard que les autres, en 2013, après l'adoption de l'article 8772 (voir appendice à demande d'ordonnance de *certiorari*, 18a-19a).

<sup>10</sup> Avant l'adoption de l'article 8772, les demandes d'exécution des défendeurs au pourvoi reposaient sur la loi sur l'assurance contre les risques associés au terrorisme. Plus tôt, c'est-à-dire avant le décret présidentiel n° 13599, qui bloquait les actifs et ouvrait ainsi la porte à une exécution conformément à la loi sur l'assurance contre les risques associés au terrorisme, les défendeurs au pourvoi ont cherché à obtenir une remise sur la base des dispositions de la loi sur l'immunité des Etats étrangers sur l'exécution des jugements concernant le terrorisme (voir deuxième demande modifiée en l'affaire n° 10-CIV-4518 (SDNY), p. 27, 35-36 ; *supra*, 1317-1318, et n. 2).

<sup>11</sup> En avril 2012, la dernière des obligations est arrivée à échéance, et ne subsistent que des «espèces associées aux obligations» qui font toujours l'objet d'une saisie-arrêt sur un compte bancaire new-yorkais (appendice à demande d'ordonnance de *certiorari*, 61a).

<sup>12</sup> Citibank est une «partie prenante neutre» uniquement désireuse de parvenir à une «solution concernant la propriété [des] fonds» (appendice à demande d'ordonnance de *certiorari*, 54a) (guillemets internes omis). UBAE n'a pas contesté la remise du montant de 1,75 milliard d'avoirs en cause en l'espèce (bien qu'elle ait contesté la compétence *ratione personae* du tribunal fédéral de district en anticipation d'autres demandes d'exécution dont nous ne sommes pas saisis à ce jour) (voir mémoire juridique à l'appui de l'opposition de Banca UBAE, S.p.A. à la requête des demandeurs pour que soit rendu un jugement partiel selon une procédure simplifiée dans l'affaire n° 10-CIV-4518 (SDNY), p. 1-2).

détenait «un titre de propriété légal ou un droit en qualité de bénéficiaire effectif» (§8772(a)(2)(A)), mais a maintenu que l'article 8772 ne pouvait passer le crible du contrôle juridictionnel sur la base de la doctrine de la séparation des pouvoirs (voir mémorandum juridique supplémentaire de la défenderesse banque Markazi en opposition à la requête des demandeurs pour un jugement partiel selon une procédure simplifiée en l'affaire n° 10-CIV-4518 (SDNY), p. 1-3, 10-16)<sup>13</sup>.

\*1322 «[E]n adoptant l'article 8772», soutenait la banque Markazi, «le Congrès a effectivement dicté des conclusions de fait en liaison avec un litige particulier, envahissant le domaine des tribunaux» (appendice à demande d'ordonnance de *certiorari*, 114a). Le tribunal fédéral de district ne l'a pas suivie sur ce terrain. Il a considéré que les décisions en matière d'établissement de propriété requises par l'article 8772 (voir *supra*, 1320-1321) «[n'étaient] pas de simples feuilles de vigne» car «il [était] tout à fait possible que le [t]ribunal ait pu conclure que les défendeurs l'avaient saisi d'une question relevant de la compétence judiciaire concernant le fait de savoir si les [a]ctifs [b]loqués appartenaient à l'Iran, ou si Clearstream et/ou UBAE dispos[aient] de droits de propriété effectifs ou en équité» (appendice à demande d'ordonnance de *certiorari*, 115a). Remarquant que, au vu du volumineux dossier de l'affaire, «[l]es [points litigieux] ... ne manqu[aient] pas», le tribunal a décrit l'article 8772 comme un texte qui «modifi[ait] simplement le droit applicable à des affaires en cours ; il n'usurpe pas la fonction juridictionnelle confiée aux tribunaux fédéraux» (*ibid.*) (guillemets internes omis). Le tribunal a, en outre, rappelé que «la responsabilité de l'Iran et le paiement de dommages requis de celui-ci avaient été ... établis plusieurs années avant l'[adoption de l'article 8772]» ; et qu'«[i]l ne s'agi[ssait] [en l'espèce] que de la simple exécution [de jugements] sur des actifs se trouvant dans ce district» (*ibid.*, 116a)<sup>14</sup>.

La cour d'appel du deuxième circuit a confirmé le jugement à l'unanimité (*Peterson v. Islamic Republic of Iran*, 758 F. 3d 185 (2014))<sup>15</sup>. En appel, la banque Markazi a, une nouvelle fois, soutenu que l'article 8772 contrevenait à la séparation des pouvoirs «en obligeant les tribunaux à parvenir à un résultat prédéterminé dans cette affaire» (*ibid.*, 191). En accord avec le tribunal fédéral de district, la cour d'appel du deuxième circuit a répondu que «l'article 8772 ne dict[ait] pas de conclusions [de résultats] judiciaires en vertu de l'ancienne loi», «mais qu'elle modifi[ait] rétroactivement le droit applicable dans cette affaire, ce qui constituait un exercice licite de l'autorité législative» (*ibid.*). Le Congrès peut édicter une telle prescription, ont souligné les cours d'appel, «même lorsque le résultat en vertu de la loi réformée est clair» (*ibid.*).

---

<sup>13</sup> En outre, la banque Markazi a avancé un argument que le texte de l'article 8772 n'a pas rendu obsolète, ainsi qu'un autre qui, au moins de l'avis de la banque Markazi elle-même, n'a pas été privé de pertinence par ledit article 8772. Tout d'abord, la banque Markazi a soutenu que la disponibilité des actifs pour exécution constituait une question d'ordre politique échappant au contrôle juridictionnel car l'exécution risquait d'interférer avec la réglementation européenne en matière de blocage (appendice à demande d'ordonnance de *certiorari*, 92a-94a). Ensuite, la banque a soutenu qu'une exécution contreviendrait aux obligations des Etats-Unis envers l'Iran en vertu des traités (voir mémorandum juridique supplémentaire de la défenderesse banque Markazi en opposition à la requête des demandeurs pour un jugement partiel selon une procédure simplifiée en l'affaire n° 10-CIV-4518 (SDNY), p. 2-3, 21-25). Le tribunal fédéral de district a jugé vains ces arguments. L'affaire était susceptible de contrôle juridictionnel, a conclu le tribunal, parce que l'adoption de l'article 8772 démontrait que les pouvoirs politiques ne s'inquiétaient d'aucune interférence avec la réglementation européenne en matière de blocage (appendice à demande d'ordonnance de *certiorari*, 94a-96a). En outre, les dispositions du traité ne faisaient pas obstacle à l'application de l'article 8772 parce que, ainsi que l'a rappelé le tribunal, l'article 8772 déplace «toute» disposition incompatible de la loi et/ou obligations en vertu d'un traité incluse (*ibid.*, 101a-102a).

<sup>14</sup> La banque Markazi et Clearstream se sont, sans succès, efforcées d'empêcher une remise sur la base de plusieurs autres fondements constitutionnels : les clauses de prohibition des actes législatifs excluant l'exercice des droits de la défense, d'interdiction de la rétroactivité, de protection égale et d'expropriation (voir *ibid.*, 115a-119a). Ces fondements ne sont plus invoqués.

<sup>15</sup> Clearstream et UBAE sont parvenues à un règlement avec les défendeurs avant l'arrêt du deuxième circuit (*Peterson v. Islamic Republic of Iran*, 758 F. 3d 185, 189 (2014)).

Pour examiner la question ayant trait à la séparation des pouvoirs présentée par la banque Markazi, nous avons accueilli la demande d'ordonnance de *certiorari* (576 U.S. —, 136 S.Ct. 26, 192 L.Ed.2d 997 (2015)), et nous confirmons par les présentes l'arrêt d'appel<sup>16</sup>.

## II

L'article III de la Constitution crée un pouvoir judiciaire indépendant, le troisième pouvoir de l'Etat fédéral, dont «le domaine et le devoir ... [sont] de dire ce qu'est le droit» dans des affaires et différends particuliers (*Marbury v. Madison*, 1 Cranch 137, 177, 2 L.Ed. 60 (1803)). Cette attribution d'autorité interdit nécessairement au Congrès d'«exig[er] des tribunaux fédéraux qu'ils exercent \*1323 le pouvoir judiciaire d'une manière qu'interdit l'article III» (*Plaut v. Spendthrift Farm, Inc.*, 514 U.S. 211, 218, 115 S.Ct. 1447, 131 L.Ed.2d 328 (1995)). Il ne fait pas de doute que le Congrès «ne peut usurper le pouvoir d'un tribunal d'interpréter et d'appliquer la loi aux [situations] dont il est saisi» (mémoire pour d'anciens hauts fonctionnaires du bureau du conseiller juridique en qualité d'*amici curiae*, 3, 6), car «[c]eux qui appliquent [une] règle à des cas particuliers doivent par nécessité l'expliquer et l'interpréter» (*Marbury*, 1 Cranch, 177)<sup>17</sup>. Et nos décisions interdisent au Congrès de «confi[er] l'examen des décisions des tribunaux de l'article III à des représentants du pouvoir exécutif» (*Plaut*, 514 U.S., 218, 115 S.Ct. 1447 (citant *Hayburn's Case*, 2 Dall. 409, 1 L.Ed. 436 (1792), et, par exemple, *Chicago & Southern Air Lines, Inc. v. Waterman S. S. Corp.*, 333 U.S. 103, 114, 68 S.Ct. 431, 92 L.Ed. 568 (1948))). Le Congrès, avons-nous également jugé, ne peut «ordonn[er] rétroactivement aux tribunaux fédéraux de rouvrir des jugements définitifs» (*Plaut*, 514 U.S., 219, 115 S.Ct. 1447).

## A

Citant *United States v. Klein*, 13 Wall. 128, 20 L.Ed. 519 (1872), la banque Markazi presse pour de nouvelles limitations. Elle maintient que le Congrès piétine les platebandes de la justice lorsqu'il «prescrit[t] des règles décisionnelles à la justice ... dans des affaires [en cours]» (*ibid.*, 146). Selon la banque, l'article 8772 correspond à cette description (mémoire de la demanderesse au pourvoi, 19, 43). L'arrêt *Klein* a été considéré par certains comme «une décision profondément déconcertante» (Meltzer, «Congress, Courts, and Constitutional Remedies», 86 *Geo. L. J.* 2537, 2538 (1998))<sup>18</sup>. Des décisions plus récentes ont cependant clairement montré que l'arrêt *Klein* n'interdit nullement au Congrès de «modifi[er] le droit en vigueur» (*Robertson v. Seattle Audubon Soc.*, 503 U.S. 429, 441, 112 S.Ct. 1407, 118 L.Ed.2d 73 (1992) ; voir *ibid.*, 437-438, 112 S.Ct. 1407 ; *Plaut*, 514 U.S., 218, 115 S.Ct. 1447 (la «prohibition [de l'arrêt *Klein*] ne s'applique pas

---

<sup>16</sup> Les défendeurs au pourvoi avancent l'idée que nous pouvons nous prononcer en l'espèce sur la base de l'autorisation indépendante, par le paragraphe *a*) de l'article 201 de la loi sur l'assurance contre les risques associés au terrorisme, de l'exécution sur les actifs en cause en l'espèce, au lieu de nous pencher sur la question constitutionnelle soulevée par l'auteur du pourvoi concernant l'article 8772 (mémoire des défendeurs au pourvoi, 53). La cour d'appel n'a cependant pas «réglé l[e] différend sur la base de la loi sur l'assurance contre les risques associés au terrorisme» (758 F. 3d, 189), et nous ne le faisons pas non plus. La cour ne juge en général pas des aspects qui n'ont pas été abordés en appel, en particulier, lorsque, ainsi que tel est le cas en l'espèce, ils sortent du champ de la question soumise et n'ont pas été traités complètement dans les conclusions qui nous sont présentées.

<sup>17</sup> En accord avec cette limitation, les défendeurs ont, à bon droit, reconnu, lors des débats, que le Congrès ne pouvait adopter de loi prévoyant que, dans l'affaire «*Smith c. Jones*», «Smith l'emporte» (minutes d'audience [Tr. of Oral Arg.] 40). Une telle loi ne créerait pas une nouvelle loi sur le fond ; elle ordonnerait simplement au tribunal d'appliquer le droit en vigueur d'une certaine manière à une situation particulière (voir *infra*, cette page, et 1323-1327). Le président de la cour conteste cette distinction, (ci-après 1322-1323), mais elle est solidement ancrée dans notre jurisprudence (voir *Robertson v. Seattle Audubon Soc.*, 503 U.S. 429, 439, 112 S.Ct. 1407, 118 L.Ed.2d 73 (1992) (une loi est invalide si elle «échou[e] à énoncer une nouvelle loi, mais dict[e] des résultats en vertu de l'ancienne loi»), analysé dans R. Fallon, J. Manning, D. Meltzer, et D. Shapiro, *Hart and Wechsler's The Federal Courts and the Federal System*, 324 (7<sup>e</sup> éd. 2015)).

<sup>18</sup> Voir également *ibid.*, 323 (décrivant l'arrêt *Klein* sous les traits d'une «opinion obscure») ; Tyler, «The Story of Klein: The Scope of Congress's Authority to Shape the Jurisdiction of the Federal Courts», in *Federal Courts Stories* 87 (V. Jackson & J. Resnik, eds. 2010) (qualifiant l'arrêt *Klein* de «dérout[ant]») (Tyler).

lorsque le Congrès «modifi[e] la loi en vigueur» (citant *Robertson*, 503 U.S., 441, 112 S.Ct. 1407)). Nous considérons que c'est là ce qu'a fait l'article 8772.

L'affaire *Klein* avait trait à une loi de la période de la guerre de sécession qui prévoyait que les personnes dont les biens avaient été saisis et vendus en temps de guerre pouvaient recouvrer les produits de la vente en saisissant le tribunal fédéral des créances sur l'administration et en rapportant la preuve du fait qu'ils n'avaient «jamais apporté ni aide ni soutien à la rébellion en cours» (Ch. 120, §3, 12 Stat. 820 ; voir *Klein*, 13 Wall., 139). En 1863, le président Lincoln a gracié les «personnes qui ... avaient pris part à la rébellion» à la condition qu'elles prêtent un serment de loyauté aux Etats-Unis (proclamation présidentielle n° 11, 13 Stat. 737). L'une des personnes ainsi graciées était un sudiste du nom de Wilson dont le coton avait été saisi et vendu par des agents de l'administration. Klein était l'administrateur de la succession de Wilson (13 Wall., 132). La Cour a jugé dans l'affaire \*1324 *United States v. Padelford* (9 Wall. 531, 543, 19 L.Ed. 788 (1870)) que le bénéficiaire d'une grâce présidentielle devait être considéré comme loyal, ce qui signifiait que l'effet de la grâce était de «tenir lieu complètement de preuve du fait que [le bénéficiaire] n'avait apporté ni aide ni soutien à la rébellion». Par la suite, Klein l'a emporté dans une action devant le tribunal fédéral des créances sur l'administration et a obtenu une indemnisation de 125 300 dollars des Etats-Unis pour le coton de Wilson (13 Wall., 132).

Alors qu'un pourvoi formé contre le jugement du tribunal fédéral des créances sur l'administration dans l'affaire *Klein* était pendant devant la Cour, le Congrès a adopté une loi prévoyant qu'aucune grâce ne serait recevable à titre de preuve de loyauté. En outre, l'acceptation d'une grâce sans exclusion de participation à la rébellion devait valoir preuve concluante de déloyauté. La loi ordonnait au tribunal fédéral des créances sur l'administration et à la Cour suprême de rejeter pour défaut de compétence toute demande fondée sur une grâce (16 Stat. 235 ; R. Fallon, J. Manning, D. Meltzer et D. Shapiro, *Hart and Wechsler's The Federal Courts and the Federal System*, 323, n. 29 (7<sup>e</sup> éd. 2015) (*Hart and Wechsler*)). Confirmant le jugement du tribunal fédéral des créances sur l'administration, la Cour a jugé que le Congrès n'avait pas autorité pour «rédui[re] l'effet d'une grâce», la Constitution confiant le droit de grâce «[a]u seul pouvoir exécutif» (*Klein*, 13 Wall., 147). Le législateur, a dit la Cour, «ne peut pas plus modifier l'effet ... d'une grâce que l'exécutif ne peut changer la loi» (*ibid.*, 148). Sans autorité pour éroder la grâce de l'exécutif, le Congrès ne pourrait «ordonne[r] à [un] tribunal de contribuer à un tel but» (*ibid.*). En d'autres termes, la loi dans l'affaire *Klein* empiétait sur le territoire du pouvoir judiciaire, pas simplement parce qu'il laissait trop peu à faire aux tribunaux, mais parce qu'il tentait de dicter le résultat sans modifier les normes de droit régissant l'effet d'une grâce, des normes que le Congrès n'avait pas le pouvoir d'édicter (voir *ibid.*, 146-147 ; *Robertson*, 503 U.S., 438, 112 S.Ct. 1407 ([l]e Congrès ne peut «dicte[r] ... de conclusions ni de résultats en vertu d'une ancienne loi»))<sup>19</sup>.

Ainsi qu'indiqué précédemment (*supra*, 1323), la banque Markazi soutient que l'article 8772 contrevient à la jurisprudence *Klein*. Elle invoque à cet égard une proposition dans l'opinion en l'affaire *Klein* posant la question de savoir si «le législateur peut dicter des règles de décision à la justice ... dans des affaires en cours» (13 Wall., 146). Nul ne saurait cependant prendre ces mots de l'arrêt *Klein* «au pied de la lettre», «car le pouvoir du Congrès de faire des lois valides applicables rétroactivement à des affaires en cours a fréquemment été reconnu» (*Hart and Wechsler*, 324. Voir, par exemple, *United States v. Schooner Peggy*, 1 Cranch 103, 110, 2 L.Ed. 49 (1801)). Ainsi que nous l'avons expliqué dans l'affaire *Landgraf v. USI Film Products* (511 U.S. 244, 267, 114 S.Ct.

---

<sup>19</sup> Compte tenu de la question dont était saisie la Cour (une grâce présidentielle que le Congrès tentait de vider de sa substance en privant de compétence les tribunaux fédéraux), les commentateurs ont, à juste titre, interprété l'arrêt *Klein* comme ayant au moins cette portée contemporaine : le Congrès «ne peut exercer [son autorité, et notamment son pouvoir de régulation de la compétence fédérale,] d'une manière imposant à un tribunal fédéral d'agir inconstitutionnellement» (Meltzer, «Congress, Courts, and Constitutional Remedies», 86 *Geo. L. J.* 2537, 2549 (1998). Voir également Tyler 112 («[l]e Congrès ne peut employer les tribunaux d'une manière qui les contraigne à devenir des participants actifs à une violation de la Constitution»)).

1483, 128 L.Ed.2d 229 (1994)), les restrictions que place la Constitution sur les lois rétroactives «ont une portée limitée» :

«La clause *ex post facto* interdit purement et simplement l'application rétroactive de la loi pénale. La clause 1 du paragraphe 10 de l'article I interdit aux États de faire ... des lois «qui porteraient atteinte aux obligations résultant de contrats.» La clause d'expropriation du cinquième amendement empêche le législateur (et d'autres acteurs publics) de dépouiller des personnes privées de droits de propriété acquis, excepté pour un «usage public» et moyennant paiement d'une «juste indemnité». L'interdiction des \*1325 «actes législatifs excluant l'exercice des droits de la défense» dans les paragraphes 9 et 10 de l'article I fait défense au législateur de réserver un traitement particulier à des personnes en défaveur et de leur infliger des sanctions sommaires pour leur conduite passée. La clause d'équité de la procédure protège également les droits à un juste avertissement et à la tranquillité qui peuvent être compromis par législation rétroactive ; une justification suffisante pour valider l'application future d'une loi en vertu de la clause «peut ne pas suffire» à garantir son application rétroactive» (*ibid.*, 266-267, 114 S.Ct. 1483 (citation et note de bas de page omises).

«En l'absence de violation de l'une de ces dispositions spécifiques», lorsqu'une nouvelle loi indique clairement qu'elle est d'application rétroactive, la potentielle «injustice d'une loi civile rétroactive ne constitue pas une raison suffisante pour un tribunal de ne pas donner [à cette loi] toute la portée prévue» (*ibid.*, 267-268, 114 S.Ct. 1483). De sorte que oui, ainsi que nous l'avons confirmé, le Congrès peut, en effet, ordonner aux tribunaux d'appliquer des lois nouvellement adoptées et modifiant le résultat dans des affaires civiles en cours (voir *Plaut*, 514 U.S., 226, 115 S.Ct. 1447). Les doutes qui pouvaient subsister à cet égard ont été dissipés par les arrêts *Robertson* (503 U.S., 441, 112 S.Ct. 1407) et *Plaut* (514 U.S., 218, 115 S.Ct. 1447).

La banque Markazi soutient énergiquement que l'article 8772 ne modifiait pas simplement le droit préexistant. Parce que les conclusions judiciaires envisagées par l'article 8772 étaient «courues d'avance», insiste la banque, la loi dictait «effectivement» certaines conclusions quant aux faits et spécifiait le résultat en vertu de la loi réformée (voir mémoire de la demanderesse au pourvoi, 42, 47. Voir également, *supra*, 1322-1323). Il convient de conserver à l'esprit le désaccord à cet égard du tribunal fédéral de district, qui suivait l'affaire de près (*supra*, 1321-1322 ; appendice à demande d'ordonnance de *certiorari*, 115a («[les] décisions [requisées par l'article 8772] [n'étaient] pas de simples feuilles de vigne» car «il [était] tout à fait possible que le [t]ribunal ait pu conclure que les défendeurs l'avaient saisi d'une question relevant de la compétence judiciaire concernant le fait de savoir si les [a]ctifs [b]loqués appartenaient à l'Iran, ou si Clearstream et/ou UBAE dispos[aient] de droits de propriété effectifs ou en équité»))<sup>20</sup>.

En tout état de cause, une loi n'empiète pas sur l'autorité du pouvoir judiciaire lorsqu'elle ordonne aux tribunaux d'appliquer une nouvelle norme juridique à des faits non contestés.

---

<sup>20</sup> Le tribunal fédéral de district a conclu, de manière bien compréhensible, que l'article 8772 lui laissait «abondance [de points litigieux] ... à juger» (appendice à demande d'ordonnance de *certiorari*, 115a). Pour commencer, la loi ne comportait pas de définition de ses termes essentiels, «droit en qualité de bénéficiaire effectif» et «titre de propriété légal». Pour parvenir à des définitions appropriées, le tribunal fédéral de district a consulté des dictionnaires juridiques et la jurisprudence (voir *ibid.*, 111a-112a ; *Zivotofsky v. Clinton*, 566 U.S. —, —, 132 S.Ct. 1421, 1427, 182 L.Ed.2d 423 (2012) (opinion non définitive (*slip op.*), 7) ([l']interprétation des textes «est un exercice judiciaire familier»)). En outre, l'article 8772 imposait au tribunal fédéral de district de déterminer si la banque était propriétaire des actifs en question (§8772(a)(2)(A)). Clearstream alléguait qu'il existait des questions litigieuses quant au fait de savoir si la banque Markazi était propriétaire des actifs bloqués (appendice à demande d'ordonnance de *certiorari*, 37a-39a, 111a). Le tribunal a rejeté cette assertion, concluant que Clearstream et UBAE étaient simplement des titulaires de compte conservant les actifs «pour le compte» de la banque (*ibid.*, 112a-113a ; voir *ibid.*, 38a-39a). Ensuite, l'article 8772 imposait au tribunal de déterminer si une quelconque partie autre que la banque possédait un «droit protégé par la Constitution» sur les actifs (§8772(a)(2)(B)). Clearstream a soutenu disposer de tels droits, mais le tribunal n'a pas été du même avis (appendice à demande d'ordonnance de *certiorari*, 117a-118a (concluant que Clearstream n'avait pas, en relation avec les avoirs, d'«attentes reposant sur un investissement» protégées par la Constitution). Enfin, avant l'adoption de la loi, la banque Markazi et Clearstream affirmaient que les avoirs en question se trouvaient au Luxembourg, et non à New York (*supra*, 1321). Laissant la question à l'appréciation du tribunal pour règlement, le Congrès a, dans l'alinéa 1) du paragraphe a) de l'article 8772, requis que le tribunal fédéral de district détermine si les actifs étaient «détenus aux Etats-Unis».

«Lorsqu'un demandeur intente un procès pour faire exécuter une obligation juridique, le fait que la demande du demandeur ne soit pas contestée, ou qu'elle soit incontestable, n'en fait pas moins une affaire ou un litige sur lequel un tribunal possédant le pouvoir judiciaire fédéral peut, à bon droit, rendre un jugement» (*Pope v. United States*, 323 U.S. 1, 11, 65 S.Ct. 16, 89 L.Ed. 3 (1944)). Dans l'affaire *Schooner Peggy* (1 Cranch, 109-110), \*1326 par exemple, la Cour suprême a appliqué un traité nouvellement ratifié qui, en exigeant la restitution de la prise, ne laissait effectivement qu'une seule issue possible. Et dans l'affaire *Robertson* (503 U.S., 434-435, 438-439, 112 S.Ct. 1407), une loi remplaçait des restrictions en vigueur, en matière de droit de l'environnement, placées sur l'exploitation forestière par une nouvelle législation autorisant celle-ci dans l'ensemble du territoire à l'exclusion de certaines zones désignées. Sans nous enquêter de savoir si l'application de la nouvelle loi à des affaires en cours conduisait à une «conclusio[n] couru[e] d'avance» (mémoire de la demanderesse au pourvoi, 47), nous avons confirmé la constitutionnalité de la loi parce qu'elle laissait au juge le soin de déterminer si des actions contrevenaient à la nouvelle obligation. En bref, l'article 8772 réformait la loi en créant de nouvelles normes sur le fond et en confiant aux tribunaux fédéraux de district le soin d'appliquer ces règles aux faits (contestés ou non) établis par la cour.

S'opposant à cette conclusion, le président de la Cour suprême compare l'article 8772 à une hypothétique «loi dictant un jugement en faveur de Smith si le tribunal conclut que Jones avait dûment reçu signification de la notification de la procédure» (ci-après, 1335-1336)<sup>21</sup>. Il va de soi que cette loi hypothétique serait invalide, comme le serait une loi dictant un jugement en faveur de Smith, par exemple, si le tribunal concluait que le soleil se lève à l'est. D'une part, une loi ainsi faite pourrait bien être irrationnelle et donc inconstitutionnelle pour des raisons distinctes de celles, concernant la séparation des pouvoirs, examinées en l'espèce (voir, par exemple, *infra*, 1327, n. 27). D'autre part, la loi imaginée par l'auteur de l'opinion dissidente fait ce que la jurisprudence *Robertson* dit que le Congrès ne peut pas faire : comme une loi dictant que, dans «Smith c. Jones», «Smith l'emporte» (*supra*, 1323, n. 17), elle «dicte ... de[s] conclusions [ou] de[s] résultats en vertu d'une ancienne loi», car elle n'apporte pas de nouvelle norme juridique donnant effet au jugement raisonnable du législateur en matière de politique publique (503 U.S., 438, 112 S.Ct. 1407)<sup>22</sup>. A l'inverse, l'article 8772 édicte une nouvelle norme qui précise que, si l'Iran est propriétaire de certains avoirs, les victimes d'attentats terroristes soutenus par l'Iran seront autorisées à prendre des mesures d'exécution sur ces actifs. L'application de lois traduisant les jugements du Congrès en matière de politique publique, en faisant preuve de fidélité envers ces jugements, est chose banale pour le pouvoir judiciaire.

## B

L'article 8772 est «sans précédent», accuse la banque Markazi, parce qu'il «prescrit une règle pour une seule affaire en cours, identifiée par son intitulé et numéro de rôle» (mémoire de la demanderesse au pourvoi, 17)<sup>23</sup>. Dans l'affaire *Robertson*, néanmoins, la loi réformée s'appliquait également à des affaires identifiées par leur intitulé et un numéro de rôle (503 U.S., 440, 112 S.Ct. 1407), et elle n'en a pas moins été confirmée. En outre, l'article 8772 facilite, ainsi qu'indiqué plus

---

<sup>21</sup> Une fois encore, il convient de rappeler que les défendeurs au pourvoi sont des créanciers en possession d'un jugement qui l'ont emporté sur le fond dans leurs affaires respectives. L'article 8772 est destiné à les aider à recouvrer les montants qui leurs sont dus sur les actifs du débiteur condamné.

<sup>22</sup> L'opinion dissidente établit également une analogie entre l'article 8772 et une loi conférant un caractère «concluant» aux éléments de preuve peu solides d'une partie concernant une limite de terrain dans le cadre d'un différend territorial en cours, nonobstant le fait que le droit en vigueur prévoit ordinairement qu'une carte officielle met en place la limite (ci-après, 1316). L'article 8772 ne limite cependant pas les éléments de preuve sur la base desquels un tribunal peut s'appuyer pour parvenir aux conclusions requises. La situation suivante constituerait une meilleure analogie dépeignant le fonctionnement de l'article 8772 : dans un litige foncier en cours, les parties s'affrontent sur le fait de savoir si une loi ambiguë fait du plan cadastral du comté de 1990 ou de 2000 le document pertinent en matière de limites foncières. Pour clarifier la situation, le législateur adopte une loi prévoyant que le plan de 2000 prévaut sur le précédent.

<sup>23</sup> Lors des débats, la banque Markazi a précisé que son argument n'était pas limité à une seule affaire en cours, mais qu'il englobait également «une catégorie limitée d'affaires» (minutes d'audience, 5 ; voir également *ibid.*, 57-58).

haut (voir *supra*, 1319-1321), l'exécution de jugements dans 16 procès concernant ensemble plus d'un millier de victimes d'attentats terroristes soutenus par l'Iran \*1327<sup>24</sup>. Bien qu'elles aient été regroupées à des fins administratives lors de la phase d'exécution<sup>25</sup>, les demandes d'exécution de jugement introduites en vertu de l'article 69 des règles fédérales de procédure civile n'étaient pas indépendantes des actions en indemnisation originelles, et chacune d'elles conservait son caractère distinct (voir *Mackey v. Lanier Collection Agency & Service, Inc.*, 486 U.S. 825, 834-835, n. 10, 108 S.Ct. 2182, 100 L.Ed.2d 836 (1988) (une action pour obtenir une saisie-arrêt intentée sur la base de l'article 69 fait partie du «processus d'exécution d'un jugement» et ne constitue pas un nouveau procès (modification omise et italiques supprimées) ; 10 Cyclopedia of Federal Procedure §36:8, p. 385 (3<sup>e</sup> éd., 2010) («[L]es procédures d'exécution font partie de l'action proprement dite»); 9A C. Wright & A. Miller, *Federal Practice and Procedure* §2382, p. 10 (3<sup>e</sup> éd., 2008) («les actions ne perdent pas leur identité distincte du fait d'un regroupement»)<sup>26</sup>).

L'argument de la banque est, en outre, faussé car il repose sur la présomption selon laquelle une loi devrait être d'application générale et que «l'action législative particularisée est entachée de vice» (*Plaut*, 514 U.S., 239, n. 9, 115 S.Ct. 1447). Nous avons considéré que cette présomption était suspecte :

«Si le législateur agit d'ordinaire au moyen de lois d'application générale, il ne s'agit cependant en aucune manière de son seul mode d'action légitime. Les projets de loi d'intérêt particulier sont choses courantes au Congrès, et l'étaient plus encore avant la création du tribunal fédéral des créances sur l'administration. Même les lois qui imposent une obligation ou une responsabilité à une seule personne ou entreprise ne sont pas invalides de ce fait, sans quoi, l'abondante jurisprudence relative à la clause d'interdiction des actes législatifs excluant l'exercice des droits de la défense, y compris les décisions qui disent que [la clause] ne requiert pas simplement un «traitement distinct», mais aussi *des sanctions* (voir, par exemple, *United States v. Lovett*, 328 U.S. 303, 315-318 [66 S.Ct. 1073, 90 L.Ed. 1252] (1946)), [ou] un arrêt [concluant] que le Congrès peut légiférer pour «une catégorie légitime ne comptant qu'un seul membre» (*Nixon v. Administrator of General Services*, 433 U.S. 425, 472 [97 S.Ct. 2777, 53 L.Ed.2d 867] (1977)) n'existerait pas.» (*Ibid.*)<sup>27</sup>

---

<sup>24</sup> La banque Markazi considère que la limitation de l'article 8772 à une procédure groupée est injuste parce que d'autres créanciers en possession d'un jugement «seraient soumis à une règle complètement différente» s'ils «voulent prendre des mesures d'exécution contre les mêmes actifs» en dehors du cadre de l'affaire n° 10-CIV-4518 (mémoire de la demanderesse au pourvoi, 26 (citant le paragraphe *c*) de l'article 8772 («[a]ucune disposition du présent article ne saurait être interprétée comme affectant ... une procédure autre que» l'affaire n° 10-CIV-4518)). Mais rien dans l'article 8772 n'empêchait d'autres créanciers en possession d'un jugement de se joindre à la procédure groupée après la promulgation de la loi. Et c'est, en effet, ce qu'a fait un groupe de défendeurs au pourvoi (voir *supra*, 1320, n. 9).

<sup>25</sup> Il est courant qu'un tribunal fédéral de district regroupe plusieurs affaires connexes pour ne rendre qu'une seule décision sur des questions communes (voir par exemple, *Securities Investor Protection Corp. v. Bernard L. Madoff Inv. Securities LLC*, 476 B. R. 715, 717 (SDNY 2012) (jugeant de plusieurs questions de nature juridique posées dans plus de 80 affaires concernant «le gigantesque système de Ponzi bâti par Bernard L. Madoff»)).

<sup>26</sup> Mettant en cause cette interprétation de la procédure ci-après, le président de la Cour suprême met l'accent sur le fait que nombre des créanciers en possession d'un jugement ont été attirés dans la procédure *Peterson* par appel en intervention forcée par *interpleader* (voir ci-après, 1333, n. 1). Cela est exact (*supra*, 1320, n. 9) mais hors de propos. Ainsi qu'indiqué précédemment les procédures d'exécution sont la continuation des procédures sur le fond et non de nouveaux procès. Ainsi, le fait que nombre de créanciers ont été attirés dans la procédure *Peterson* par appel en intervention forcée par *interpleader* n'a pas eu pour effet de transformer les demandes en exécution dans 16 procès distincts en «une seule affaire» (ci-après, 1333, n. 1).

<sup>27</sup> Une loi dont le champ d'application est limité, et notamment restreint à «une catégorie ne comptant qu'un seul membre», peut contrevenir à la clause d'égalité devant la loi lorsqu'elle est arbitraire ou n'est pas motivée de manière adéquate (*Village of Willowbrook v. Olech*, 528 U.S. 562, 564, 120 S.Ct. 1073, 145 L.Ed.2d 1060 (2000) (opinion commune de la cour (*per curiam*)) (guillemets internes omis) ; *New Orleans v. Dukes*, 427 U.S. 297, 305-306, 96 S.Ct. 2513, 49 L.Ed.2d 511 (1976) (opinion commune de la cour)).

\*1328 La Cour et les juridictions inférieures ont confirmé la constitutionnalité de multiples lois applicables à seulement une personne, ou à un faible nombre de personnes données, considérant qu'elles constituaient un exercice valide du pouvoir législatif du Congrès. Voir, par exemple, *Regional Rail Reorganization Act Cases*, 419 U.S. 102, 158-161, 95 S.Ct. 335, 42 L.Ed.2d 320 (1974) (confirmant le caractère constitutionnel d'une loi qui s'appliquait à des chemins de fer spécifiques dans une seule région); *Pope*, 323 U.S., 9-14, 65 S.Ct. 16 (confirmant le caractère constitutionnel d'une loi spéciale conférant à une entreprise de travaux le droit de réclamer à l'administration un supplément de rémunération); *The Clinton Bridge*, 10 Wall. 454, 462-463, 19 L.Ed. 969 (1870) (confirmant le caractère constitutionnel d'une loi régissant un seul pont); *Pennsylvania v. Wheeling & Belmont Bridge Co.*, 18 How. 421, 430-432, 15 L.Ed. 435 (1856) (affaire similaire à la précédente); *Biodiversity Assoc. v. Cables*, 357 F. 3d 1152, 1156, 1164-1171 (CA10 2004) (confirmant le caractère constitutionnel d'une loi qui abrogeait un accord de règlement spécifique entre le service fédéral des forêts (*U.S. Forest Service*) et des groupes environnementaux); *SeaRiver Maritime Financial Holdings, Inc. v. Mineta*, 309 F. 3d 662, 667, 674-675 (CA9 2002) (confirmant le caractère constitutionnel d'une loi qui s'appliquait effectivement à un seul navire pétrolier); *National Coalition To Save Our Mall v. Norton*, 269 F. 3d 1092, 1097 (CADC 2001) (confirmant le caractère constitutionnel d'une loi qui s'appliquait à un seul monument commémoratif).

## C

Nous soulignons enfin que l'article 8772 est le fruit de l'exercice de l'autorité du Congrès en matière d'affaires étrangères, domaine dans lequel le rôle prépondérant des pouvoirs politiques est la fois nécessaire et adéquat (voir, par exemple, *Zivotofsky v. Kerry*, 576 U.S. —, —, 135 S.Ct. 2076, 2090-2091, 192 L.Ed.2d 83 (2015)). En vertu de leur autorité dans le domaine des relations extérieures de la nation, le Congrès et le président ont, à multiples reprises, lorsque le besoin s'en faisait sentir, exercé un contrôle sur des demandes visant un Etat étranger et l'affectation de biens d'Etats étrangers aux Etats-Unis (voir *Dames & Moore v. Regan*, 453 U.S. 654, 673-674, 679-681, 101 S.Ct. 2972, 69 L.Ed.2d 918 (1981) (décrivant cet historique)). Dans le but d'atteindre des objectifs de politique étrangère, les pouvoirs politiques ont édité des normes régissant des actifs spécifiques d'Etats étrangers, notamment en les bloquant ou en administrant leur disponibilité pour saisie (voir *supra*, 1317-1318 (décrivant la loi sur le commerce avec l'ennemi et la loi sur les pouvoirs économiques en cas d'urgence internationale); par exemple, *Dames & Moore*, 453 U.S., 669-674, 101 S.Ct. 2972)). Ces mesures n'ont jamais été rejetées au motif qu'elles constituaient des empiètements sur le pouvoir judiciaire de l'article III (cf. 674, 101 S.Ct. 2972 (la Cour résiste à l'idée selon laquelle «l'Etat fédéral dans son ensemble n'avait pas le pouvoir» d'«invalide[r] ... une saisie et [d']ordonne[r] le transfert d'actifs d'[Etats étrangers]»))<sup>28</sup>.

Point particulièrement pertinent, avant l'adoption de la loi sur l'immunité des Etats étrangers, le pouvoir exécutif prenait régulièrement des décisions propres à une affaire particulière quant à l'opportunité de reconnaître l'immunité de l'Etat étranger, et les tribunaux acceptaient ces décisions comme ayant valeur contraignante (*Republic of Austria v. Altmann*, 541 U.S. 677, 689-691, 124 S.Ct. 2240, 159 L.Ed.2d 1 (2004); *Ex parte Peru*, 318 U.S. 578, 588-590 63 S.Ct. 793, 87 L.Ed. 1014 (1943)). Ainsi que l'a expliqué la Cour dans l'affaire *Republic of Mexico v. Hoffman* (324 U.S. 30, 35, 65 S.Ct. 530, 89 L.Ed. 729 (1945)), il «n'appartient pas aux tribunaux de refuser une immunité que notre gouvernement a cru bon de permettre, ni d'autoriser une immunité sur la base de nouveaux fondements que le gouvernement n'a pas jugé bon de reconnaître». \*1329 Cette

---

<sup>28</sup> Le président de la Cour suprême relève à bon droit que, dans l'arrêt *Dames & Moore v. Regan*, 453 U.S. 654, 661, 101 S.Ct. 2972, 69 L.Ed.2d 918 (1981), la Cour invitait à la prudence avant d'élargir son analyse à d'autres situations étrangères à cette affaire (ci-après, 1337). Les inquiétudes de la Cour concernaient cependant essentiellement le risque que la décision soit interprétée comme valant autorisation d'exercer d'un large pouvoir exécutif unilatéral (voir 453 U.S., 688, 101 S.Ct. 2972; *American Ins. Assn. v. Garamendi*, 539 U.S. 396, 438, 123 S.Ct. 2374, 156 L.Ed.2d 376 (2003) (opinion dissidente juge Ginsburg)). L'article 8772 étant une loi adoptée par le Congrès et signée par le président, ce risque n'existe pas en l'espèce.

pratique n'a pas, non plus, été considérée comme un empiètement sur le terrain des tribunaux fédéraux (*Dames & Moore*, 453 U.S., 684-685, 101 S.Ct. 2972 («avant l'adoption de la loi sur l'immunité des Etats étrangers [les tribunaux n'auraient pas] rejet[é] comme constituant un empiètement sur leur terrain une décision du président concernant l'immunité d'un Etat étranger»)).

En adoptant la loi sur l'immunité des Etats étrangers, en 1976, le Congrès a transféré du pouvoir exécutif aux tribunaux la principale responsabilité de la détermination de la possibilité d'intenter des poursuites contre un Etat étranger (voir *Verlinden B.V. v. Central Bank of Nigeria*, 461 U.S. 480, 488-489, 103 S.Ct. 1962, 76 L.Ed.2d 81 (1983)). Mais le Congrès conserve la prérogative de modifier l'immunité d'un Etat étranger et de rendre la modification applicable aux procédures judiciaires en cours (voir *Republic of Iraq v. Beatty*, 556 U.S. 848, 856-857, 865, 129 S.Ct. 2183, 173 L.Ed.2d 1193 (2009)). En modifiant la loi régissant la saisie d'un bien donné appartenant à l'Iran, le Congrès a inscrit son action confortablement dans les limites de l'autorité des pouvoirs politiques en matière d'immunité de l'Etat étranger et d'actifs d'Etats étrangers.

\* \* \*

Pour les motifs exposés, nous considérons qu'il a été démontré à notre satisfaction que l'article 8772 (une loi conçue pour faciliter l'exécution des décisions des tribunaux fédéraux) ne viole pas «les principes de séparation des pouvoirs ... et protège le rôle du pouvoir judiciaire indépendant tel que conçu par la Constitution» (*Miller v. French*, 530 U.S. 327, 350, 120 S.Ct. 2246, 147 L.Ed.2d 326 (2000)). L'arrêt de la cour d'appel du deuxième circuit est donc

*Confirmé.*

Le président de la Cour suprême Roberts, auquel se joint la juge Sotomayor, est l'auteur de l'opinion dissidente suivante.

Imaginez que votre voisin vous poursuive en justice parce qu'il soutient que votre clôture se trouve sur son terrain. Il produit, à l'appui de ses allégations, une lettre du précédent propriétaire de votre maison dans laquelle ce dernier reconnaissait la version des faits de votre voisin. Vous opposez, pour votre défense, un plan cadastral officiel du comté qui, en vertu de la loi de l'Etat, détermine les limites de votre terrain. Le plan indique que la clôture se trouve de votre côté de la limite de propriété. Vous soutenez également que la demande de votre voisin était prescrite depuis six mois.

Imaginez maintenant que, alors que l'affaire est pendante, votre voisin convainque le législateur d'adopter une nouvelle loi. Celle-ci prévoit que dans votre affaire, et uniquement pour celle-ci, une lettre d'un voisin à un autre constitue une preuve concluante des limites de propriété, et que le délai de prescription est prolongé d'un an. Votre voisin l'emporte. Qui, d'après vous, a décidé de votre affaire : le législateur, qui a ciblé votre affaire en particulier et qui vous a privé des moyens de défense dont vous disposiez de manière à garantir la victoire de votre voisin, ou le tribunal, qui a présidé à ce fait accompli ?

Cette question est à la racine de l'affaire dont est aujourd'hui saisie la Cour. L'article III de la Constitution confère au seul pouvoir judiciaire le pouvoir de se prononcer sur les litiges (*Stern v. Marshall*, 564 U.S. 462, 484, 131 S.Ct. 2594, 180 L.Ed.2d 475 (2011)). Et pourtant, dans cette affaire, le Congrès s'est arrogé ce pouvoir. Depuis 2008, les défendeurs au pourvoi réclamaient 1,75 milliard de dollars d'actifs appartenant à la banque Markazi, la banque centrale d'Iran, en exécution de condamnations de l'Iran pour des faits de terrorisme. La banque s'est opposée vigoureusement à ces efforts et a avancé pour cela de nombreux moyens de défense juridique. De sorte qu'en 2012, alors que le litige durait depuis quatre ans, les défendeurs au pourvoi ont convaincu

le Congrès d'adopter une loi, l'article 8772 du titre 22 du code des Etats-Unis, qui, uniquement pour cette affaire, élimine chacun des moyens de défense empêchant les défendeurs au pourvoi d'atteindre leur objectif. Puis, ayant fait régler par le Congrès en leur faveur toutes les questions soulevées, les défendeurs au pourvoi sont retournés devant les juges ... et l'ont emporté.

**\*1330** Contrairement à la majorité, je conclus que l'article 8772 viole la séparation des pouvoirs. Cette violation n'est pas moins grave que si j'avais adopté une loi disant : «les défendeurs au pourvoi l'emportent». Le Congrès s'est prononcé sur cette affaire en adoptant une loi sur mesure, taillée pour cette affaire, qui règle des différends juridiques spécifiques des parties pour garantir la victoire des défendeurs au pourvoi.

## I

### A

Le paragraphe I de l'article III de la Constitution confie le «pouvoir judiciaire des Etats-Unis» aux autorités judiciaires fédérales. Cette disposition, ainsi que l'a souligné la Cour, «protège le rôle du pouvoir judiciaire au sein de notre système tripartite» (*Commodity Futures Trading Comm'n v. Schor*, 478 U.S. 833, 850, 106 S.Ct. 3245, 92 L.Ed.2d 675 (1986)). Elle met en place l'indépendance du pouvoir judiciaire en lui conférant une autorité distincte et inviolable. «En vertu du principe fondamental de séparation des pouvoirs», le pouvoir judiciaire «ne peut pas plus être partagé avec un autre pouvoir de l'Etat que le chef de l'exécutif ne peut, par exemple, partager avec le pouvoir judiciaire son droit de veto, ou que le Congrès ne peut, de son côté, partager avec ce même pouvoir judiciaire son propre droit à surmonter un veto présidentiel» (*Stern*, 564 U.S., 483, 131 S.Ct. 2594 (guillemets internes supprimés)). La séparation des pouvoirs est, à son tour, la garantie de la liberté individuelle (voir *Bond v. United States*, 564 U.S. 211, 223, 131 S.Ct. 2355, 180 L.Ed.2d 269 (2011)). Ainsi que l'écrivait Hamilton en citant Montesquieu, ««[i]l n'y a point encore de liberté si la puissance de juger n'est pas séparée de la puissance législative et de l'exécutrice»» (*The Federalist* n° 78, p. 466 (C. Rossiter, éd., 1961) ; voir Montesquieu, *L'Esprit des lois* 157 (A. Cohler, B. Miller et H. Stone, éd., 1989) («Montesquieu»)).

La question à laquelle nous sommes confrontés aujourd'hui est celle de savoir si l'article 8772 viole l'article III en empiétant sur les prérogatives du pouvoir judiciaire.

### B

«Les auteurs de notre Constitution vivaient parmi les ruines d'un système dans lequel pouvoirs législatif et judiciaire se mêlaient» (*Plaut v. Spendthrift Farm, Inc.*, 514 U.S. 211, 219, 115 S.Ct. 1447, 131 L.Ed.2d 328 (1995)). Nous nous sommes faits les arpenteurs de ces ruines dans l'arrêt *Plaut* pour délimiter le périmètre du pouvoir judiciaire en vertu de l'article III, et il convient aujourd'hui que nous leur rendions à nouveau visite aux mêmes fins.

Tout au long des XVII<sup>e</sup> et XVIII<sup>e</sup> siècles, les législateurs coloniaux ont joué des rôles dont il est reconnu aujourd'hui qu'ils relèvent du cœur même de la fonction judiciaire. Ils «faisaient office de tribunal d'équité en dernier ressort, connaissaient d'actions dont ils étaient directement saisis ou contrôlaient en appel des décisions de justice» (*ibid.*). Ils «connaissaient constamment de requêtes privées, qui n'étaient souvent que les demandes d'une personne ou d'un groupe contre une ou un autre, et rendaient un jugement définitif sur celles-ci» (G. Wood, *The Creation of the American Republic 1776-1787*, p. 154-155 (1969)). Et ils intervenaient de manière habituelle dans des affaires toujours pendantes devant les tribunaux, accordant des prorogations, des sursis à exécution, «de nouveaux procès et des mesures de réparation de toute nature, en s'efforçant de faire ce qui «[était] agréable au droit et à la justice»» (*ibid.*, 155 ; voir «Judicial Action by the Provincial Legislature of Massachusetts», 15 *Harv. L. Rev.* 208, 216-218 (1902) (recensant des exemples de telles lois)).

Le pouvoir judiciaire exercé par les législateurs coloniaux leur était expressément conféré par la charte ou la loi coloniale. Dans les colonies du Massachusetts, du Connecticut et de Rhode Island, par exemple, les assemblées jouaient officiellement le rôle de cours en dernier ressort (voir *The Public Records of the Colony of Connecticut*, 25 (Trumbull, éd., 1850) ; M. Clarke, *Parliamentary Privilege in the American Colonies*, 31-33 (1943)). De même, plus d'un demi-siècle durant, l'assemblée coloniale \*1331 de Virginie pouvait contrôler et infirmer des décisions de justice (*ibid.*, 37-38). Et dans le New Hampshire, où les autorités britanniques renvoyaient les recours au gouverneur et à son conseil, ceux-ci transmettaient fréquemment ces affaires à l'assemblée pour décision (*ibid.*, 33). Les assemblées coloniales siégeaient donc au sommet de la pyramide judiciaire ; elles avaient le dernier mot quant au moment et aux modalités du règlement des litiges privés.

L'intervention législative dans les affaires judiciaires s'est intensifiée au cours de la révolution américaine, alimentée par le «populisme vigoureux, et effectivement radical, des législateurs et assemblées révolutionnaires» (*Plaut*, 514 U.S., 219, 115 S.Ct. 1447 ; voir Wood, *supra*, 155-156). La Constitution de Pennsylvanie de 1776 incarnait l'esprit de suprématie législative. Elle créait une assemblée monocamérale libre de tout contrôle juridictionnel et disposant du pouvoir de «réformer les abus» (*Report of the Committee of the Pennsylvania Council of Censors* 42 (F. Bailey, éd. 1784) (le «rapport du conseil») ; voir Williams, «The State Constitutions of the Founding Decade: Pennsylvania's Radical 1776 Constitution and Its Influences on American Constitutionalism», 62 *Temp. L. Rev.* 541, 547-548, 556 (1989)). L'assemblée s'est en conséquence prévaluée de cette autorité pour s'affranchir de la règle de droit dans le règlement des différends privés pour atténuer les «rigueurs qui découleront toujours du fonctionnement des lois générales» (rapport du conseil, 42-43).

Le «crescendo d'interférences législatives avec les jugements privés des tribunaux» de la période révolutionnaire a toutefois bien vite engendré un «sentiment d'une nécessité aiguë de séparer le pouvoir législatif du pouvoir judiciaire» (*Plaut*, 514 U.S., 221, 115 S.Ct. 1447). En 1778, un critique influent d'une constitution proposée (et, en dernier ressort, rejetée) du Massachusetts lança l'avertissement suivant : «[s]i les pouvoirs législatif et judiciaire sont unis, l'auteur de la loi l'interprétera également ; et la loi peut alors parler une langue dictée par les foucades, le caprice ou les préjugés du juge» («The Essex Result», in *The Popular Sources of Political Authority: Documents on the Massachusetts Constitution of 1780*, p. 337 (O. Handlin et M. Handlin, éd. 1966)). En Virginie, Thomas Jefferson s'est plaint de ce que l'assemblée avait, «en maintes instances, décidé de droits qui auraient dû être laissés au différend judiciaire» (*Notes on the State of Virginia*, 120 (Peden, éd. 1982)). En Pennsylvanie, le conseil des censeurs (organe nommé pour apprécier le respect de la Constitution de l'Etat) a dénoncé la pratique de l'assemblée de l'Etat consistant à «élargir ses délibérations aux affaires de personnes privées», au lieu de respecter la «procédure judiciaire habituelle», citant des situations dans lesquelles l'assemblée avait invalidé des amendes, réglé des successions et suspendu des poursuites (rapport du conseil, 38, 42). «[I]l y a lieu de croire», remarquèrent les censeurs, «que faveur et partialité ont, du fait de la nature des organes publics d'hommes, prédominé dans la répartition de ces réparations» (*ibid.*, 38).

Le conseil des censeurs du Vermont a embouché la même trompette pour sonner l'alarme. Son rapport de 1786 dénonçait «l'accaparement du pouvoir judiciaire» par le législateur, dont celui-ci avait usé pour surseoir à des jugements ou les annuler, suspendre des procès, régler des litiges fonciers et «légiférer pour des personnes privées et dans des affaires particulières» (*Vermont State Papers 1779-1786*, p. 537-542 (W. Slade, éd. 1823)). Les censeurs conclurent que «[l]'organe législatif n'[était], en vérité, en aucune manière compétent pour juger de causes entre partie et partie», et qu'il avait exercé le pouvoir judiciaire «sans être entravé par les règles», uniquement guidé par de «rudimentaires notions d'équité» (*ibid.*, 537, 540).

Les expériences des Etats ont, *in fine*, façonné la Constitution fédérale, et lourdement pesé dans la décision des auteurs du texte de \*1332 concevoir un système pour garantir la liberté par la division du pouvoir :

«Avant les débats sur la ratification, et durant ceux-ci, Madison, Jefferson et Hamilton ont chacun écrit sur les troubles factieux et les désordres engendrés par le système de l'équité législative au cours des années qui ont précédé la rédaction de la constitution ; et chacun d'eux pensait que la séparation du pouvoir législatif et du pouvoir judiciaire dans la nouvelle constitution y remédierait.» (*Plaut*, 514 U.S., 221, 115 S.Ct. 1447.)

M. Manning a conclu que l'article III témoign[ait], en grande partie, d'une réaction contre la pratique de l'interférence législative dans les affaires des tribunaux d'Etat (Manning, «Response, Deriving Rules of Statutory Interpretation from the Constitution», 101 *Colum. L. Rev.* 1648, 1663 (2001)).

L'expérience a confirmé la théorie de Montesquieu. Les auteurs de la Constitution ont vu que si la «[puissance de juger] était jointe à la puissance législative, le pouvoir sur la vie et la liberté des citoyens serait arbitraire» (Montesquieu, 157). Ils ont donc décidé de prendre la mesure sans précédent de créer un pouvoir judiciaire «véritablement distinct» (*Le Fédéraliste*, n° 78, 466 (A. Hamilton)). Pour contribuer à assurer la «complète indépendance des tribunaux» (*ibid.*), ils ont décidé que les juges seraient nommés à vie et protégés contre une diminution de leur traitement. Mais ces garanties contre une interférence indirecte n'auraient eu aucun sens si le Congrès avait simplement pu exercer le pouvoir judiciaire directement. Le pilier central de l'indépendance judiciaire était l'article III lui-même, qui prévoyait que «[l]e pouvoir judiciaire des Etats-Unis» serait confié à «une Cour suprême» et à telles «cours inférieures» dont l'institution pourrait être ordonnée. Le pouvoir judiciaire devait appartenir uniquement aux autorités judiciaires.

## II

### A

Parce que nous connaissons cette histoire, nos décisions ont reconnu trois types de «restriction[s] constitutionnelle[s] sur l'exercice du pouvoir judiciaire» (*Plaut*, 514 U.S., 218, 115 S.Ct. 1447). Deux ont trait à l'effet des jugements une fois ceux-ci rendus : «le Congrès ne peut confier l'examen des décisions des tribunaux de l'article III aux représentants du pouvoir exécutif» (*ibid.*), car si tel était le cas, les décisions de justice seraient de simples «avis consultatifs dans leur forme la plus désagréable» (*Chicago & Southern Air Lines, Inc. v. Waterman S. S. Corp.*, 333 U.S. 103, 113, 68 S.Ct. 431, 92 L.Ed. 568 (1948)). Et le Congrès ne peut «ordonne[r] rétroactivement aux tribunaux fédéraux de rouvrir des jugements définitifs», parce que l'article III «donne au pouvoir judiciaire fédéral le pouvoir, non seulement de se prononcer sur ces affaires, mais d'en décider, uniquement sous réserve d'examen par des juridictions supérieures appartenant à la hiérarchie de l'article III» (*Plaut*, 514 U.S., 218-219, 115 S.Ct. 1447). En l'espèce, aucune de ces deux règles n'est en cause.

Cette affaire concerne le troisième type d'interférence inconstitutionnelle avec la fonction judiciaire, qui est celle dans laquelle le Congrès assume le rôle du juge et décide en première instance d'une affaire particulière en cours. C'est précisément ce que fait l'article 8772 : il modifie la loi (pour cette seule procédure) simplement pour garantir que les défendeurs au pourvoi l'emportent. La loi joue un autre rôle, ce qui n'est pas contesté. Ainsi que le reconnaît la majorité, la loi «balaye ... tout ... obstacle prévu par le droit fédéral ou d'Etat susceptible d'exister par ailleurs» et d'empêcher les défendeurs au pourvoi d'obtenir les actifs de la banque Markazi (plus haut, 1321 (citant appendice à demande d'ordonnance de *certiorari*, 73a)). Devant le tribunal fédéral de district, la banque Markazi avait invoqué l'immunité de l'Etat étranger en vertu de la loi américaine de 1976 sur l'immunité des Etats étrangers (titre 28 du code des Etats-Unis §1611(b)(1)) (mémoire de la demanderesse au pourvoi, 28). L'alinéa 1) du paragraphe a) de l'article 8772 supprime cette immunité. La banque Markazi a soutenu que son statut de personne morale distincte, en vertu de la *common law* fédérale et du droit international \*1333, l'exonérait de toute responsabilité en relation

avec les dettes de l'Iran (voir *First Nat. City Bank v. Banco Para el Comercio Exterior de Cuba*, 462 U.S. 611, 624-627, 103 S.Ct. 2591, 77 L.Ed.2d 46 (1983) ; mémoire de la demanderesse au pourvoi, 27-28). L'alinéa 3) du paragraphe d) de l'article 8772 établit la responsabilité de la banque. La banque Markazi a soutenu que le droit de New York ne permettait pas aux défendeurs au pourvoi d'exécuter leurs jugements contre les actifs de la banque. Voir code de commerce uniforme de New York annoté, N.Y.U.C.C., §8-112(c) (West 2002) ; voir également appendice à demande d'ordonnance de *certiorari*, 126a (acceptant cet argument). L'alinéa 1) du paragraphe a) de l'article 8772 rend ces actifs susceptibles d'exécution (voir *ibid.*, 97a).

L'article 8772 autorisait en outre la saisie conservatoire uniquement des «avoirs financiers en cause dans l'affaire *Peterson et al. v. Islamic Republic of Iran et al.* (affaire n° 10 Civ. 4518 (BSJ) (GWG)), portée devant le tribunal fédéral du district sud de l'Etat de New York, et mis sous main de justice à l'initiative des demandeurs en l'espèce» (§8772(b)).

Et pour le cas où subsisterait le moindre doute quant au fait que l'unique préoccupation du Congrès était de décider dans cette affaire particulière, plutôt que d'édicter des règles d'application générale, l'article 8772 prévoyait que rien dans la loi «ne saurait être interprété[] ... comme affectant la disponibilité ou provoquant l'indisponibilité d'un droit à l'exécution d'un jugement dans toute autre action intentée contre une partie terroriste dans le cadre d'une procédure autre que» celles-ci (§8772(c))<sup>29</sup>.

## B

L'article 8772 est sans précédent. Ni la majorité, ni les défendeurs au pourvoi n'ont identifié d'autre texte qui changeait la loi applicable à une affaire en cours d'une manière déterminant le résultat tout en limitant expressément ses effets à une procédure judiciaire spécifique. A lui seul, ce fait est «[p]eut-être l'indication la plus parlante de l'existence du problème constitutionnel grave» affectant la loi (*Free Enterprise Fund v. Public Company Accounting Oversight Bd.*, 561 U.S. 477, 505, 130 S.Ct. 3138, 177 L.Ed.2d 706 (2010) (guillemets internes omis)). «[L]a réticence prolongée [du Congrès] serait remarquable si cette interférence n'était pas considérée comme prohibée par la Constitution» (*Plaut*, 514 U.S., 230, 115 S.Ct. 1447).

L'article 8772 viole la règle fondamentale de l'article III selon laquelle le pouvoir judiciaire est conféré à la seule autorité judiciaire. Nous avons appliqué cette règle initialement contre un acte du Congrès, au cours de la période de la reconstruction, dans l'arrêt *United States v. Klein* (13 Wall. 128, 20 L.Ed. 519 (1872)). L'affaire *Klein* est née de l'opposition du Congrès à une conciliation avec le Sud, et en particulier aux grâces que les présidents Lincoln et Johnson avaient offertes aux anciens rebelles confédérés (voir *ibid.*, 140-141 ; voir, par exemple, proclamation présidentielle n° 11, 13 Stat. 737). Bien que la Cour ait jugé qu'une grâce était une preuve de loyauté et qu'elle conférerait à son titulaire un droit à indemnisation par le tribunal fédéral des créances sur l'administration en relation avec les saisies de biens opérées par les forces de l'Union au cours de la guerre (voir *United States v. Padelford*, 9 Wall. 531, 543 (1870)), le Congrès, qui était alors dominé

---

<sup>29</sup> La majorité conteste la description de l'article 8772 comme ne portant que sur une seule affaire en précisant que les demandeurs avaient demandé une saisie des avoirs dans diverses procédures antérieures (plus haut, 1326). Celles-ci n'ont néanmoins pas été regroupées ultérieurement, mais ont été jointes en l'action sur appel en intervention forcée par *interpleader* désignée par le numéro de rôle indiqué dans l'article 8772 (voir §8772(b)) ; voir, de manière générale, 7 C. Wright, A. Miller, & M. Kane, *Federal Practice and Procedure* §1702 (3<sup>e</sup> éd. 2001) (qui explique qu'un appel en intervention forcée par *interpleader* est un «dispositif de jonction» qui rassemble de multiples demandeurs prétendant à un bien dans une action «unique» pour «protéger[] la partie prenante contre l'inconvénient que représente une multiplicité de procès»). Telle est probablement la raison pour laquelle les défendeurs n'ont pas contesté la caractérisation de la procédure, par la banque Markazi dans son opposition à la demande d'ordonnance de *certiorari*, comme «une unique affaire en cours» (demande d'ordonnance de *certiorari*, i), et pour laquelle la majorité n'avance aucune citation en réfutation de la description, par Wright et Miller, d'une action sur appel en intervention forcée par *interpleader* comme une «procédure unique» (7 *Federal Practice and Procedure* §1704). En tout état de cause, rien dans l'opinion de la majorité ne permet de penser que le résultat serait différent en vertu de son analyse même si elle concluait qu'une seule affaire était concernée.

par les républicains, souhaitait s'opposer à la grâce accordée aux rebelles et les empêcher d'obtenir une indemnisation. Il a donc adopté une loi interdisant aux demandeurs d'utiliser de la grâce comme d'une preuve de loyauté, et imposant au tribunal fédéral des créances sur l'administration et à la Cour suprême de décliner leur compétence en relation avec tout procès basé sur une grâce (voir loi du 12 juillet 1870, ch. 251, 16 Stat. 235 ; voir également *United States v. Sioux Nation*, 448 U.S. 371, 403, 100 S.Ct. 2716, 65 L.Ed.2d 844 (1980)).

Le procès dans l'affaire *Klein* comptait au nombre de ceux que le Congrès entendait bloquer. Klein représentait la succession d'un nommé V. F. Wilson, partisan de la Confédération gracié par Lincoln. Klein avait obtenu du tribunal fédéral des créances sur l'administration, au nom de la succession, un jugement d'un montant important en relation avec des biens saisis par l'Union (*Klein*, 13 Wall., 132-134). Le pourvoi formé par l'administration contre le jugement était pendant devant la Cour suprême lorsque la loi relative à ce procès est entrée en vigueur. L'administration a donc soumis une requête pour que la procédure soit abandonnée en totalité.

La Cour a néanmoins rejeté la requête et a, à la place, déclaré la loi inconstitutionnelle. Elle a jugé que la loi «franchissait la limite séparant pouvoir législatif et pouvoir judiciaire» (*ibid.*, 147). La Cour a reconnu que le Congrès pouvait «faire des exceptions et édicter des règlements encadrant le droit de recours», mais a refusé de confirmer la loi en tant qu'exercice de cette autorité (*ibid.*, 146). Au lieu de cela, la Cour a conclu que la loi violait la séparation des pouvoirs en tentant de «décider» de l'affaire en «prescri[van]t des règles de décision au pouvoir judiciaire de l'Etat dans des affaires en cours» (*ibid.*, 145-146). «Il est d'une importance cruciale», a insisté la Cour, que les pouvoirs législatif et judiciaire «soient maintenus distincts» (*ibid.*, 147).

La majorité qualifie la jurisprudence *Klein* de décision obscure et déroutante dont la conclusion centrale (que le Congrès ne peut prescrire le résultat des affaires en cours) ne saurait être prise au pied de la lettre<sup>30</sup>. Il est exact que la jurisprudence *Klein* peut être interprétée trop largement, d'une manière absorbant la règle selon laquelle les tribunaux doivent, de manière générale, appliquer aux affaires en cours une loi d'application rétroactive (voir *United States v. Schooner Peggy*, 1 Cranch 103, 110, 2 L.Ed. 49 (1801)). L'arrêt *Schooner Peggy* peut pourtant également être interprété trop largement. L'application d'une loi rétroactive prévoyant que «Smith l'emporte» à l'affaire en cours *Smith v. (\*1335) Jones* pose des questions graves de séparation des pouvoirs auxquelles une citation de l'arrêt *Schooner Peggy* ne permet pas de répondre de manière adéquate. Et le fait que l'arrêt *Klein* n'énonce pas de règles claires délimitant l'autorité du Congrès en matière de législation en relation avec une affaire en cours ne signifie pas (contrairement à ce que semble penser la majorité) que l'article III lui-même n'impose pas de telles limites.

L'«histoire» même qui a conduit les auteurs de la Constitution à adopter l'article III pour mettre en œuvre la séparation des pouvoirs devrait nous engager à donner son plein sens à leur architecture (*Plaut*, 514 U.S., 218, 115 S.Ct. 1447). Près de deux siècles d'expérience d'exercice du pouvoir judiciaire par le pouvoir législatif signifiaient que «[l]es auteurs de la Constitution étaient

---

<sup>30</sup> La majorité s'efforce, à la place, de présenter l'affaire *Klein* sous un jour différent et de donner l'impression qu'il est, avant tout, affaire de compromission par le Congrès du droit de grâce présidentiel (plus haut, 1323-1324), en dépit de l'indication impossible à ignorer, dans l'arrêt *Klein*, du fait que l'atteinte au droit de grâce constituait un fondement alternatif d'inconstitutionnalité, secondaire par rapport aux préoccupations liées à l'article III (13 Wall., 147 («[l]a règle édictée prête également le flanc à une exception fondée au motif qu'elle porte atteinte à l'effet d'une grâce, et que, ce faisant, elle empiète sur le pouvoir constitutionnel de l'exécutif» (italiques sont de nous))). La majorité laisse alors entendre que la jurisprudence *Klein* peut se résumer à la proposition selon laquelle le Congrès ne saurait contraindre les tribunaux à agir en violation de la Constitution (plus haut, 1323, et n. 19). Il s'agit indubitablement d'une bonne règle, reconnue par la Cour depuis l'arrêt *Marbury v. Madison* (1 Cranch 137, 2 L.Ed. 60 (1803)). Mais est difficile de reconstruire l'affaire *Klein* de la sorte compte tenu de l'importance attachée dans celle-ci à la menace pour la séparation des pouvoirs que représenterait le fait de permettre au Congrès de manipuler les règles juridictionnelles pour dicter les résultats des processus judiciaires (voir Hart, «The Power of Congress To Limit the Jurisdiction of Federal Courts: An Exercise in Dialectic», 66 *Harv. L. Rev.* 1362, 1373 (1953) («si le Congrès donne à un tribunal de l'article III instruction de juger une affaire, je puis aisément lire dans l'article III une limitation du pouvoir du Congrès de dire au tribunal comment se prononcer, ... ainsi que l'a clairement précisé la Cour elle-même, il y a longtemps de cela, dans l'affaire *United States v. Klein*»)).

parfaitement informés du risque impliqué par la soumission de la détermination des droits d'une personne à la tyrannie de majorités changeantes» (*INS v. Chadha*, 462 U.S. 919, 961, 103 S.Ct. 2764, 77 L.Ed.2d 317 (1983) (opinion concordante du juge Powell) (guillemets internes omis)). L'article III confiait le pouvoir judiciaire aux seules autorités judiciaires dans le but de parer à cette menace pour la liberté. Il définissait non seulement ce que pouvait faire le pouvoir judiciaire mais aussi ce qu'il était défendu au Congrès de faire.

La Cour a expliqué qu'elle rejetterait une loi qui dirait «Smith l'emporte» au motif qu'elle «ne créerait pas une nouvelle loi sur le fond» (plus haut, 12, n. 17). Il va pourtant de soi que tel serait le cas : avant l'adoption de la loi hypothétique, la loi ne prévoyait pas la victoire de Smith. Après son adoption, elle le ferait. La modification de la loi n'est autre qu'une modalité d'action du Congrès. La question réside dans le fait de savoir si son action constitue un exercice du pouvoir judiciaire. Dire que le Congrès «crée une nouvelle loi» dans un cas mais non dans un autre revient simplement à énoncer une conclusion à cet égard sans en indiquer toutefois le motif.

«Smith l'emporte» est une nouvelle loi, taillée sur mesure pour une seule affaire, comme l'article 8772 et ayant le même effet. Les deux lois ne font, en substance, que «donn[er] effet» au «jugement ... du législateur en matière de politique publique» qui est que, dans une affaire donnée, un côté devrait l'emporter (plus haut, 18). L'inquiétant en l'espèce gît dans le fait que, encore que les lois soient impossibles à distinguer l'une de l'autre, il est clair que la majorité ne reconnaît pas de limite, en vertu du principe de séparation des pouvoirs, en dehors de la prohibition de textes aussi effrontés que «Smith l'emporte». Hamilton avait averti que le pouvoir judiciaire devait prendre «le plus grand soin ... de se défendre contre [les] attaques» des autres pouvoirs (*Le Fédéraliste*, n° 78, 466). De l'avis de la Cour néanmoins, l'article III n'est qu'une ligne Maginot constitutionnelle, aisée à contourner par la plus simple manœuvre consistant à dépouiller la partie adverse de tout moyen de défense propre à empêcher la victoire de Smith sans pour autant dire «Smith l'emporte».

Prenons le cas de l'acceptation par la majorité de la conclusion du tribunal fédéral de district selon laquelle l'article 8772 laisserait «abondance» de questions factuelles «à juger» par le tribunal (plus haut, 1324-1325, et n. 20 (guillemets internes omis)). L'article 8772 ne requérant néanmoins du tribunal que deux décisions quant aux faits (que la banque Markazi possédait un droit en équité ou de propriété effective sur les actifs, et que tel n'était le cas d'aucune autre partie (§8772(a)(2))), qui l'une comme l'autre étaient clairement établies lorsque le Congrès a adopté l'article 8772. Non seulement les actifs en cause avaient-ils été gelés conformément à un décret présidentiel bloquant des «biens de l'Etat iranien» (décret présidentiel n° 13599, 77 Fed. Reg. 6659 (2012)), mais encore la banque avait-elle «insisté à plusieurs reprises sur le fait qu'elle [était] l'unique propriétaire effectif des actifs bloqués» (appendice à demande d'ordonnance de *certiorari*, 113a). A l'aune d'une telle «abondance», la majorité devrait considérer comme constitutionnelle une loi dictant un jugement en faveur de Smith dès lors que le tribunal estime que Jones a dûment reçu signification de l'acte introductif d'instance et que l'action de Smith a été intentée dans les délais. En réalité, l'«abondance» de la Cour est abondance de rien, et apparemment, rien est abondance pour la Cour (voir D. Heyward et I. Gershwin, *Porgy and Bess*, livret, 28 (1958)).

(\*1336) Il est exact qu'une partie de la jurisprudence citée par la majorité (plus haut, 1325-1327) a permis au Congrès de tester la frontière qui sépare les domaines du législatif et du judiciaire. Aucun précédent néanmoins ne concernait une loi comparable à l'article 8772. Dans l'affaire *Robertson v. Seattle Audubon Soc.* (503 U.S. 429, 112 S.Ct. 1407, 118 L.Ed.2d 73 (1992)), par exemple, les références à des affaires particulières contenues dans la loi en cause étaient uniquement des manières simples de décrire un certain nombre d'exigences du droit de l'environnement (*ibid.*, 433-435, 112 S.Ct. 1407), et ne constituaient pas une limitation des effets de la loi à ces seules affaires. Dans l'affaire *Plaut*, la Cour a expressément distingué la loi dont elle était saisie (qui ordonnait aux tribunaux de rouvrir des affaires qui s'étaient terminées par un jugement ayant acquis force de chose jugée pour toute une catégorie de litiges) d'une loi «réserv[ant] un traitement défavorable à un défendeur (ou un traitement favorable à un demandeur)» (514 U.S., 238, 115 S.Ct. 1447). En tout état de cause, dans l'affaire *Plaut*, la Cour a considéré que la loi sur laquelle

il lui était demandée de se prononcer était *inconstitutionnelle*, et a conclu qu'elle violait l'article III sur la base de la même analyse historique du pouvoir judiciaire que celle exposée précédemment (*ibid.*, 219-225, 240, 115 S.Ct. 1447)<sup>31</sup>.

Je reconnais volontiers, sans le moindre embarras, qu'il peut être difficile de tracer la frontière entre le domaine du législateur et celui du juge. Il n'y a pas lieu de s'en offusquer ; l'avertissement du président de la Cour suprême Marshall «selon lequel «nous expliquons une *constitution*» revêt une pertinence particulière lorsque la Cour doit confirmer dans la loi un principe sous-jacent de la Constitution, celui de la séparation des pouvoirs» (*Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, 343 U.S. 579, 596-597, 72 S.Ct. 863, 96 L.Ed. 1153 (1952) (opinion concordante du juge Frankfurter) (citant *McCulloch v. Maryland*, 4 Wheat. 316, 407, 4 L.Ed. 579 (1819))). Mais quelque difficulté qu'il puisse y avoir à discerner la ligne entre les pouvoirs législatif et judiciaire, toute l'entreprise constitutionnelle dépend de l'existence même d'une telle ligne. Le fait que la Cour ne parvienne pas à faire respecter cette frontière dans une affaire aussi claire que celle-ci réduit l'article III à une simple «barrière[] de parchemin contre l'esprit d'empiètement» qui anime le pouvoir législatif (*Le Fédéraliste*, n° 48, at 308 (J. Madison)).

## C

La majorité suggère enfin que l'article 8772 est analogue au pouvoir historique de l'exécutif de reconnaître l'immunité de l'Etat étranger au cas par cas. Ainsi qu'indiqué précédemment, néanmoins, l'article 8772 ne se borne pas à retirer à la banque son immunité étatique (*supra*, 1319-1321). Elle dépouille la banque de toute protection que la *common law* fédérale ou le droit de l'Etat de New York aurait pu lui offrir contre les demandes des défendeurs au pourvoi. Ce qui n'a ni équivalent, ni précédent. En tout état de cause, la pratique consistant à appliquer des conclusions du pouvoir exécutif en matière d'immunité de l'Etat étranger se rapportant spécifiquement à un cas particulier ne valait pas assentiment judiciaire à un empiètement sur le rôle de la fonction judiciaire. Il s'agissait en fait du résultat du droit sur le fond en matière d'immunité de l'Etat étranger, développé et appliqué par les tribunaux, qui traitait ces conclusions comme un fait juridique (voir *Verlinden B.V. v. Central Bank of Nigeria*, 461 U.S. 480, 486-487, 103 S.Ct. 1962, 76 L.Ed.2d 81 (1983) ; *Ex parte Peru*, 318 U.S. 578, 587-588, 63 S.Ct. 793, 87 L.Ed. 1014 (1943)).

La majorité compare également l'article 8772 à l'autorité des pouvoirs politiques en matière d'«exercice[] d'un contrôle sur les demandes visant les Etats étrangers et l'affectation des biens des Etats étrangers aux Etats-Unis» (\*1337) (plus haut, 1327 (citant *Dames & Moore v. Regan*, 453 U.S. 654, 101 S.Ct. 2972, 69 L.Ed.2d 918 (1981))). Dans l'affaire *Dames & Moore*, nous nous sommes demandé si le président possédait l'autorité requise pour suspendre les demandes contre l'Iran et annuler les décisions de justice existantes saisissant un bien de l'Iran, dans le but d'exécuter des obligations des Etats-Unis en vertu d'un accord de règlement de demandes avec ce pays (*ibid.*, 664-667, 101 S.Ct. 2972). Nous avons conclu que le président avait ce pouvoir, sur la base d'une combinaison d'autorisations légales, d'assentiments du Congrès et de pouvoir propre de l'exécutif (voir *ibid.*, 674-675, 686, 101 S.Ct. 2972).

La majorité suggère que la jurisprudence *Dames & Moore* plaide pour la validité de l'article 8772. Mais en rendant l'arrêt *Dames & Moore*, la Cour a consciemment délivré «un billet de train limité, valide uniquement pour ce jour et ce train-là» (*Smith v. Allwright*, 321 U.S. 649, 669, 64 S.Ct. 757, 88 L.Ed. 987 (1944) (opinion dissidente du juge Roberts)). La Cour a insisté, dans la décision *Dames & Moore*, sur le fait qu'elle «ne tent[ait] pas d'édicter des «lignes directrices» générales couvrant des situations autres que celles impliquées en l'espèce, et s'effor[ait] de limiter

---

<sup>31</sup> Nous avons également considéré comme constitutionnel l'usage ancien du Congrès consistant à régler les demandes individuelles ayant trait à des droits publics, tels que les créances sur l'administration, au moyen de projets de loi d'intérêt particulier (voir, en général, *Pope v. United States*, 323 U.S. 1, 65 S.Ct. 16, 89 L.Ed. 3 (1944)). La Cour ne fait néanmoins référence à aucun exemple de projet de loi d'intérêt particulier ayant modifié la loi rétroactivement pour une seule affaire impliquant des droits privés.

l'opinion uniquement aux questions mêmes nécessaires à [la] décision en l'affaire» (453 U.S., 661, 101 S.Ct. 2972 ; voir également *American Ins. Assn. v. Garamendi*, 539 U.S. 396, 438, 123 S.Ct. 2374, 156 L.Ed.2d 376 (2003) (opinion dissidente de la juge Ginsburg) («[e]n particulier, la Cour a, dans son arrêt *Dames & Moore*, insisté sur le caractère «limité» de sa décision»)).

Il existe, en outre, plusieurs différences importantes entre l'affaire *Dames & Moore* et celle en l'espèce. Pour commencer, la mesure du pouvoir exécutif confirmée par l'arrêt *Dames & Moore* ne dictait pas les modalités de règlement de demandes particulières ; elle exigeait seulement que ces demandes soient soumises à un tribunal particulier (453 U.S. 660, 101 S.Ct. 2972). De surcroît, la décision en l'affaire *Dames & Moore* validait cette mesure sur la base de la pratique «de longue date» des pouvoirs politiques consistant à «régl[er] les demandes de ressortissants [américains] contre un Etat étranger» par traité ou accord en forme simplifiée (*ibid.*, 679, 101 S.Ct. 2972). La Cour a mis l'accent sur le fait que, tout au long de notre histoire, les pouvoirs politiques avaient parfois «réglé les demandes de citoyens américains sans leur accord, ou même sans les consulter», par l'abandon de demandes, leur règlement ou l'institution de procédures arbitrales (*ibid.*, 679-681, 101 S.Ct. 2972) (guillemets internes omis). Il est crucial que ces règlements n'aient pas constitué des exercices du pouvoir judiciaire, ainsi qu'il ressort de manière évidente du fait que le pouvoir judiciaire ne possède pas l'autorité requise pour ordonner un règlement ni créer de nouveaux tribunaux. Telle est la raison pour laquelle l'arrêt *Klein* n'était pas en cause dans l'affaire *Dames & Moore*. A l'inverse, aucune histoire comparable ne vient soutenir l'action du Congrès en l'espèce, dont le but est d'offrir réparation aux défendeurs non en transférant leurs demandes d'une manière uniquement à la disposition des pouvoirs politiques, mais en ordonnant aux tribunaux de maquiller un jugement politique en décision de justice (voir *Medellin v. Texas*, 552 U.S. 491, 531, 128 S.Ct. 1346, 170 L.Ed.2d 190 (2008) (refusant d'élargir l'autorité présidentielle en matière de règlement de demandes au-delà de l'«ensemble limité de circonstances» définies par la «pratique systématique et ininterrompue de l'exécutif, connue du Congrès de longue date, et jamais mise en cause auparavant»» (citant *Dames & Moore*, 453 U.S., 686, 101 S.Ct. 2972)).

L'arrêt *Dames & Moore* montre par-dessus tout que les pouvoirs politiques disposent de pouvoirs propres considérables dans ce domaine, et qu'ils auraient pu choisir de les exercer pour offrir réparation aux demandeurs dans cette affaire (cf. titre 50 du code des Etats-Unis §1702(a)(1)(C) (autorisant le président, dans diverses situations d'urgence, à confisquer les biens d'Etats étrangers et à les céder)). L'autorité des pouvoirs politiques suffit ; ils n'ont pas besoin de s'emparer de la nôtre.

\* \* \*

(\*1338) Un principe fondamental est en cause en l'espèce, et non une règle technique. L'article 8772 décide de cette affaire de manière aussi certaine que si le Congrès avait rendu directement un jugement en faveur des défendeurs au pourvoi. En conséquence, le potentiel que la décision d'aujourd'hui «entraîne un changement important dans l'équilibre du pouvoir» est «immédiatement évident» (*Morrison v. Olson*, 487 U.S. 654, 699, 108 S.Ct. 2597, 101 L.Ed.2d 569 (1988) (opinion dissidente du juge Scalia)). A l'avenir, le Congrès pourra, avec l'aval de cette Cour, choisir sans honte gagnants et perdants dans des affaires en cours particulières. La décision d'aujourd'hui deviendra effectivement un «plan pour une expansion de grande envergure du pouvoir législatif» au détriment du judiciaire (*Metropolitan Washington Airports Authority v. Citizens for Abatement of Aircraft Noise, Inc.*, 501 U.S. 252, 277, 111 S.Ct. 2298, 115 L.Ed.2d 236 (1991)), nourrissant la tendance du Congrès à «élargir[] sa sphère d'activité et à attirer[] tout pouvoir dans son vortex impétueux» (*Le Fédéraliste*, n° 48, 309 (J. Madison)).

Je conteste donc respectueusement.

**Toutes les citations**

136 S.Ct. 1310, 194 L.Ed.2d 463, 84 USLW 4222, 14 Cal. Daily Op. Serv. 4110, 2016 Daily Journal D.A.R. 3729, 26 Fla.L. Weekly Fed. S 100

---

ANNEXE 117

**DEMANDE D'ORDONNANCE DE CERTIORARI, BANK MARKAZI V. PETERSON,  
2014 WL 7463968 (2<sup>e</sup> CIRC. 29 DÉCEMBRE 2014) (N<sup>o</sup> 14-770)**

*[Traduction]*

**COUR SUPRÊME DES ÉTATS-UNIS**

**BANQUE MARKAZI,  
BANQUE CENTRALE D'IRAN**

*partie demanderesse au pourvoi*

**c.**

**DEBORAH D. PETERSON, ET AL.**

*parties défenderesses au pourvoi*

**Sur une requête pour que soit rendue une ordonnance de certiorari  
adressée à la cour d'appel fédérale du deuxième circuit**

**REQUÊTE POUR QUE SOIT RENDUE UNE ORDONNANCE DE CERTIORARI**

DAVID M. LINDSEY, ANDREAS A. FRISCHKNECHT, CHAFFETZ LINDSEY LLP,  
505 Fifth Ave., 4th Floor, New York, N.Y. 10017 — Etats-Unis — (212) 257-6960

JEFFREY A. LAMKEN, avocat pour le dossier, ROBERT K. KRY, MOLOLAMKEN LLP,  
The Watergate, Suite 660, 600 New Hampshire Ave., N.W., Washington, D.C. 20037  
— (202) 556-2000 — [jlamken@mololamken.com](mailto:jlamken@mololamken.com)

JUSTIN M. ELLIS, MOLOLAMKEN LLP, 540 Madison Ave., New York, N.Y. 1002  
— (212) 607-8160

*Avocats de la partie demanderesse au pourvoi*

**QUESTION PRÉSENTÉE**

Cette affaire concerne des obligations, dont le montant avoisine 2 milliards de dollars, sur lesquelles la banque Markazi, qui est la banque centrale d'Iran, détenait des droits réels en Europe où elles faisaient partie de ses réserves de change. Les parties demanderesse, qui ont obtenu des jugements par défaut condamnant l'Iran, ont tenté de saisir les actifs. Alors que cette affaire était

pendante, le Congrès a adopté l'article 502 de la loi de 2012 sur la réduction de la menace iranienne et sur les droits de l'homme en Syrie (article 8772 du titre 22 du code des Etats-Unis (22 U.S.C. § 8772)). Selon ses dispositions, cette loi ne s'applique qu'à une seule affaire : aux «actifs financiers en cause dans l'affaire *Peterson et al. v. Islamic Republic of Iran et al.* (affaire n° 10, civ. 4518 (BSJ) (GWG)), portée devant le tribunal fédéral du district sud de l'Etat de New York» (*ibid.*, article 8772, paragraphe *b*). Elle dispose qu'«[a]fin de garantir le paiement par l'Iran des dommages-intérêts adjugés par les décisions de justice», et nonobstant toute autre disposition de la législation fédérale ou de la législation des différents Etats de l'Union, ces actifs sont «saisissables en exécution de toute décision de justice» sur la base de deux conclusions seulement, essentiellement que la banque Markazi possède sur eux des droits réels en qualité de bénéficiaire effectif, et que nul autre n'en ait (*ibid.*, article 8772, paragraphe *a*), alinéas 1) et 2)). La question posée est la suivante :

celle de savoir si l'article 8772, une loi qui prescrit effectivement un résultat particulier dans une unique affaire pendante, contrevient au principe de séparation des pouvoirs.

### **PARTIES À LA PROCÉDURE ANTÉRIEURE**

En raison de sa longueur, la liste des parties à la procédure antérieure figure intégralement dans l'appendice (appendice, *infra*, 130a-144a).

.....  
La demanderesse au pourvoi, la banque Markazi, qui est la banque centrale d'Iran, demande respectueusement à ce que plaise à la Cour de rendre une ordonnance de *certiorari* pour le contrôle de l'arrêt rendu par la cour d'appel fédérale du deuxième circuit dans cette affaire.

### **OPINIONS CI-APRÈS**

L'opinion de la cour d'appel (appendice, *infra*, 1a-12a) est publiée au 758 F.3d 185 (deuxième circuit, 2014). Les opinions et ordonnances du tribunal fédéral de district (appendice, *infra*, 13a-127a) ne sont pas publiées.

### **DÉCLARATION DE COMPÉTENCE**

La cour d'appel a rendu son arrêt le 9 juillet 2014. Elle a rejeté les demandes de nouveau procès et de nouveau procès «en banc» le 29 septembre 2014 (appendice, *infra*, 128a). La Cour est compétente en vertu de l'article 1254, paragraphe 1), du titre 28 du code des Etats-Unis. Bien que l'article 2403, paragraphe *a*), du titre 28 du code des Etats-Unis puisse s'appliquer, elle ne s'est pas prévaluée de cette disposition. La présente requête est signifiée aux Etats-Unis.

### **DISPOSITIONS CONSTITUTIONNELLES, LÉGALES ET CONVENTIONNELLES CONCERNÉES**

Les dispositions pertinentes de l'article III de la Constitution des Etats-Unis, de la loi de 2012 sur la réduction de la menace iranienne et sur les droits de l'homme en Syrie (article 8772 du titre 22 du code des Etats-Unis) ; de la loi de 1976 sur l'immunité des Etats étrangers (articles 1602 et suivants du titre 28 du code des Etats-Unis) ; de la loi de 2002 sur l'assurance contre les risques associés au terrorisme (note à l'article 1610 du titre 28 du code des Etats-Unis) ; du traité d'amitié, de commerce et de droits consulaires de 1955 entre les Etats-Unis d'Amérique et l'Iran, signé à Téhéran le 15 août 1955 (8 United States Treaties 899) ; et de l'article 8 du code de commerce uniforme figurent dans l'appendice (appendice, *infra*, 145a-186a).

## DÉCLARATION LIMINAIRE

Cette affaire concerne des obligations, dont la valeur avoisine 2 milliards de dollars, sur lesquelles la banque Markazi, qui est la banque centrale d'Iran, détenait des droits en Europe dans le cadre de ses réserves de change. Les parties demanderesse, qui ont obtenu des jugements par défaut contre l'Iran, ont tenté de saisir ces actifs. Si les principes juridiques ordinaires avaient été appliqués, les actifs n'auraient pas été saisissables.

Les parties demanderesse ont toutefois convaincu le Congrès d'adopter une loi pour dicter un résultat contraire dans cette seule affaire. Selon ses dispositions, la loi ne s'applique qu'aux «actifs financiers en cause dans l'affaire *Peterson et al. v. Islamic Republic of Iran et al.* (affaire n° 10, civ. 4518 (BSJ) (GWG)), portée devant le tribunal fédéral du district sud de l'Etat de New York» (article 8772, paragraphe *b*) du titre 22 du code des Etats-Unis). Elle dispose que, «[a]fin de garantir le paiement par l'Iran des dommages-intérêts adjugés par les décisions de justice», et nonobstant toute autre disposition de la législation fédérale ou de la législation des différents Etats de l'Union, ces actifs sont «susceptibles d'exécution» sur la base de deux conclusions seulement, essentiellement que la banque Markazi possède sur eux des droits réels en qualité de bénéficiaire effectif, et que nul autre n'en ait (*ibid.*, article 8772, paragraphe *a*), alinéas 1) et 2)).

En s'appuyant sur ce texte, le tribunal fédéral de district a ordonné la remise des actifs aux parties demanderesse. Le deuxième circuit a confirmé. Concédant qu'il était possible qu'il y ait «peu de différence, d'un point de vue fonctionnel» entre l'article 8772 et une loi qui donnerait simplement instruction au tribunal de se prononcer en faveur des parties demanderesse, la cour a considéré que l'article 8772 constituait un exercice valide de l'autorité du Congrès (appendice, *infra*, 10a). La question posée est celle de savoir si l'article 8772, une loi qui prescrit effectivement un résultat particulier dans une unique affaire pendante, contrevient au principe de séparation des pouvoirs.

## MOYENS

### I. CADRE LÉGAL

#### A. La loi sur l'immunité des Etats étrangers

Durant la plus grande partie de l'histoire de ce pays, les entités souveraines étrangères ont joui d'une totale immunité de juridiction (voir *Verlinden B.V. v. Central Bank of Nigeria*, 461 U.S. 480, 486 (1983)). En 1952, cependant, le département d'Etat a adopté la théorie «restrictive» de l'immunité, qui reconnaissait des exceptions limitées (*ibid.*, 486-487). Deux décennies plus tard, le Congrès a inscrit ces exceptions dans le code avec la loi de 1976 sur l'immunité des Etats étrangers [*Foreign Sovereign Immunities Act*] («FSIA») (Public Law 94-583, 90 Statutes 2891 (ajoutée au code telle que modifiée, aux articles 1602 et suivants du titre 28 du code des Etats-Unis).

La FSIA préserve la règle générale qui veut que «l'Etat étranger jouit de l'immunité de juridiction devant les tribunaux des Etats-Unis ou des Etats de l'Union» (28 U.S.C. § 1604). L'expression «Etat étranger» comprend les «établissements ou organismes d'un Etat étranger» (*ibid.*, § 1603(a)). L'article 1605 énumère des exceptions limitées à cette immunité (*ibid.*, § 1605).

La FSIA traite séparément de l'immunité de saisie ou d'exécution des biens de l'Etat étranger. De manière générale, «les biens aux Etats-Unis d'un Etat étranger bénéficient de l'immunité de saisie et d'exécution» (28 U.S.C. § 1609). L'article 1610 énumère des exceptions limitées, mais uniquement pour certaines catégories de «biens aux Etats-Unis» (*ibid.*, § 1610(a)-(b)).

L'article 1611, paragraphe *b*), prévoit une immunité additionnelle spéciale pour les actifs des banques centrales. En vertu de cet article, «[n]onobstant les dispositions de l'article 1610 du présent chapitre, les biens d'un Etat étranger bénéficient de l'immunité de saisie et d'exécution [s'ils] ... sont des biens détenus pour son propre compte par une banque centrale ou une autorité monétaire étrangère» ((28 U.S.C. § 1611(b)(1)).

### **B. Les modifications apportées à la FSIA en relation avec le terrorisme**

En 1996, le Congrès a aménagé une exception à l'immunité pour les demandes de dommages-intérêts liées au terrorisme (voir la loi de 1996 sur la lutte contre le terrorisme et l'application effective de la peine de mort (Public Law 104-132, § 221, 110 Statutes 1214, 1241)). Cette exception permet d'engager des procès à raison d'un préjudice ... attribuable à «des actes de torture, à une exécution extrajudiciaire, au sabotage d'un aéronef ou à une prise d'otages, ou de la fourniture d'un appui matériel ou financier en vue de la commission d'un tel acte» (28 U.S.C. § 1605A(a)(1)). Elle s'applique uniquement lorsque le pouvoir exécutif a qualifié l'Etat étranger d'«Etat soutenant le terrorisme» avant l'acte en cause ou en conséquence de celui-ci (*ibid.*, § 1605A(a)(2)(A)(i)(I)).

Au cours des années qui se sont écoulées depuis, des dizaines de procédures ont été intentées. D'ordinaire, l'Etat étranger ne comparait pas et les parties demanderesses obtiennent des jugements par défaut pour des dizaines ou des centaines de millions de dollars (voir Jennifer K. Elsea, *Suits Against Terrorist States by Victims of Terrorism*, Congressional Research Service, 8 août 2008, 67-74). Les parties demanderesses se heurtent cependant à des difficultés pour recouvrer les montants qui leur ont été alloués (voir *ibid.*, 5-68). Le Congrès a réagi en apportant, à plusieurs reprises, des modifications aux exceptions à l'immunité d'exécution (voir *ibid.*).

La réforme de 1996 a ajouté deux exceptions. En vertu de la première, les biens des Etats étrangers qui «sont utilisés à des fins commerciales aux Etats-Unis» ne sont pas protégés par une immunité d'exécution d'un jugement lié au terrorisme (28 U.S.C. § 1610(a)(7)). Une exception similaire s'applique à certains biens d'établissements ou d'organismes (*ibid.*, § 1610(b)(3)).

En 2002, le Congrès a adopté l'article 201 de la loi de 2002 sur l'assurance contre les risques associés au terrorisme [*Terrorism Risk Insurance Act*] («TRIA») (Pub. L. No. 107-297, 116 Statutes 2322, 2337) dans le but de permettre l'exécution de jugements sur des actifs «bloqués» (c'est-à-dire, gelés) par le président en vertu de certaines lois édictant des sanctions économiques. Le texte prévoit ce qui suit :

«[n]onobstant toute autre disposition de la loi, ... dans tous les cas où il est fait droit à la demande formée contre une partie terroriste et fondée sur un acte de terrorisme ou pour laquelle la partie terroriste est privée de l'immunité par application du paragraphe *a*) de l'article 1605 ..., les actifs bloqués de cette partie terroriste (y compris ceux de tout établissement ou organisme de celle-ci) sont saisissables en exécution du jugement»

(28 U.S.C. § 1610 note § 201(a)). En vertu de ses dispositions, la TRIA ne s'applique qu'aux «actifs bloqués de cette partie terroriste», c'est-à-dire aux biens appartenant à cette partie (voir *Heiser v. Islamic Republic of Iran*, 735 F.3d 934, 937-941 (circuit du district de Columbia, 2013)).

En 2008, le Congrès a modifié à nouveau la FSIA (voir la loi sur le budget de la défense nationale pour l'exercice 2008, Public Law 110-181, §1083, 122 Statutes 3, 338). Il a étendu les voies de recours disponibles dans le cadre de l'exception au titre du terrorisme (28 U.S.C. § 1605A). Il a aussi élargi le périmètre des actifs susceptibles de faire l'objet de mesures d'exécution (*ibid.*, § 1610(g)).

### C. Article 8 du code de commerce uniforme

La FSIA ne traite de manière générale que de l'immunité, et non du droit sur le fond (voir *First National City Bank v. Banco Para El Comercio Exterior de Cuba*, 462 U.S. 611, 620 (1983)). Le droit sur le fond pertinent est, en l'espèce, l'article 8 du code de commerce uniforme et ses équivalents étrangers.

Sur les marchés financiers modernes, il est rare que les propriétaires de titres soient en possession de certificats matériels. Ils détiennent à la place un «droit sur titre» opposable à un intermédiaire tel qu'une banque ou un courtier (voir U.C.C., article 8, note préliminaire (1994) ; 7A W. Hawkland, *et al.*, *Uniform Commercial Code Series* § 8-101 (2013)). L'article 8 du code de commerce uniforme définit les droits de propriété dans ces droits [sur titre].

Le titulaire d'un droit sur un titre est en droit de recevoir des intérêts, d'exercer le droit de vote qui y est attaché et d'user d'autres droits liés à la propriété (U.C.C. §§ 8-505 à 8-508). Le propriétaire n'est cependant pas directement en contact avec l'émetteur ; les droits dont il dispose sont opposables à son intermédiaire en valeurs mobilières (*ibid.*). De son côté, l'intermédiaire doit soit posséder l'actif financier sous-jacent, soit posséder un droit sur titre pour cet actif par l'entremise d'un autre intermédiaire, de manière à être en mesure d'offrir les avantages de la propriété à son client (*ibid.*, § 8-504(a)). Ainsi, l'article 8 permet-il la détention et le transfert ordinaire de titres sans transfert matériel des titres sous-jacents.

Parce que l'article 8 repose sur des chaînes de propriété qui peuvent être longues et qui comprennent une succession d'intermédiaires, il définit avec soin les éléments du droit de propriété susceptibles de saisie conservatoire. L'article 8, paragraphe 112, alinéa c), dispose que «[l]es droits réels d'un débiteur sur un droit sur un titre ne sont susceptibles de saisie par un créancier que par une procédure judiciaire contre l'intermédiaire en valeurs mobilières *auprès duquel le débiteur dispose d'un compte titres*» (U.C.C. § 8-112(c)) (les italiques sont de nous). En d'autres termes, si un débiteur détient un droit sur une obligation auprès d'une banque A qui, elle-même, détient un droit sur titre opposable à une banque B, le seul bien du débiteur est son droit opposable à la banque A. Des créanciers peuvent être à même de saisir les avoirs du débiteur auprès de la banque A, mais ils ne sauraient poursuivre et procéder à une saisie conservatoire des avoirs de la banque A auprès de la banque B en paiement des dettes du débiteur. Le commentaire officiel explique ce qui suit :

«[c]e processus n'est efficace que s'il vise l'intermédiaire en valeurs mobilières du débiteur *lui-même*. Si le débiteur détient des titres par l'entremise d'un courtier, et si celui-ci, de son côté, les détient par une chambre de compensation, *le droit réel du débiteur est un droit sur titre opposable au courtier*. Le créancier du débiteur ne peut donc atteindre le droit réel du débiteur par une procédure judiciaire visant la chambre de compensation»

(U.C.C. § 8-112 cmt. 3) (les italiques sont de nous) ; voir également 7A Hawkland, *supra*, § 8-112:01 («[p]uisque le droit réel [du débiteur] est «situé» auprès de [son intermédiaire], ... l'unique cible adéquate de la procédure judiciaire des créanciers [du débiteur] serait [cet intermédiaire]. [L'intermédiaire de l'intermédiaire] n'est pas en possession d'un bien sur lequel [le débiteur] détient un droit réel direct»).

## II. RAPPEL DE LA PROCÉDURE

### A. Procédure devant le tribunal fédéral de district

#### 1. Les restrictions et l'ordonnance de blocage

La banque Markazi, demanderesse au pourvoi, est la banque centrale d'Iran. Comme d'autres banques centrales, elle détient des réserves de change destinées à lui permettre de mettre en œuvre des politiques monétaires, notamment en vue du maintien de la stabilité des prix (C.A. App. 1330). Comme d'autres banques centrales, elle dispose souvent de réserves en obligations émises par des entités souveraines étrangères ou «supranationales» comme la Banque européenne d'investissement (*ibid.*, 1331, 1146-1149).

Dans le cadre de ses réserves de change, la banque Markazi détenait auprès de Banca UBAE S.p.A., qui est une banque italienne, 1,75 milliard de dollars en droits sur des obligations d'Etats étrangers et supranationales (appendice, *infra*, 2a ; C.A. App. 1329-1332, 1779). De son côté, UBAE détenait des droits sur titre correspondants sur un compte auprès d'un autre intermédiaire, Clearstream Banking, S.A., au Luxembourg (appendice, *infra*, 2a, 57a-59a). Clearstream détenait à son tour des droits sur titre correspondants sur un compte général de dépôt de titres auprès de Citibank, N.A., à New York (*ibid.*, 2a)<sup>1</sup>.

Les parties demandresses ont obtenu des jugements par défaut condamnant la République islamique d'Iran à payer des milliards de dollars pour des attentats terroristes commis par des organisations ayant supposément reçu le soutien de l'Iran (appendice, *infra*, 2a, 52a-53a, note 1, 116a). La banque Markazi n'est partie à aucune de ces décisions de justice et il n'est pas allégué qu'elle ait été impliquée dans les attentats (voir *ibid.*, 52a-53a, note 1).

Lorsqu'elles ont eu connaissance de l'existence des actifs de la banque Markazi, les parties demandresses n'ont pas tenté d'obtenir leur saisie conservatoire en Italie ou au Luxembourg. Elles ont, à la place, en juin 2008, signifié des notifications de restrictions à Clearstream et Citibank à New York (appendice, *infra*, 3a, 62a). Clearstream a présenté des requêtes pour obtenir la levée des restrictions. Le 23 juin 2009, le tribunal fédéral de district s'est déclaré «d'accord avec Clearstream quant au fait que les actifs ... sont régis par l'article 8, paragraphe 112, alinéa c) du code de commerce uniforme de l'Etat de New York», et a reconnu que, «[s]elon le sens clair de l'article 8, paragraphe 112, alinéa c) du code de commerce uniforme de l'Etat de New York, Clearstream n'est pas un tiers saisi adéquat» parce que «Clearstream n'a pas, dans ses livres ... de compte au nom de la République islamique d'Iran» (*ibid.*, 126a). Le tribunal a toutefois laissé les restrictions en place, de manière à ce que les parties demandresses puissent poursuivre leur théorie selon laquelle le transfert à UBAE était une aliénation frauduleuse (*ibid.*, voir note 1, *supra*).

En juin 2010, les parties demandresses ont intenté cette action contre la banque Markazi, UBAE, Clearstream et Citibank dans le but d'obtenir les actifs soumis à restrictions en vertu de la TRIA (appendice, *infra*, 3a, 62a-63a). Plus tard, au mois de février 2012, le président a promulgué un décret bloquant «tous les biens et droits afférents de l'Etat iranien, y compris ceux de la banque centrale iranienne, se trouvant ... aux Etats-Unis», en citant de supposées «pratiques trompeuses» et des «lacunes du régime iranien de lutte contre le blanchiment de capitaux» (décret présidentiel n° 13599, 77 Federal Register 6659, 6659 (5 février 2012)). Citibank a alors

---

<sup>1</sup> Jusqu'en février 2008, la banque Markazi détenait les droits sur titre directement auprès de Clearstream au Luxembourg ; les parties diffèrent sur la question de savoir si le transfert à UBAE était une aliénation frauduleuse (appendice, *infra*, 57a-59a, et note 2 ; C.A. App. 1331-1332). Au cours de la procédure, les obligations sont arrivées à maturité, de sorte que Citibank en a alors détenu les produits en espèces (appendice, *infra*, 61a). Au moment du jugement, la valeur des actifs était de 1,895 milliard de dollars (*ibid.*, 23a).

comptabilisé les actifs soumis à restrictions comme étant bloqués par ce décret (appendice, *infra*, 64a).

La banque Markazi a présenté une requête aux fins de rejet de la demande, et les parties demanderessees une requête pour que soit rendu un jugement selon une procédure de référé (appendice, *infra*, 3a, 55a). La banque Markazi a insisté sur le fait que les droits sur titre que détenait Citibank pour Clearstream n'étaient pas des biens de la banque Markazi au sens de l'article 8 du code de commerce uniforme et qu'ils n'étaient donc pas des «actifs de» la banque Markazi au sens de la TRIA (*ibid.*, 96a-97a). Même s'ils l'étaient, soutenait-elle, ces actifs avaient droit à l'immunité offerte aux banques centrales par l'article 1611, paragraphe *b*) de la FSIA (*ibid.*, 102a). La banque Markazi a également invoqué le traité d'amitié entre les Etats-Unis et l'Iran, qui interdit la discrimination envers les sociétés iraniennes (*ibid.*, 101a (citant le traité d'amitié, de commerce et de droits consulaires de 1955 entre les Etats-Unis d'Amérique et l'Iran, signé à Téhéran le 15 août 1955, 8 U.S.T. 899)).

## 2. Adoption de l'article 8772 par le Congrès

Les avocats des parties demanderessees ont alors œuvré dans les coulisses du Congrès pour obtenir une révision de la loi régissant l'affaire. La presse a rapporté que «des avocats et des lobbyistes représentant des victimes d'attentats terroristes manœuvr[ai]ent discrètement» pour modifier la loi et que le sénateur Bob Menendez «travail[ait] avec tous les groupes de parties demanderessees pour faire en sorte que des actifs iraniens bloqués situés à New York dont la valeur s'élevait à environ 2,5 milliards de dollars soient accessibles» (Kate Ackley, «Rival Groups of Terror Victims Square Off», *Roll Call*, 22 mai 2012). Le promoteur de la loi à la Chambre des représentants a expliqué que sa proposition de loi était destinée «à réformer un aspect particulier du droit fédéral pour permettre que des actifs du Gouvernement iranien ayant été saisis soient attribués aux [parties demanderessees] pour leur permettre de recouvrer les montants leur étant dus au titre des jugements obtenus» (158 Congressional Record H5569 (1<sup>er</sup> août 2012)).

Il en est résulté l'article 502 de la loi de 2012 sur la réduction de la menace iranienne et sur les droits de l'homme en Syrie (Public Law 112-158, 126 Statutes 1214, 1258) (inscrite dans le code des Etats-Unis à l'article 8772 du titre 22 (22 U.S.C. § 8772)). L'article 8772 cible les actifs dans cette affaire. Il ne vise que «les actifs financiers en cause dans l'affaire *Peterson et al. v. Islamic Republic of Iran et al.* (affaire n° 10 Civ. 4518 (BSJ) (GWG))» (22 U.S.C. § 8772(b)), portée devant le tribunal fédéral du district sud de l'Etat de New York et mis sous main de justice. Il ajoute : «[a]ucune disposition du présent article ne saurait être interprétée comme ... affectant la disponibilité ou provoquant l'indisponibilité d'un droit à l'exécution d'un jugement ... dans toute autre action intentée ... dans le cadre d'une procédure autre que [la présente] procédure...» (*ibid.*, § 8772(c)(1)).

Concernant ces actifs, l'article 8772 modifie fondamentalement le droit applicable. Il prévoit que :

«[n]onobstant toute autre disposition de la loi, notamment en ce qui a trait à l'immunité des Etats étrangers, et par dérogation à toute autre disposition incompatible de la législation des différents Etats de l'Union, tout actif financier qui, à la fois :

- A) est détenu aux Etats-Unis pour un intermédiaire en valeurs mobilières étranger exerçant une activité aux Etats-Unis ;
- B) est un actif bloqué (qu'il soit ou non débloqué par la suite) ... ; et
- C) est égal en valeur à un actif financier de l'Iran, y compris un actif de la banque centrale, d'une autre autorité monétaire de l'Etat iranien ..., que ledit intermédiaire en valeurs mobilières étranger ou un intermédiaire affilié détient à l'étranger ;

est saisissable en exécution de toute décision de justice à concurrence des dommages intérêts compensatoires adjugés contre l'Iran...»

(22 U.S.C. § 8772(a)(1)).

Cette loi prévoit que le tribunal doit procéder à deux «vérifications» (22 U.S.C. § 8772(a)(2)). «Afin de garantir le paiement par l'Iran des dommages-intérêts adjugés par les décisions de justice visées à l'alinéa 1)», le tribunal vérifie : 1) «que l'Iran détient un titre de propriété légal ou un droit en qualité de bénéficiaire, effectif sur les actifs visés» ; et 2) «qu'aucune autre personne ne possède un droit protégé par la Constitution sur ces mêmes actifs» (*ibid.*).

### **3. Le jugement du tribunal fédéral de district**

Le 28 février 2013, le tribunal fédéral de district a rejeté la requête de la banque Markazi aux fins de rejet de la demande des parties demanderesse et fait droit à la demande de ces dernières pour que soit rendu un jugement selon une procédure de référé (appendice, *infra*, 52a-124a).

Le tribunal a estimé que l'article 8772 privait de pertinence l'article 8 du code de commerce uniforme : l'article 8772 «prévaut spécifiquement sur «toute autre disposition légale» et permet spécifiquement une exécution sur les actifs spécifiquement en cause dans ce litige» (appendice, *infra*, 97a). Cela ne l'a cependant pas empêché de juger que les actifs étaient quand même susceptibles de saisie conservatoire, en s'appuyant pour cela en partie sur de supposées déclarations de propriété de la banque Markazi et en partie sur son opinion selon laquelle l'argument de la banque Markazi invoquant le code de commerce uniforme relevait du «sophisme» (*ibid.*, 97a-98a et note 10, 101a).

Concernant le traité d'amitié, le tribunal a, sur ce point également, jugé que l'article 8772 rendait la question vaine (appendice, *infra*, 102a). Mais il a également considéré que le traité était inapplicable parce que, de son point de vue, il ne pouvait servir «à contourner des actes du Congrès ou des mesures juridiques autorisées» (*ibid.*).

Concernant l'immunité de banque centrale, le tribunal a jugé que l'article 8772 «préval[ait] expressément sur toute immunité» (appendice, *infra*, 103a). Mais il a aussi conclu que la TRIA prévalait sur l'immunité de banque centrale et que la référence à des «pratiques trompeuses» qui se trouvait dans le décret ordonnant le blocage, laissait «penser que les activités de la banque Markazi [n'étaient] pas des activités de banque centrale» (*ibid.*).

Le tribunal a ensuite abordé la question des vérifications requises par l'article 8772. «Sur cette base et en droit, a-t-il conclu, aucune autre entité ne pourrait détenir de titre de propriété légal ou un droit en qualité de bénéficiaire effectif» sur les actifs (appendice, *infra*, 111a). «Clearstream ne prétend pas disposer d'un titre de propriété légal ni d'un droit d'acquérir un tel titre de propriété sur les actifs bloqués» (*ibid.*, 112a). «UBAE nie disposer du moindre «droit réel reconnu légalement» sur les fonds détenus chez Citibank» (*ibid.*). Et Citibank «[ne fait] que tenir un compte pour autrui» (*ibid.*). En bref, «[i]l n'existe tout simplement pas ici d'autre propriétaire possible des droits réels que la banque Markazi» (*ibid.*, 113a).

La banque Markazi a soutenu que l'article 8772 contrevenait à la séparation des pouvoirs en dictant le résultat dans une affaire particulière (appendice, *infra*, 114a). Le tribunal ne l'a pas suivie. «Le texte en soi ne «conclut» pas qu'une remise d'actifs soit requise, a-t-il affirmé, le soin de prendre cette décision est spécifiquement laissé au tribunal» (*ibid.*, 114a-115a). Les vérifications prévues par la loi, a-t-il estimé, n'étaient pas «de simples feuilles de vigne», mais laissaient «abondance de questions à juger» (*ibid.*, 115a).

Le 20 mai 2013, le tribunal fédéral de district a refusé de réexaminer l'affaire (appendice, *infra*, 31a-51a). Le 9 juillet 2013, il a rendu un jugement fondé sur l'article 54, paragraphe b),

ordonnant une remise des actifs (tout en demeurant compétent pour connaître d'un litige différent impliquant d'autres actifs) (*ibid.*, 13a-30a). Le jugement dégageait Citibank et Clearstream de leur responsabilité envers la banque Markazi et interdisait à cette dernière d'intenter des recours contre elles (*ibid.*, 24a-26a).

## B. L'opinion de la cour d'appel

La cour d'appel a confirmé le jugement de première instance (appendice, *infra*, 1a-12a).

La cour a pris acte des arguments de la banque Markazi selon lesquels les actifs en cause n'étaient pas des «actifs de» la banque Markazi au sens de la TRIA, et, quand bien même ils le seraient, ils seraient protégés par l'immunité de banque centrale (appendice, *infra*, 5a). Elle a toutefois décidé de ne pas aborder ces questions. «Le Congrès, a-t-elle expliqué, a changé la loi qui régit cette affaire en adoptant l'article 8772 du titre 22 du code des Etats-Unis» (*ibid.*).

La cour en est ensuite venue à l'argument de l'atteinte à la séparation des pouvoirs invoqué par la banque Markazi. Elle a reconnu que l'arrêt *United States v. Klein* (80 U.S. 128 (1872)) avait déclaré inconstitutionnelle une loi qui donnait instruction aux tribunaux de considérer les grâces accordées aux sympathisants de la Confédération comme des preuves concluantes de déloyauté (appendice, *infra*, 8a). Le Congrès, expliquait la Cour suprême dans l'arrêt *Klein*, ne peut «prescri[re] de règle de décision aux tribunaux» (*ibid.*). La cour d'appel a toutefois également noté que, dans son arrêt *Robertson v. Seattle Audubon Society* (503 U.S. 429 (1992)), la Cour suprême avait établi une distinction par rapport à sa jurisprudence *Klein* (appendice, *infra*, 8a-9a). L'arrêt *Robertson* confirmait une loi adoptée pour régler deux procès dans le domaine de l'environnement en considérant que la gestion forestière conformément aux conditions de la loi satisfaisait aux exigences en vigueur (*ibid.*).

La cour d'appel a estimé que l'article 8772 était similaire à la loi en cause dans l'affaire *Robertson*. «[L'article] 8772 ne rend pas impératives des conclusions judiciaires fondées sur l'ancienne loi, a-t-elle conclu, elle modifie la loi applicable en l'espèce» (appendice, *infra*, 9a). Et comme la loi dans l'affaire *Robertson*, elle «abandonne explicitement aux tribunaux la détermination de certains faits» (*ibid.*).

La banque Markazi a soutenu que l'article 8772 «rend[ait] effectivement impérative une seule issue possible, puisque les droits réels de l'Iran en qualité de bénéficiaire étaient établis à la date où le Congrès a adopté l'article 8772» (appendice, *infra*, 10a). La cour n'a pas nié que l'article 8772 avait cet effet. Mais elle a considéré que l'argument avait été rendu vain par la jurisprudence *Robertson*, «la loi dans cette affaire [ayant été] spécifiquement adoptée pour régler deux litiges pendants» (*ibid.*). «En effet, ajoutait la Cour, il serait inhabituel qu'il y ait là plus d'une issue probable dès lors que le Congrès réforme la loi pour une affaire en cours pour laquelle existe, s'agissant des faits, un dossier développé» (*ibid.*).

La cour a ainsi reconnu qu'«il [était] possible qu'il y ait peu de différence, d'un point de vue fonctionnel, entre l'article 8772 et une loi hypothétique donnant instruction aux tribunaux de juger que les actifs en cause dans cette affaire [étaient] susceptibles d'une saisie conservatoire en vertu de la loi en vigueur» (appendice, *infra*, 10a). Elle a cependant conclu qu'en vertu de la jurisprudence *Robertson* «l'article 8772 ne franchi[ssait] pas la ligne jaune constitutionnelle» (*ibid.*).

La cour a également rejeté l'invocation du traité d'amitié par la banque Markazi. «[A] supposer même qu'il y eût conflit» [entre le traité et l'article 8772], a-t-elle statué, «l'article 8772, qui a été adopté plus récemment, ne s'en appliquerait pas moins» (appendice, *infra*, 5a). Le tribunal a également nié l'existence d'un quelconque conflit. Bien que le traité exige que le traitement des sociétés iraniennes soit «juste et équitable» et «non moins favorable [] que [celui] qui [est] applicable [] [aux] propres ressortissants et sociétés [des Etats-Unis] ou [à] ceux de tout pays tiers»,

la cour affirme que l'article 8772 «ne prévoit pas de discrimination en fonction du pays» et qu'il est en fait «expressément non discriminatoire» parce qu'il ne s'applique qu'à cette affaire (*ibid.*, 7a).

La cour d'appel a rejeté les demandes de nouveau procès et de nouveau procès «en banc» le 29 septembre 2014 (appendice, *infra*, 128a). Le 29 octobre 2014, la cour a fait droit à la requête de la banque Markazi pour qu'il soit sursis à la décision (*ibid.*, 129a).

### MOTIFS D'ACCUEILLIR LA REQUÊTE

En adoptant l'article 8772, le Congrès a déterminé par voie législative l'issue d'une affaire unique afin que des actifs litigieux dont la valeur avoisinait 2 milliards de dollars soient remis aux parties demanderesses. Ce faisant, il s'est affranchi d'obligations lui incombant par traité, a ignoré un droit international établi de longue date et a infirmé des dispositions du droit positif des Etats fédérés dans le domaine de la propriété. La cour d'appel du deuxième circuit a confirmé la loi en affirmant qu'elle était conforme à la séparation des pouvoirs, alors même qu'elle ne s'applique qu'à cette affaire particulière et qu'elle en a, de fait, dicté l'issue. Aucune juridiction n'a jamais validé un empiètement aussi flagrant sur le pouvoir judiciaire.

Si la jurisprudence *United States v. Klein* (80 U.S. 128 (1872)) s'applique toujours, le Congrès ne peut pas adopter un tel texte. Il a adopté une loi ciblée dans le but de modifier l'issue d'une affaire. Quoique la loi soit supposée exiger deux conclusions, il ne s'agissait là que de faux-semblants ; la cour d'appel du deuxième circuit n'a jamais laissé entendre que tel n'était pas le cas. Cette affaire est la parfaite illustration de la question demeurée ouverte dans l'arrêt *Robertson v. Seattle Audubon Society* (503 U.S. 429 (1992)), qui est de savoir si une loi qui «n'excéd[e] pas ... le périmètre des demandes en cause dans [une] affaire[] en cours» (*ibid.*, p. 441) est de ce fait inconstitutionnelle.

L'article 8772 n'est que la plus récente d'une série de situations dans lesquelles le Congrès a ignoré les principes de séparation des pouvoirs pour faire pencher la balance en faveur de demandeurs sympathiques. Cette loi ne viole pas seulement les obligations conventionnelles des Etats-Unis et ne se contente pas de compromettre leur réputation de dépositaire sûr de réserves de banque centrale. Elle menace également la capacité de la justice à agir en tant que branche indépendante et non de simple auxiliaire qui résoudrait les litiges en matière de propriété conformément aux instructions du législateur. La Cour devrait accueillir la demande d'autorisation de pourvoi.

## I. CETTE AFFAIRE SOULÈVE DES QUESTIONS IMPORTANTES EN MATIÈRE DE SÉPARATION DES POUVOIRS QUI N'ONT PAS ÉTÉ RÉGLÉES PAR L'ARRÊT *ROBERTSON*

L'arrêt *Klein* affirmait clairement que l'article III interdit au Congrès d'exercer le pouvoir judiciaire en légiférant pour déterminer l'issue d'une affaire particulière. La Cour n'a toutefois pas clairement défini la portée de cette prohibition. Cette affaire pose la question des limites de la jurisprudence *Klein*.

### A. L'arrêt *Klein* interdit au Congrès de dicter l'issue d'une affaire particulière

1. Dans l'affaire *Klein*, la Cour examinait une loi postérieure à la guerre civile conçue pour empêcher les sympathisants de la Confédération de l'emporter dans les procès contre l'administration. Une loi de 1863 avait autorisé le secrétaire au trésor à faire saisir et vendre les biens abandonnés ou capturés au cours de la guerre (Ch. 120, § 1, 12 Statutes 820, 820 (1863)). Le propriétaire pouvait engager des poursuites judiciaires après la guerre dans le but de recouvrer le produit de la vente, mais il devait, pour cela, prouver sa loyauté envers les Etats-Unis (*ibid.*, § 3).

Dans l'arrêt *United States v. Padelford* (76 U.S. 531 (1870)), la Cour a jugé que les actes de déloyauté seraient ignorés si la partie demanderesse avait obtenu une grâce (*ibid.*, p. 541-543).

Quelques mois plus tard, le Congrès a inclus dans une loi portant ouverture de crédits budgétaires un cavalier prévoyant qu'une grâce n'était pas «recevable à titre d'élément de preuve produit par un quelconque partie demanderesse» ; au contraire, si le décret de grâce énumérait des actes de déloyauté dont le bénéficiaire n'avait pas contesté la réalité au moment d'obtenir sa grâce, la loi exigeait qu'ils soient réputés des «preuves concluantes du fait que cette personne avait participé à la rébellion, et y avait apporté aide et soutien» (Ch. 251, 16 Statutes 230, 235 (1870)).

La Cour a déclaré la loi inconstitutionnelle. Le Congrès, a-t-elle conclu, avait «franchi la frontière qui sépare le pouvoir législatif du pouvoir judiciaire» (*Klein*, 80 U.S., p. 147). La loi prétendait dicter l'issue d'affaires en cours «sur la seule base de l'application d'une règle décisionnelle ... prescrite par le Congrès» (*ibid.*, p. 146). Ce n'était pas permis. Le Congrès ne peut «prescrire de règles de décision à la branche judiciaire du gouvernement dans les affaires pendantes devant elle» (*ibid.*).

L'arrêt *Klein* différait de la décision antérieure de la Cour dans l'affaire *Pennsylvania v. Wheeling & Belmont Bridge Co.*, 59 U.S. 421 (1856). Dans son arrêt *Wheeling Bridge*, la Cour avait jugé qu'un pont constituait un obstacle à la navigation et avait ordonné sa destruction. Le Congrès avait réagi en adoptant une loi faisant du pont une voie postale fédérale (*ibid.*, p. 429). Cette loi, expliquait l'arrêt *Klein*, laissait le juge «appliquer ses règles ordinaires aux circonstances nouvelles créées par la loi» (80 U.S., 146-147). Dans l'affaire *Klein*, à l'inverse, le Congrès avait «prescri[t] une règle conformément à laquelle le tribunal devait [se prononcer]» (*ibid.*, p. 147).

2. La Cour a revu la portée de la jurisprudence *Klein* dans l'affaire *Robertson v. Seattle Audubon Society* (503 U.S. 429 (1992)). L'affaire *Robertson* était le fruit de deux procès alléguant que les plans de l'administration prévoyant d'autoriser certaines coupes forestières enfreignaient les lois fédérales dans le domaine de l'environnement (*ibid.*, 432). Alors que les affaires étaient en cours, le Congrès a adopté une loi qui «édicteait un ensemble complet de règles destinées à régir les coupes dans une zone limitée d'un point de vue géographique et durant une période déterminée» (*ibid.*, 433-434 et note 1 (citant Public Law 101-121, § 318(b)(3), (5), 103 Statutes 701, 746-747 (1989))). Cette loi disposait que la «gestion des espaces conformément [aux nouvelles règles] ... constitue une considération adéquate dans la perspective du respect des exigences légales qui constituent la base [des procès]» (Public Law 101-121, § 318(b)(6)(A), 103 Statutes, 747).

La Cour a rejeté l'allégation selon laquelle la loi aurait contrevenu à la jurisprudence *Klein*. Le texte, expliquait-elle, «rendait impératives des modifications de la loi, et non des conclusions ou des résultats reposant sur l'ancienne loi» (503 U.S., 438). La Cour «n'[a] rien [trouvé] dans [la loi] qui soit supposé donner instruction de parvenir à des conclusions de fait ou à des applications de la loi particulières» (*ibid.*). En fait, la loi «réservait expressément son jugement quant au «caractère adéquat, en droit et en fait», des documents administratifs autorisant [certaines] ventes» et «prévoyait expressément une détermination judiciaire de la légalité d'[autres] ventes» (*ibid.*, p. 438-439).

Un mémoire d'*amicus curiae* soutenait que «même une modification de la loi, appliquée de manière prospective, serait inconstitutionnelle si cette modification n'excédait pas le périmètre des demandes en cause dans les affaires en cours, ou en débordait à peine» (503 U.S., p. 441). Mais «[c]ette thèse subsidiaire n'a[vait] pas été invoquée avant l'appel ni examinée de manière approfondie par la cour d'appel, et de même n'a[vait]-elle pas été avancée par les parties défenderesses devant la Cour», de sorte que celle-ci avait «refus[é] de l'aborder» (*ibid.*).

## **B. La portée de la jurisprudence *Klein* demeure incertaine**

La confusion qui règne quant à la portée de l'arrêt *Klein* est générale. La cour d'appel du circuit du district de Columbia a décrit la décision dans l'affaire *Klein* comme «une sorte de sphinx constitutionnel» (*Janko v. Gates*, 741 F.3d 136, 146 (circuit du district de Columbia, 2014), requête

en ordonnance de *certiorari*, n° 14-650 (26 novembre 2014)). La cour d'appel du dixième circuit a observé que «l'arrêt *Klein* [était] une décision notoirement difficile à interpréter» (*Biodiversity Assocs. v. Cables*, 357 F.3d 1152, 1170 (dixième circuit, 2004) (McConnell, J.), requête en ordonnance de *certiorari* rejetée (543 U.S. 817) (2004)). Et celle du deuxième circuit a convenu que «[l]e fait de savoir si une loi énonce seulement la norme que doivent respecter les tribunaux ou si elle rend impératif le résultat auquel ils doivent parvenir peut être une question controversée» (*Benjamin v. Jacobson*, 124 F.3d 162, 174 (deuxième circuit, 1997), arrêt annulé, 172 F.3d 144 (deuxième circuit, 1999), requête en ordonnance de *certiorari* rejetée, 528 U.S. 824 (1999)).

Les cours d'appel ont analysé l'arrêt *Klein* de diverses manières. La cour d'appel du septième circuit l'a compris comme signifiant que, si le Congrès «peut faire des règles qui affectent des catégories d'affaires», il «ne peut pas dire aux tribunaux comment ils doivent statuer dans une affaire particulière» (*Lindh v. Murphy*, 96 F.3d 856, 872 (septième circuit, 1996) (en banc) (les italiques sont de nous), infirmé pour autres motifs, 521 U.S. 320 (1997)). Ainsi, tandis que le Congrès «peut prescrire des dommages-intérêts maximaux pour certaines catégories d'affaires», il «ne saurait dire qu'un tribunal doit accorder à Jones 35 000 dollars pour s'être fait renverser par un fourgon de la poste» (*ibid.*).

A l'inverse, la cour d'appel du circuit du district de Columbia s'est emparée de la question écartée dans l'arrêt *Robertson* et a jugé qu'il était parfaitement «loisible» au Congrès de viser une affaire particulière (*National Coalition To Save Our Mall v. Norton* 269 F.3d 1092, 1097 (circuit du district de Columbia, 2001), requête en ordonnance de *certiorari* rejetée, 537 U.S. 813 (2002)). Tout en admettant que «le sens précis de l'arrêt *Klein* [était] loin d'être limpide», la cour n'a «pas [vu] pourquoi la spécificité devrait tout d'un coup être rédhitoire au seul motif qu'un procès était en cours» (*ibid.*, 1096-1097).

### **C. La présente affaire soulève des questions importantes auxquelles n'a pas répondu l'arrêt *Robertson***

La présente affaire soulève les questions importantes concernant la portée de l'arrêt *Klein* que la Cour n'a pas closes dans l'arrêt *Robertson*. Et elle le fait dans un contexte — dans lequel le Congrès a cherché à forcer le transfert de près de 2 milliards de dollars d'une partie à une autre — qui rend indispensable d'apporter une réponse.

L'article 8772 s'applique à une affaire, et uniquement à celle-ci. Il ne régit que «les actifs financiers en cause dans l'affaire *Peterson et al. v. Islamic Republic of Iran et al.* (affaire n° 10 Civ. 4518 (BSJ) (GWG)), portée devant le tribunal fédéral du district sud de l'Etat de New York» (22 U.S.C. § 8772(b)). Pour faire bonne mesure, il ajoute que «[r]ien dans cet article ne s'entendra comme ... affectant ... une quelconque procédure autre que [celle-ci]» (*ibid.*, § 8772(c)(1)). Non seulement la loi identifie-t-elle cette affaire par son intitulé et son numéro de rôle, mais encore exclut-elle expressément tout effet plus large.

La cour d'appel du deuxième circuit n'en a pas moins confirmé la loi, au motif que celle-ci était censée exiger deux «vérifications» judiciaires avant que les actifs ne soient attribués aux parties demandresses : 1) que «l'Iran détient un titre de propriété légal ou un droit en qualité de bénéficiaire, effectif sur les actifs visés» ; et 2) qu'«aucune autre personne ne possède un droit protégé par la Constitution sur ces mêmes actifs» (22 U.S.C. § 8772(a)(2)). Aucune de ces deux vérifications ne laissait toutefois au tribunal beaucoup à décider ; dans un cas comme dans l'autre, le résultat était, en effet, couru d'avance.

La cour d'appel du deuxième circuit n'a pas statué autrement. Elle a, au contraire, reconnu qu'«il [était] possible qu'il y ait peu de différence, d'un point de vue fonctionnel,» entre l'article 8772 et une loi décidant purement et simplement de l'affaire (appendice, *infra*, 10a). Elle a également considéré qu'il serait «inhabituel qu'il y ait plus d'une issue probable dès lors que le Congrès

modifi[ait] la loi pour une affaire en cours pour laquelle exist[ait], s'agissant des faits, un dossier développé» (*ibid.*). La cour a donc jugé que l'article 8772 était constitutionnel, *même si*, comme le soutenait la banque Markazi, il ne laissait pas aux tribunaux de rôle significatif.

La cour avait une bonne raison de ne pas remettre en cause cette prémisse. La loi ordonnait effectivement que les parties demanderesses l'emportent (et obtiennent près de 2 milliards de dollars), dès lors que la banque Markazi détenait un droit en qualité de bénéficiaire effectif sur les actifs visés et qu'aucune autre personne ne possédait un droit sur eux. Ce qui revenait à ordonner un jugement en faveur d'une partie demanderesse à la seule condition que le jugement *ne condamne que* la partie défenderesse. D'un point de vue pratique, il ne s'agit en rien d'une condition.

De surcroît, jamais la question de savoir si la banque Markazi détenait «un droit en qualité de bénéficiaire effectif» sur les actifs n'a été posée sérieusement. Les parties demanderesses ont appris l'existence des actifs en juin 2008 uniquement parce que le bureau de contrôle des actifs étrangers du département du trésor des Etats-Unis les a informées du fait qu'une entité de l'Etat iranien détenait des droits réels sur lesdits actifs (voir Julie Trieman, «Can U.S. Lawyers Make Iran Pay for 1983 Bombing?», *The American Lawyer*, 28 octobre 2013 (C.A. App. 1386)). Et lorsque le Congrès a adopté l'article 8772, le président avait déjà bloqué les actifs *précisément parce qu'*il s'agissait de «droits de propriété» de la banque Markazi (77 Federal Register, 6659).

La conclusion selon laquelle aucune autre personne ne possédait de droits réels sur les actifs ne constituait pas, elle non plus, une préservation significative du pouvoir judiciaire. La loi excluait les «droits en qualité de gardien des intermédiaires en valeurs mobilières étrangers ... qui dét[enaient] les actifs à l'étranger pour le bénéfice de l'Iran» (22 U.S.C. § 8772(a)(2)(A)). Elle excluait donc les droits réels d'UBAE ou de Clearstream, qui étaient les seules autres parties à disposer de créances plausibles. En outre, lorsque le Congrès a adopté l'article 8772, Citibank avait déjà déposé sa requête à fin d'intervention pour nier qu'elle disposât de quelque droits réels que ce soit (appendice, *infra*, 54a ; Court of Appeals Appendix 1362). Il était par conséquent on ne peut plus clair qu'aucune autre partie ne disposait de droits réels reconnus légalement. Et, à supposer que quelqu'un ait possédé un «droit protégé *par la Constitution*», il va de soi que les tribunaux seraient tenus d'examiner la demande même en l'absence de la loi<sup>2</sup>.

La cour d'appel du deuxième circuit a estimé que la jurisprudence *Robertson* interdisait de soumettre à examen le sérieux des conclusions (appendice, *infra*, 10a). Mais rien dans l'arrêt *Robertson* ne laisse penser que le Congrès puisse contourner l'arrêt *Klein* simplement en exigeant des «conclusions» concernant des questions auxiliaires non contestées. L'arrêt *Robertson* a confirmé la loi sur ce point parce qu'elle «réservait expressément son jugement sur le «caractère adéquat, en droit et en fait», des documents administratifs autorisant [certaines] ventes» et «prévoyait expressément une vérification *judiciaire* de la légalité d'[autres] ... ventes» (503 U.S., 438-439). Rien ne laissait entendre que ces conclusions étaient seulement décoratives.

Si l'article III interdit au Congrès de «dire qu'un tribunal doit accorder à Jones 35 000 dollars pour s'être fait renverser par un fourgon de la poste» (*Lindh*, 96 F.3d, 872), il interdit certainement aussi au Congrès d'accorder le même montant à condition que le tribunal conclue que les 35 000 dollars appartiennent à la partie défenderesse et non à quelqu'un d'autre. Et pourtant, c'est effectivement ce qu'a fait le Congrès en l'espèce, pour un montant avoisinant 2 milliards de dollars. En confirmant cette loi, la cour d'appel du deuxième circuit a ôté toute vigueur à la jurisprudence *Klein*.

---

<sup>2</sup> Le tribunal fédéral de district a affirmé que la loi lui laissait «abondance de questions à juger» (appendice, *infra*, 115a). Et pourtant, cette assertion est difficilement conciliable avec l'analyse même du tribunal, qui n'occupe que deux paragraphes de sa longue opinion et se borne à reprendre diverses admissions concernant le statut des actifs (voir *ibid.*, 111a-113a). Quoi qu'il en soit, la *cour d'appel* ne s'est pas fondée sur cette assertion, et l'a encore moins approuvée. Et c'est la conclusion de la cour d'appel que la cour suprême serait amenée à contrôler.

La justesse de cette décision constitue une question critique pour la séparation des pouvoirs. Les tribunaux fédéraux sont une branche indépendante de l'Etat ; ils ne sont pas simplement les petites mains chargées d'appliquer les directives du législateur. C'est pourquoi le Congrès ne peut adopter de loi ordonnant que soit rendu un jugement en faveur d'une partie demanderesse. Le Congrès ne saurait se soustraire à cette interdiction en ordonnant un jugement reposant sur une seule condition, qui est qu'il conclue que les actifs n'appartiennent pas à quelqu'un d'autre que la partie défenderesse.

Même si les conclusions requises par l'article 8772 avaient une réelle portée, la loi n'en contreviendrait pas moins à la séparation des pouvoirs parce qu'elle vise à modifier le droit général au bénéfice de cette seule affaire. L'article 8772 ne saurait être plus ciblé. Non seulement il identifie cette affaire par son intitulé et son numéro d'inscription au rôle, mais il déclare expressément qu'il ne s'applique pas en dehors de celle-ci (22 U.S.C. § 8772(b), (c)(1)). L'intention du Congrès d'interférer avec l'issue d'une affaire particulière est donc explicite. La décision antérieure présente donc la question que la Cour n'a pas abordée dans l'affaire *Robertson*, qui est de savoir si une réforme législative qui «n'excèd[e] pas ... le périmètre des demandes en cause dans [une] affaire[] en cours» est de ce fait inconstitutionnelle (503 U.S., p. 441).

Même lorsqu'une loi ne règle pas définitivement une affaire, le fait que le Congrès modifie la loi applicable aux fins d'une affaire, et uniquement pour le bénéfice de la partie à l'instance privilégiée, contrevient aux règles de base des processus législatif et judiciaire. Si la jurisprudence *Klein* fait défense au Congrès de décider d'un jugement en faveur d'une partie, elle lui interdit tout autant d'atteindre le même résultat en modifiant considérablement la loi en faveur de cette partie, uniquement aux fins de cette affaire. D'une manière ou d'une autre, le Congrès s'arroge le droit de régler des affaires et des différends dont la Constitution réserve le règlement au pouvoir judiciaire.

## II. LES QUESTIONS CONSTITUTIONNELLES SONT IMPORTANTES ET RÉCURRENTES

### A. La question présentée soulève des questions fondamentales de séparation des pouvoirs

L'importance de la protection de l'autorité et de l'indépendance du pouvoir judiciaire ne saurait être exagérée. Les auteurs de la Constitution «vivaient dans les décombres d'un système de pouvoirs législatifs et judiciaires entremêlés» dans lequel une administration judiciaire impartiale était fréquemment entravée par «une ingérence législative abusive dans les activités des tribunaux pour le compte de factions et d'intérêts privés» (*Plaut v. Spendthrift Farm, Inc.*, 514 U.S. 211, 219-221 (1995)). Les rédacteurs de la Constitution éprouvaient un «sentiment d'urgente nécessité de séparer le pouvoir législatif du pouvoir judiciaire» (*ibid.*, 221). L'article III est donc un ««élément inséparable du système constitutionnel de poids et de contrepoids» qui «définit le pouvoir et protège l'indépendance du pouvoir judiciaire»» (*Stern v. Marshall*, 131 S. Ct. 2594, 2608 (Cour suprême, 2011)).

L'article III «garantit le rôle du pouvoir judiciaire dans notre système de séparation des pouvoirs» (*CFTC v. Schor*, 478 U.S. 833, 850 (1986)). Il est également essentiel pour la liberté individuelle. Les rédacteurs de la Constitution savaient qu'«[i]l n'y a point encore de liberté si la puissance de juger n'est pas séparée de la puissance législative et de l'exécutrice» (*The Federalist*, n° 78, 561 (éd. Cooke, 1977) (Hamilton) (citant Montesquieu)). La séparation des pouvoirs «ne protège pas seulement chaque pouvoir de l'Etat contre une incursion des autres», mais «il protège aussi la personne» (*Bond v. United States*, 131 S. Ct. 2355, 2365 (Cour suprême, 2011)).

En raison de cette importance critique, la Cour n'a pas hésité à connaître d'affaires de séparation des pouvoirs, même en l'absence d'un conflit manifeste entre cours d'appel (voir, par exemple, *Free Enterprise Fund v. Public Company Accounting Oversight Board*, 561 U.S. 477

(2010) ; *Cheney v. United States District Court*, 542 U.S. 367 (2004) ; *Freytag v. Commissioner*, 501 U.S. 868 (1991)). Les questions en l'espèce ne sont pas moins importantes.

### **B. Le Congrès a, de manière répétée, fait fi des principes de séparation des pouvoirs dans ce contexte**

La question présentée n'est pas seulement importante, elle est aussi récurrente. Ces dernières années, le Congrès est intervenu de manière répétée pour aider un groupe particulier de parties demandereses (les victimes de faits de terrorisme) à l'emporter sur des Etats étrangers.

En 2000, par exemple, des personnes physiques retenues en otage par l'Iran lors de la crise de 1979 ont tenté de poursuivre l'Iran, en dépit du règlement conclu entre les Etats-Unis et la République islamique dans le cadre des accords d'Alger (voir *Roeder v. Islamic Republic of Iran*, 333 F.3d 228 (circuit du district de Columbia, 2003), requête en ordonnance de *certiorari* rejetée, 542 U.S. 915 (2004)). Alors que le procès était en cours, le Congrès a créé une nouvelle exception à l'immunité souveraine qui s'appliquait uniquement à cette affaire, laquelle était identifiée dans le texte par son numéro de rôle (voir Public Law 107-77, § 626(c), 115 Statutes 748, 803 (2001) (ajoutant les mots «ou la loi est liée à l'affaire numéro 1:00CV03110(ESG) devant le tribunal fédéral du district de Columbia» à l'exception à l'immunité existante), modifiée par Public Law 107-117, § 208, 115 Statutes 2230, 2299 (2002) (corrigeant l'erreur administrative contenue dans le numéro de dossier) (actuellement inscrite dans le code en tant qu'article 1605A(a)(2)(B) du titre 28 du code des Etats-Unis)).

En appel, la cour d'appel du district de Columbia a reconnu que «la question de la possibilité pour le Congrès de dicter le résultat d'une procédure judiciaire [était] ouverte» et a réservé son jugement quant «au fait de savoir si les modifications [de la loi], en ce qu'elle se rapportaient, ainsi que tel était le cas, spécifiquement à une affaire en cours, violaient les principes de séparation des pouvoirs en orientant de manière illicite l'issue du litige en cours» (333 F.3d, 237 et note 5 (citant les arrêts *Plaut v. Spendthrift Farm, Inc.* et *Robertson v. Seattle Audubon Society*) ; voir également, *ibid.*, 231 (citant l'observation du tribunal fédéral de district selon laquelle l'«intention du Congrès d'intervenir dans ce litige était claire»)). *In fine*, la cour n'a pas abordé la question, car elle a accueilli les demandes prohibées par les accords d'Alger (*ibid.*, 237-238).

Le Congrès a, une nouvelle fois, agi au mépris de la séparation des pouvoirs en élargissant, en 2008, le champ de l'exception terroriste à la FSIA (28 U.S.C. § 1605A). Il a inclus une disposition permettant aux parties demandereses qui avaient déjà plaidé leur affaire jusqu'au jugement de présenter à nouveau leurs demandes sous le régime de la nouvelle loi (Public Law 110-181, § 1083(c)(2), 122 Statutes 3, 342 (2008)). Le service des études du Congrès a remarqué que le texte «pouvait être vulnérable à une censure au motif qu'il constituerait un exercice abusif de pouvoirs judiciaires par le Congrès» (*Elsea, supra*, 61). Et les tribunaux se sont divisés quant à sa constitutionnalité (comparer *Kumar v. Republic of Sudan*, No. 2:10cv171, 2011 WL 4369122, \*11 (tribunal fédéral du district est de la Virginie (E.D. Va.), 19 septembre 2011) (concluant à la violation de la Constitution), infirmé pour d'autres motifs sous l'intitulé *Clodfelter v. Republic of Sudan*, 720 F.3d 199 (quatrième circuit, 2013), et *In re Islamic Republic of Iran Terrorism Litigation*, 659 F. Supp. 2d 31, 68-70 (tribunal fédéral du district de Columbia, 2009) (concluant à la constitutionnalité de la loi en dépit de la «question légitime de savoir si son adoption va à l'encontre de principes constitutionnels profondément enracinés concernant la séparation des pouvoirs et la capacité du pouvoir judiciaire à fonctionner de manière indépendante sans ingérence du processus politique» (citant l'arrêt *Klein*)).

Ce qui n'a pas empêché le Congrès de recommencer. Cette affaire n'est que l'exemple le plus récent, et le plus radical, de la volonté du Congrès de mettre en cause la frontière constitutionnelle entre son territoire et celui du pouvoir judiciaire.

### III. LES RAMIFICATIONS INTERNATIONALES DE CETTE AFFAIRE SONT IMPORTANTES

#### A. La décision antérieure place les Etats-Unis en situation de violation de leurs obligations conventionnelles

La décision du deuxième circuit est également importante parce qu'elle place les Etats-Unis en situation de violation d'obligations conventionnelles solennellement contractées. L'article IV, paragraphe 1, du traité d'amitié exige qu'«un traitement juste et équitable [soit] accordé [par les Etats-Unis] aux sociétés et aux ressortissants iraniens», et que «les Etats-Unis ... s'abst[iennent] de toute *mesure arbitraire ou discriminatoire* pouvant porter atteinte aux droits ou aux intérêts légalement acquis de sociétés et aux ressortissants iraniens» (traité d'amitié, de commerce et de droits consulaires de 1955 entre les Etats-Unis d'Amérique et l'Iran, article IV, paragraphe 1, signé à Téhéran le 15 août 1955 (8 U.S.T. 899, 903) (les italiques sont de nous)). L'article 8772 contrevient indubitablement à cette disposition. Il est difficile d'imaginer mesure plus «arbitraire ou discriminatoire» que celle qui permet la saisie d'actifs d'une entité iranienne du simple fait qu'elle est iranienne, et qui ordonne que lesdits actifs soient payés à des parties demanderessees privées nonobstant tout principe juridique des différents Etats de l'Union, de l'Etat fédéral ou international interdisant par ailleurs cette saisie.

La cour d'appel du deuxième circuit n'a pas vu «de discrimination visant un pays» (appendice, *infra*, 7a). Mais elle a ignoré les dispositions claires de la loi. L'article 8772 *ne s'applique qu'*aux actifs «éga[ux] en valeur à un actif financier de l'Iran» ; il exige que le juge conclue que «l'Iran détient des droits réels sur les actifs en qualité de bénéficiaire effectif» ; et son objet est de «garantir le paiement par l'Iran des dommages-intérêts adjugés par les décisions de justice» (22 U.S.C. § 8772(a)(1)(C), (2)) (les italiques sont de nous). Même si la cour a souligné que la loi ne s'applique qu'à cette affaire (appendice, *infra*, 7a), il n'en résulte aucune différence. Il est parfaitement indifférent que le traitement arbitraire prévu par la loi vise un seul organisme iranien ou tous les organismes iraniens, il s'agit d'une «mesure ... discriminatoire» qui vise un organisme iranien parce qu'il est iranien (art. IV.1, 8 U.S.T., 903)<sup>3</sup>.

La cour d'appel du deuxième circuit a également statué que l'article 8772 abrogerait toute disposition incompatible du traité (appendice, *infra*, 5a-6a). Mais une abrogation n'en constitue pas moins une violation. «Le fait que le droit interne prévale sur une ... disposition d'un accord international n'a pas pour effet de dégager les Etats-Unis de leur obligation internationale, ni de les exonérer des conséquences d'une violation de celle-ci» (*Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States*, §115(1)(b) (1987)).

Cette violation pourrait exposer les Etats-Unis à des poursuites devant la Cour internationale de Justice, qui est compétente pour régler les différends se rapportant à un traité (article XXI.2, 8 U.S.T., 913 ; voir, par exemple, *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2003*, p. 161). Le département d'Etat a averti que, lorsque des biens iraniens étaient distribués à des demandeurs privés, les Etats-Unis pouvaient être confrontés à des demandes devant les tribunaux internationaux, «auxquels nous devons rendre compte» (prestations destinées aux victimes américaines du terrorisme international : audience de la commission des affaires étrangères du Sénat, Senate Hearing n° 108-214, 8 (17 juillet 2003)).

---

<sup>3</sup> La banque Markazi n'est, en outre, même pas partie à l'une des décisions de justice sous-jacentes (voir appendice, *infra*, 52a-53a, note 1). L'article III, paragraphe 1, du traité exige des Etats-Unis qu'ils respectent le «statut juridique» des entités iraniennes (8 U.S.T., 902 ; voir appendice, *infra*, 6a-7a). Et la Cour a clairement indiqué que «les organismes gouvernementaux ayant le statut d'entités juridiques distinctes et indépendantes de leur autorité souveraine [devaient] normalement être traitées comme telles» (*First National City Bank v. Banco Para El Comercio Exterior de Cuba*, 462 U.S. 611, 626-627 (1983)). En permettant la saisie à titre conservatoire des actifs supposés de la banque Markazi en paiement de dettes de l'Iran, le Congrès a également violé ces principes.

La décision antérieure met également en question l'engagement des Etats-Unis envers leurs obligations conventionnelles en général. Le traité d'amitié n'est que l'un des traités d'amitié, qui se comptent par dizaines, qu'ont signés les Etats-Unis (voir *Sumitomo Shoji America, Inc. v. Avagliano*, 457 U.S. 176, 185-186 et note 13 (1982) ; Herman Walker, Jr., «Provisions on Companies in United States Commercial Treaties», 50 *American Journal of International Law*. 373, 373, note 1 (1956)). Le fait que la nation refuse en l'espèce d'assumer ses obligations donne à d'autres partenaires à qui elle est liée par un traité des raisons de douter de son engagement. Dans son arrêt *Sumitomo*, la Cour a cité le fait que «des dispositions d'un traité similaires à celle invoquée par [le demandeur au pourvoi] [étaient] en vigueur avec de nombreux autres pays» au nombre des raisons pour lesquelles la question en l'instance revêtait «clairement une importance considérable» (457 U.S., 182, note 7). Le même raisonnement vaut en l'espèce.

### **B. La décision antérieure sape l'autorité qui est celle du président dans le domaine des affaires étrangères**

L'article 8772 interfère également avec la capacité du président à conduire les affaires étrangères. Ainsi que l'a expliqué la Cour, «le but que poursuit le Congrès en autorisant les décrets de blocage est «de placer les commandes concernant les actifs étrangers dans les mains du président»» (*Dames & Moore v. Regan*, 453 U.S. 654, 673 (1981)). «Les actifs gelés servent de «monnaie d'échange» destinée à être utilisée par le président lorsqu'il traite avec un pays hostile» (*ibid.*). La Cour a répugné à «permettre à des parties demanderesses individuelles partout dans le pays de minimiser ou d'éliminer complètement cette «monnaie d'échange» à coup de saisies conservatoires» (*ibid.*).

Pour la même raison, l'exécutif s'est, de manière répétée, opposé à ce que des actifs bloqués soient utilisés pour exécuter des décisions de justice. Le président a, par deux fois, invoqué son autorité constitutionnelle pour émettre une réserve concernant des dispositions autorisant de tels paiements, en invoquant le fait qu'elles «compromet[traient] [sa] capacité ... à conduire la politique étrangère dans l'intérêt de la sécurité nationale» (63 *Federal Register* 59,201 (21 octobre 1998) ; 65 *Federal Register* 66,483 (28 octobre 2000)). Il avertissait que l'emploi d'actifs bloqués pour payer des parties demanderesses «éliminerait effectivement» un «moyen de négociation important», «affecterait gravement notre capacité à conclure des règlements globaux des demandes» et risquerait d'entraîner la condamnation des Etats-Unis par les juridictions internationales (1998 *Public Papers* 1843, 1847 (23 octobre 1998) ; voir également, 2002 *Public Papers* 1697, 1699 (30 septembre 2002) (invoquant les «prérogatives ... dans le domaine des affaires étrangères»)).

La nécessité de préserver cette autorité revêt aujourd'hui une urgence particulière. Le président a douté de la sagesse de la stratégie qui consistait «à avoir, des années durant, refusé tout dialogue avec l'Iran» (stratégie en matière de sécurité nationale, 26 (mai 2010)). Les Etats-Unis participent donc actuellement à des négociations multilatérales avec ce pays (79 *Federal Register* 4522 (28 janvier 2014) ; 79 *Federal Register* 45, 228 (4 août 2014) ; 79 *Federal Register* 73,141 (9 décembre 2014)). Dans le cadre de ce processus, l'Iran «obtiendra un accès, par échéance, à un montant de 4,2 milliards de dollars en revenus soumis à restrictions actuellement détenus sur des comptes à l'étranger» (79 *Federal Register*, 4522). «Le fait d'imposer maintenant des sanctions supplémentaires, averti le président, aura pour seul effet de risquer de faire dérailler nos efforts» (2014, *Daily Compilation of Presidential Documents* 14, 1 (12 janvier 2014)). La décision antérieure fait peser une menace sur ces négociations. Il est possible que d'autres lois, comme la TRIA, compromettent déjà l'autorité présidentielle dans une certaine mesure. Mais l'article 8772, qui prévoit la remise de près de 2 milliards de dollars sans tenir compte des règles habituelles, porte l'interférence à un niveau sans équivalent jusqu'ici.

### **C. La décision sape la confiance des marchés financiers en la parole des Etats-Unis**

La décision de la cour d'appel du deuxième circuit porte également atteinte à la réputation des Etats-Unis en tant que dépositaire sûr des réserves de banque centrale. Le Congrès a adopté l'immunité reconnue aux banques centrales dans l'article 1611, paragraphe *b*) pour éviter de «graves difficultés dans le domaine des affaires étrangères» et encourager le «dépôt de fonds étrangers aux Etats-Unis» (House of Representatives Report n° 94-1487, 31 (1976)). «[L]es banques centrales étrangères ne sont pas traitées par la FSIA comme des «établissements et organismes» ordinaires des Etats étrangers ; elles bénéficient de «protections spéciales» correspondant à l'intérêt souverain particulier qui s'attache à la nécessité de prévenir la saisie des biens de banque centrale et les mesures d'exécution les visant» (*NML Capital, Ltd. v. Banco Central de la República Argentina*, 652 F.3d 172, 188 (deuxième circuit, 2011), requête en ordonnance de *certiorari* rejetée, 133 S. Ct. 23 (Cour suprême, 2012)). Ce traitement spécial s'inscrit dans les traces des normes internationales (voir la convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens, résolution 59/38 de l'Assemblée générale, article 21, paragraphe 1), alinéa *c*) (document des Nations Unies A/RES/59/38, 2 décembre 2004) (immunité pour «les biens de la banque centrale ou d'une autre autorité monétaire de l'Etat»)).

L'article 8772 va à l'encontre de ces objectifs. Il est difficile d'attendre des banques centrales étrangères qu'elles déposent leurs réserves auprès d'établissements américains si les fonds risquent d'être saisis lorsque le Congrès souhaite favoriser des parties demanderesse représentées par des avocats habitués à fréquenter les allées du pouvoir. Les effets ne se limitent pas aux nations impopulaires au plan politique. Les actifs saisis en l'espèce n'étaient pas les réserves de change de la banque Markazi, mais des avoirs déposés auprès de Citibank par Clearstream, qui est un intermédiaire européen en valeurs mobilières. Ces avoirs étaient simplement «éga[ux] en valeur à un actif financier de l'Iran, ... que ledit intermédiaire en valeurs mobilières étranger ... détient à l'étranger» (22 U.S.C. § 8772(a)(1)(C)). Le tribunal fédéral de district a en fait permis aux parties demanderesse de contourner les limitations territoriales en considérant les actifs de New York comme des substituts des avoirs insaisissables de la banque Markazi en Europe. Sa décision ne dissuade donc pas seulement des pays comme l'Iran de placer leurs réserves aux Etats-Unis, mais aussi les intermédiaires situés dans des nations amies comme le Luxembourg.

### **D. La décision appelle des mesures de rétorsion de la part des Etats étrangers**

L'une des principales justifications avancées pour l'adoption de la FSIA était de promouvoir les intérêts des Etats-Unis en encourageant un traitement réciproque dans le droit des autres pays (voir House of Representatives n° 94-1487, 31 (la dérogation en faveur de biens militaires encourage une «application réciproque» dans les lois des autres pays) ; cf. *ibid.*, 29-30 («[s]i le droit américain ne respecte pas les identités judiciaires distinctes des différents établissements ou organismes, il peut encourager les pays et territoires étrangers à faire fi des frontières juridiques entre diverses personnes morales américaines»)). L'exécutif s'est donc opposé aux restrictions de l'immunité, en invoquant d'éventuelles mesures de rétorsion qui mettraient en danger des biens américains à l'étranger (voir, par exemple, 2007 Public Papers 1592, 1593-1594 (28 décembre 2007) (opposant un veto à une disposition qui «serait considérée avec inquiétude par la communauté internationale et appellerait des mesures réciproques contre des actifs des Etats-Unis à l'étranger»)).

L'article 8772 fait précisément naître de telles inquiétudes. En dictant l'issue d'une affaire contre une entité souveraine étrangère, cette loi incite d'autres pays à intervenir dans les litiges contre les Etats-Unis dont ont à connaître leurs tribunaux. Si une loi de ce type est considérée comme constitutionnelle dans un pays où le système judiciaire est supposé très développé et qui est attaché au respect de l'Etat de droit, il est difficile de comprendre pourquoi des pays dont le système est moins avancé éprouveraient des scrupules à l'idée de changer les règles en faveur de la partie à un procès qui a leur préférence.

En dernier ressort, les Etats-Unis s'en porteront plus mal. «Les citoyens, les entreprises, le gouvernement et les contribuables américains ont investi à l'étranger bien plus d'argent que ceux de n'importe quel autre pays, et ils ont donc plus à perdre si les protections des investissements ... [sont] érodées» (loi sur la justice pour les victimes d'actes de terrorisme : audience sur la proposition de loi n° H.R. 3485 devant la sous-commission sur l'immigration et les réclamations de la commission judiciaire de la Chambre des représentants, 106th Cong. 54 (106<sup>e</sup> Congrès, 13 avril 2000) (déclarations conjointes des départements d'Etat, du trésor et de la défense) (les italiques sont omises)). L'affaire mérite d'être examinée par la Cour aussi pour cette raison.

\* \*

La Cour accueille souvent une requête pour que soit rendue une ordonnance de *certiorari* en raison de l'incidence d'une affaire sur les relations extérieures (voir, par exemple, *Christopher v. Harbury*, 536 U.S. 403, 412 (2002) (invokant l'«importance de l[a] question pour le gouvernement en relation avec sa conduite de la politique étrangère de la nation») ; *JPMorgan Chase Bank v. Traffic Stream (BVI) Infrastructure Ltd.*, 536 U.S. 88, 91 (2002)). Il conviendrait qu'au minimum la Cour invite l'avocat de l'Etat fédéral (*Solicitor General*) à présenter le point de vue des Etats-Unis, ainsi qu'elle l'a fait dans des affaires similaires (voir, par exemple, *Rubin v. Islamic Republic of Iran*, 132 S. Ct. 1619 (Cour suprême, 2012) ; *Bank Melli Iran New York Representative Office v. Weinstein*, 131 S. Ct. 3012 (Cour suprême, 2011) ; *Ministry of Defense and Support for the Armed Forces of the Islamic Republic of Iran v. Elahi*, 552 U.S. 1176 (2008)).

#### IV. CETTE AFFAIRE EST UNE EXCELLENTE OCCASION DE FAIRE JURISPRUDENCE

Cette affaire est également idéalement taillée pour le contrôle juridictionnel. Elle présente le problème de l'arrêt *Klein* sous sa forme la plus pure : un procès intenté par des parties privées dans le but d'obtenir de l'argent. Il arrive que des arguments fondés sur la jurisprudence *Klein* soient présentés dans le cadre de recours administratifs contre un acte de l'administration (voir, par exemple, *Robertson*, 503 U.S., 432). Mais l'arrêt *Klein* peut ne pas s'appliquer à de tels procès impliquant des «droits publics» (voir *Biodiversity Associates*, 357 F.3d, 1170-1171). Cette affaire porte toutefois sur des droits quintessentiellement privés : une demande d'argent en indemnisation d'un préjudice. «[D]es considérations très diverses» apparaissent lorsque le Congrès tente de prescrire l'issue d'une «action ... en indemnisation en *common law*» (*The Clinton Bridge*, 77 U.S. 454, 463 (1870)). Il s'agit de l'affaire bien connue dans laquelle le Congrès a «dit qu'un tribunal d[evait] accorder à Jones 35 000 dollars pour s'être fait renverser par un fourgon de la poste» (*Lindh*, 96 F.3d, 872)).

Le Congrès n'aurait pu, en outre, être plus clair quant à son intention de régir l'issue d'une affaire particulière. Il a identifié cette affaire par son intitulé et son numéro d'inscription au rôle dans le texte même de la loi (22 U.S.C. § 8772(b)). L'objet exprès de la loi est de «garantir le paiement par l'Iran des dommages-intérêts adjugés par les décisions de justice» (*ibid.*, § 8772(a)(2)). Et les seules conclusions qu'exige le texte (que la banque Markazi et non une autre personne détienne les droits réels sur les actifs) sont à ce point formelles que la cour d'appel du deuxième circuit n'a pu que reconnaître qu'il s'agissait de faux-semblants (voir appendice, *infra*, 10a).

L'auteur de la loi, le sénateur Menendez, a publié un communiqué de presse expliquant que la proposition de loi «[faisait] en sorte que les [parties demandresses] [soient] à même de saisir des actifs de la banque centrale iranienne s'élevant à deux milliards détenus auprès d'une banque à New York» (“Menendez Hails Banking Committee Passage of Iran Sanctions Legislation” [Le sénateur Menendez salue l'adoption de la loi sur les sanctions contre l'Iran] (2 février 2012)). Des articles parus dans la presse ont confirmé qu'il «travill[ait] avec tous les groupes de parties

demandereses pour faire en sorte que des actifs iraniens bloqués situés à New York dont la valeur s'[élevait] à environ 2,5 milliards de dollars soient accessibles» (*Ackley, supra*). Il a rappelé au Sénat qu'il «[voulait] avoir la certitude qu'il était clairement acté que l'Iran ... ne devait pas pouvoir se soustraire à la saisie de ses actifs (158 Congressional Record S3321 (21 mai 2012)). Le promoteur de la proposition à la Chambre des représentants a convenu que la loi cherchait à «permettre que des actifs du Gouvernement iranien ayant été saisis soient attribués aux [parties demandereses] pour l'exécution des décisions de justice obtenues par elles» (158 Congressional Record H5569 (1<sup>er</sup> août 2012)). «Il est temps que l'Iran soit tenu comptable de ses actes», a-t-il affirmé, ajoutant que la loi «offrirait aux [parties demandereses] la justice qui leur avait trop longtemps été refusée» (*ibid.*). L'intention du Congrès de faire triompher les parties demandereses ne saurait être plus claire.

Enfin, l'importance de la question ressort de l'importance du montant en jeu. Le Congrès a effectivement donné instruction que près de 2 milliards de dollars détenus par Citibank, pour une autre banque, en dernier ressort au bénéfice de la banque Markazi, soient payés aux parties demandereses. Un transfert de patrimoine aussi énorme, en violation des principes juridiques ordinaires, crée un précédent saisissant (et exécrable) pour la prévisibilité des marchés financiers de la nation et l'intégrité de son système judiciaire. La Cour devrait faire droit à cette demande de contrôle juridictionnel.

#### CONCLUSION

Plaise à la Cour de faire droit à la requête pour que soit rendue une ordonnance de *certiorari*.

Respectueusement.

---

ANNEXE 118

DEMANDE D'ORDONNANCE DE *CERTIORARI*, *BANK MARKAZI V. PETERSON* («*PETERSON II*»),  
2018 WL 2176301 (2<sup>e</sup> CIRC. 18 MAI 2018) (N<sup>o</sup> 17-1534)

[Traduction]

**Cour suprême des Etats-Unis**

BANQUE MARKAZI,  
BANQUE CENTRALE D'IRAN,

*partie demanderesse au pourvoi,*

c.

DEBORAH D. PETERSON, et al.,

*parties défenderesses au pourvoi.*

Sur une requête pour que soit rendue une ordonnance de *certiorari*  
adressée à la cour d'appel fédérale  
du deuxième circuit

**REQUETE POUR QUE SOIT RENDUE UNE ORDONNANCE DE *CERTIORARI***

DONALD F. LUKE  
JAFFE & ASHER LLP  
600 Third Avenue  
New York, New York 10016  
(212) 687-3000

LISA W. BOHL  
MOLOLAMKEN LLP  
300 N. LaSalle Dr.  
Chicago, Illinois 60654  
(312) 450-6700

JEFFREY A. LAMKEN  
Avocat pour le dossier  
ROBERT K. KRY  
LAUREN M. WEINSTEIN  
WILLIAM J. COOPER  
MOLOLAMKEN LLP  
The Watergate, Suite 660  
600 New Hampshire Ave., N.W.  
Washington, D.C. 20037  
(202) 556-2000  
jlamken@mololamken.com

*Avocats de la partie demanderesse au pourvoi*

**QUESTION PRÉSENTÉE**

Traditionnellement, les actifs d'une entité souveraine étrangère bénéficiaient d'une immunité d'exécution absolue, où qu'ils se trouvent. Le Congrès a modifié cette règle avec la loi de 1976 sur l'immunité des Etats étrangers [*Foreign Sovereign Immunities Act*] («FSIA») (Public Law 94-583, 90 Statutes 2891), qui dispose qu'un «bien aux Etats-Unis» d'une entité souveraine étrangère jouit de l'immunité d'exécution, à moins qu'il ne relève de certaines exceptions définies de manière stricte (titre 28 du code des Etats-Unis, §§ 1609-1610). Dans la décision antérieure, la cour d'appel du deuxième circuit a considéré que la FSIA n'édicte aucune limite en matière de saisie des biens hors des Etats-Unis d'entités souveraines étrangères, et qu'elle se substituait, en fait, à toute immunité de *common law* qui s'appliquerait autrement. En appliquant cette règle, la cour d'appel du deuxième circuit a conclu que le tribunal fédéral de district des Etats-Unis pouvait ordonner à une banque étrangère de transférer 1,68 milliard d'actifs souverains du Luxembourg à New York aux fins

d'exécution de jugements par défaut. La question présentée est la suivante : un bien d'une entité souveraine étrangère situé hors des Etats-Unis bénéficie-t-il de l'immunité souveraine ?

#### **PARTIES À LA PROCÉDURE ANTÉRIEURE**

En raison de sa longueur, la liste des parties à la procédure antérieure figure intégralement dans l'appendice (appendice, *infra*, 83a-95a).

.....

La demanderesse au pourvoi, la banque Markazi, qui est la banque centrale d'Iran, demande respectueusement à ce que plaise à la Cour rendre une ordonnance de *certiorari* pour le contrôle de l'arrêt rendu par la cour d'appel fédérale du deuxième circuit dans cette affaire.

#### **OPINIONS DE LA JURIDICTION INFÉRIEURE**

L'opinion de la cour d'appel (appendice, *infra*, 1a-55a) est publiée au 876 F.3d 63 (deuxième circuit, 2017). L'opinion du tribunal fédéral de district (appendice, *infra*, 56a-79a) n'est pas publiée, mais peut être consultée à la référence suivante : 2015 WL 731221 (district sud de l'Etat de New York, 20 février 2015).

#### **DÉCLARATION DE COMPÉTENCE**

La cour d'appel a rendu son arrêt le 21 novembre 2017. Elle a rejeté les demandes de nouveau procès et de nouveau procès «en banc» le 7 février 2018 (appendice, *infra*, 80a-82a). La Cour est compétente en vertu de l'article 1254, paragraphe 1, du titre 28 du code des Etats-Unis.

#### **DISPOSITIONS LÉGALES CONCERNÉES**

Les dispositions pertinentes de la loi de 1976 sur l'immunité des Etats (articles 1602 et suivants du titre 28 du code des Etats-Unis) figurent dans l'appendice (appendice, *infra*, 96a-125a).

#### **DÉCLARATION LIMINAIRE**

La loi sur l'immunité des Etats étrangers interdit aux parties demanderesses de prendre des mesures d'exécution sur les biens d'une entité souveraine étrangère situés aux Etats-Unis, à quelques exceptions près. Dans la décision antérieure, cependant, la cour d'appel du deuxième circuit a jugé que la loi *ne restreignait en aucune manière* la saisie de biens situés hors des Etats-Unis et qu'elle se substituait, en fait, à toute immunité de *common law* qui s'appliquerait autrement. Conformément à cette règle, la cour d'appel du deuxième circuit a considéré que le tribunal fédéral de district pouvait ordonner à une banque étrangère de transférer 1,68 milliard de dollars d'actifs souverains du Luxembourg à New York aux fins d'exécution de jugements par défaut.

Les répercussions désastreuses de cette règle en matière de politique étrangère sont évidentes. La saisie d'un bien d'une autre entité souveraine suscite des inquiétudes, quelles que soient les circonstances. Mais une règle qui permet la saisie d'un bien d'une entité souveraine situé hors des Etats-Unis, sans tenir compte des règles d'immunité usuelles, est vouée à entraîner le pays dans des différends internationaux. Elle constitue également une menace pour les actifs américains de sociétés américaines en les exposant à un risque de traitement réciproque par les tribunaux étrangers.

La cour d'appel du deuxième circuit a reconnu que la règle adoptée «abrogeait des décennies de *common law* préexistante en matière d'immunité souveraine» (appendice, *infra*, 2a). Elle n'en a pas moins considéré que sa décision lui était dictée par l'arrêt de la Cour dans l'affaire *Republic of Argentina v. NML Capital, Ltd.* (134 S. Ct. 2250 (2014)). Mais l'analyse sommaire de la question dans l'arrêt *NML* n'était pas nécessaire à la décision et reposait sur une prémisse erronée. La question est importante et mérite d'être pleinement prise en compte. Ainsi que l'a observé la cour d'appel du deuxième circuit, «c'est à la Cour suprême ... qu'il appartient de résoudre ce problème» (appendice, *infra*, 52a). Il conviendrait que la Cour accueille la demande de pourvoi.

## MOYENS

### I. Le cadre légal

#### A. La loi sur l'immunité des Etats étrangers

Durant la plus grande partie de l'histoire de ce pays, les entités souveraines étrangères ont joui d'une totale immunité de juridiction (voir *Verlinden B.V. v. Cent. Bank of Nigeria*, 461 U.S. 480, 486 (1983)). En 1952, cependant, le département d'Etat a adopté la théorie «restrictive» de l'immunité, qui reconnaissait des exceptions limitées (*id.*, 486-487). Deux décennies plus tard, le Congrès a inscrit les exceptions dans le code avec la loi de 1976 sur l'immunité des Etats étrangers [*Foreign Sovereign Immunities Act*] («FSIA») (Pub. L. No. 94-583, 90 Stat. 2891 (ajoutée au code telle que modifiée, aux articles 1602 et suivants du titre 28 du code des Etats-Unis).

La FSIA traite à la fois 1) de l'immunité de *jurisdiction des Etats étrangers* ; et 2) de l'immunité de *saisie et d'exécution dont bénéficient les biens des Etats étrangers*. Concernant l'immunité de poursuite (connue de manière habituelle sous le nom d'immunité de «juridiction»), la FSIA confirme la règle générale qui veut qu'«un Etat étranger jouit de l'immunité de juridiction devant les tribunaux des Etats-Unis ou des Etats de l'Union» (titre 28 du code des Etats-Unis § 1604). La loi énumère ensuite des exceptions strictement encadrées (*ibid.*, § 1605). Par exemple, en vertu de l'exception relative aux «activité[s] commerciale[s]», une entité souveraine étrangère ne jouit pas de l'immunité la protégeant d'actions

«fondée[s] sur une activité commerciale exercée aux Etats-Unis par l'Etat étranger ou un acte accompli aux Etats-Unis en liaison avec une activité commerciale exercée par l'Etat étranger dans un autre pays ou encore un acte accompli en dehors du territoire des Etats-Unis en liaison avec une activité commerciale exercée par l'Etat étranger dans un autre pays mais ayant un effet direct aux Etats-Unis» (*ibid.*, § 1605(a)(2)).

La FSIA traite séparément de l'immunité de saisie ou d'exécution dont bénéficiaient les biens souverains. Même après que le département d'Etat a adopté la théorie restrictive de l'immunité en 1952, les tribunaux américains ont continué à reconnaître une immunité absolue aux biens souverains. Ainsi que l'a observé le Congrès : «En vertu du droit en vigueur, un Etat étranger attaqué devant nos tribunaux jouit d'une immunité d'exécution absolue, même dans le cas d'un litige commercial lorsque des actifs commerciaux sont disponibles pour l'exécution d'un jugement» (House of Representatives report 94-1487, 8 (1976)). Les parties demandresses ayant obtenu gain de cause dans des décisions de justice ne pouvaient donc compter, pour les faire exécuter, que sur la bonne grâce de l'Etat étranger.

En adoptant la FSIA, le Congrès a choisi de «modifier cette règle en abaissant partiellement la barrière de l'immunité d'exécution, de manière à ce que cette immunité épouse plus étroitement les dispositions en matière d'immunité de juridiction» (House of Representatives report 94-1487, 27). L'article 1609 inscrit ainsi dans le code la règle générale selon laquelle «les biens aux Etats-Unis d'un Etat étranger bénéficient de l'immunité de saisie et d'exécution» (titre 28 du code des Etats-Unis § 1609). L'article 1610 énumère ensuite des exceptions limitées pour certains types de «biens aux

Etats-Unis». L'article 1610, paragraphe *a*), prévoit que «[l]es biens d'un Etat étranger ... sis aux Etats-Unis et utilisés à des fins commerciales aux Etats-Unis, ne bénéficient pas de l'immunité de saisie après jugement et d'exécution», lorsque certaines conditions supplémentaires sont remplies (*ibid.*, § 1610(a)). En vertu de l'article 1610, paragraphe *a*), alinéa 2), par exemple, les biens aux Etats-Unis d'un Etat étranger utilisés à des fins commerciales aux Etats-Unis ne sont pas couverts par l'immunité lorsqu'ils «sont ou ont été utilisés aux fins de l'activité commerciale qui est à l'origine de la demande» (*ibid.*, § 1610(a)(2)). L'article 1610, paragraphe *b*), énumère des exceptions supplémentaires à l'égard de «tout bien situé aux Etats-Unis et appartenant à un établissement ou un organisme d'un Etat étranger exerçant une activité commerciale aux Etats-Unis» (*ibid.*, § 1610(b)).

L'article 1611 présente des immunités supplémentaires auxquelles ne s'appliquent pas les exceptions prévues à l'article 1610. En vertu de l'article 1611, paragraphe *b*), alinéa 1), par exemple, les biens «détenus pour son propre compte par une banque centrale ou une autorité monétaire étrangère» bénéficient de l'immunité à moins que cette banque centrale ou le gouvernement dont elle relève n'ait expressément renoncé à son immunité (titre 28 du code des Etats-Unis § 1611(b)(1)).

En 1996, le Congrès a ajouté une exception à l'immunité de juridiction pour certaines demandes se rapportant à des faits de terrorisme (voir la loi fédérale de 1996 sur la lutte contre le terrorisme et l'application effective de la peine de mort, Public Law 104-132, §221(a), 110 Statutes 1214, 1241 (actuellement inscrite à l'article 1605A du titre 28 du code des Etats-Unis)). Le Congrès a également ajouté des exceptions pour l'exécution des jugements en découlant. L'article 1610, paragraphe *a*), alinéa 7), dispose que, concernant ces jugements pour des faits de terrorisme, un «bien[] aux Etats-Unis d'un Etat étranger ... utilisé[] à des fins commerciales aux Etats-Unis» n'est pas couvert par l'immunité, «que le bien ait ou non un lien avec les faits qui sont à l'origine de la demande» (titre 28 du code des Etats-Unis § 1610(a)(7)). L'article 1610, paragraphe *b*), alinéa 3), prévoit une exception similaire pour «tout bien situé aux Etats-Unis et appartenant à un établissement ou un organisme d'un Etat étranger exerçant une activité commerciale aux Etats-Unis» (*id.*, § 1610(b)(3)). Les deux exceptions ne s'appliquent donc qu'aux «biens aux Etats-Unis».

## **B. L'arrêt de la cour de céans dans l'affaire *NML***

Durant trente-cinq ans, aucune cour d'appel n'a considéré que la FSIA permettait de prendre des mesures d'exécution sur des biens situés *hors* des Etats-Unis. Les tribunaux ont uniformément considéré que la loi laissait intacte l'immunité absolue traditionnellement reconnue aux biens situés à l'étranger (voir, par exemple, *Autotech Techs. LP v. Integral Research & Dev. Corp.*, 499 F.3d 737, 750 (septième circuit, 2007) («[l]'intention des auteurs de la FSIA n'était pas d'autoriser des mesures d'exécution sur les biens d'une entité souveraine étrangère ... quel que soit le lieu dans le monde où se situent ces biens»); p. 13-15, *infra*).

La Cour a alors jugé l'affaire *Republic of Argentina v. NML Capital, Ltd.* (134 S. Ct. 2250 (2014)). Celle-ci ne comportait pas de question d'immunité d'exécution. Elle avait pour seul objet de déterminer si la République d'Argentine jouissait d'une immunité la protégeant d'une *procédure de communication préalable de documents* en relation avec ses actifs étrangers (*ibid.*, 2254). La Cour a conclu que tel n'était pas le cas. L'Argentine avait renoncé à son immunité de *jurisdiction* en relation avec certains contrats obligataires (*ibid.*, 2256). Et si une immunité d'exécution pouvait, in fine, restreindre la capacité des parties demanderesse à saisir des actifs, elle ne pouvait empêcher une procédure de communication préalable de documents (*ibid.*, 2256-2257).

L'affaire *NML* n'a abordé la question de l'immunité d'exécution qu'à titre indicatif. L'Argentine affirmait qu'une procédure de communication préalable de documents concernant ses actifs étrangers n'était pas indiquée parce que l'intention du Congrès ne pouvait avoir été de permettre une telle procédure de communication lorsqu'elle portait sur des actifs contre lesquels la partie demanderesse ne pouvait demander de procédure d'exécution (134 S. Ct., 2257). La Cour a rejeté cet argument pour plusieurs motifs.

Premièrement, la Cour n'a pas identifié de précédent antérieur à la FSIA reconnaissant une immunité en *common law* pour les actifs situés hors des Etats-Unis (134 S. Ct., 2257). «Avant toute chose, nos tribunaux n'ont généralement pas l'autorité requise pour mettre en œuvre des mesures d'exécution sur des biens situés dans d'autres pays, a relevé la Cour, alors comment la question aurait-elle pu se poser ?» (*Ibid.*) La FSIA n'a pas créé, par elle-même, une telle immunité, a ajouté la Cour parce que, selon les dispositions de l'article 1609, seuls «les biens *aux Etats-Unis* d'un Etat étranger bénéficient de l'immunité» (*ibid.*).

Deuxièmement, la Cour a conclu que toute considération touchant à l'immunité d'exécution était prématurée. «[L]a raison de ces assignations à produire des pièces, a-t-elle noté, est que NML *ne sait pas encore* de quels biens dispose l'Argentine et où ils se trouvent, et encore moins s'ils sont susceptibles d'exécution en vertu du droit du pays ou territoire pertinent.» (134 S. Ct., 2257.) Le fait que les assignations à produire des pièces puissent permettre de recueillir des informations concernant des biens qui *étaient* probablement couverts par l'immunité ne constituait pas une base propre à empêcher la procédure de communication préalable de documents (*ibid.*, 2258). La Cour a donc refusé d'annuler les assignations à produire (*ibid.*).

## II. Rappel de la procédure

### A. Procédure devant le tribunal fédéral de district

1. La demanderesse au pourvoi banque Markazi est la banque centrale d'Iran (appendice, *infra*, 2a). Comme d'autres banques centrales, elle détient des réserves de change destinées à lui permettre de mettre en œuvre des politiques monétaires, destinées par exemple à préserver la stabilité des prix (C.A. Confid. App., 425-426). Comme d'autres banques centrales, elle conserve fréquemment ces réserves en obligations émises par d'autres entités souveraines (appendice, *infra*, 5a ; C.A. Confid. App. 426).

Pour exercer ces activités de banque centrale, en 1994, la banque Markazi a ouvert un compte au Luxembourg auprès de Clearstream Banking, S.A., qui est une banque basée au Luxembourg spécialiste des obligations et des actions (appendice, *infra*, 5a ; C.A. Confid. App. 426). Clearstream disposait de ses propres comptes auprès de banques à New York, et notamment de JPMorgan Chase Bank, N.A. et de Citibank, N.A., qu'elle utilisait pour traiter les produits d'obligations pour ses clients (appendice, *infra*, 5a). En 2008, la banque Markazi a cessé de détenir des obligations auprès de Clearstream directement, et a commencé à le faire par une banque intermédiaire, Banca UBAE, S.p.A. (*ibid.*, 5a-6a).

2. Cette affaire est née d'efforts en vue d'obtenir la saisie de ces avoirs dans le but de faire exécuter des condamnations par défaut de l'Etat iranien. Les parties demanderesses ont obtenu ces jugements à l'issue de procès concernant des faits de terrorisme commis par des organisations qui auraient reçu le soutien de l'Iran (appendice, *infra*, 56a-57a ; voir, par exemple, *Peterson v. Islamic Republic of Iran*, 264 F. Supp. 2d 46 (D.D.C. 2003)). La banque Markazi, qui est une entité distincte de l'Etat iranien, n'est partie à aucun de ces jugements, et il n'est pas allégué qu'elle ait été impliquée dans ces attentats.

En juin 2008, les parties demanderesses ont tenté de faire exécuter une partie des jugements en obtenant la mise sous main de justice d'obligations dont le montant avoisinait 2 milliards de dollars que Clearstream détenait auprès de Citibank à New York, au profit en dernier ressort de la banque Markazi (appendice, *infra*, 6a). La banque Markazi s'est opposée à ces efforts sur de multiples bases, et notamment en affirmant que les fonds détenus par Clearstream à New York ne pouvaient être saisis en paiement de dettes de l'Iran, et que les actifs bénéficiaient d'une immunité d'exécution en vertu de la FSIA (voir *Peterson v. Islamic Republic of Iran*, No. 10 Civ. 4518, 2013 WL 1155576, \*19-26 (district sud de l'Etat de New York, 13 mars 2013)). Alors que ces procédures

étaient en cours, le Congrès a adopté la loi de 2012 sur la réduction de la menace iranienne et sur les droits de l'homme en Syrie (Pub. L. No. 112-158, 126 Stat. 1214), qui invalidait les moyens invoqués par la banque Markazi pour sa défense pour cette seule affaire (voir *ibid.*, §502, 126 Statutes 1258 (inscrite dans le code des Etats-Unis à l'article 8772 du titre 22 (22 U.S.C. § 8772)). Le tribunal fédéral de district a ordonné la distribution des actifs aux parties demanderessees et la cour d'appel du deuxième circuit a confirmé son jugement (appendice, *infra*, 6a-7a & note 3). La cour de céans a accepté d'examiner l'affaire mais a, *in fine*, confirmé l'arrêt, statuant que la loi ne violait pas la séparation des pouvoirs (voir *Bank Markazi v. Peterson*, 136 S. Ct. 1310 (2016)).

3. En l'espèce, il s'agit de produits d'obligations s'élevant à 1,68 milliard de dollars supplémentaires qui n'étaient pas en cause dans la procédure précédente (appendice, *infra*, 9a-10a). En décembre 2013, les parties demanderessees ont engagé des poursuites contre la banque Markazi, Clearstream, UBAE et JPMorgan, en alléguant que Clearstream détenait des produits d'obligations sur un compte JPMorgan à New York, au profit de la banque Markazi (*ibid.*, 9a, 56a-57a). Les parties demanderessees réclamaient, entre autres réparations, une ordonnance de «remise d'actifs» donnant instruction à Clearstream et à JPMorgan de remettre les produits en vue de l'exécution des jugements (*ibid.*, 10a). Elle s'appuyait pour cela sur la loi de l'Etat de New York sur la remise d'actifs, qui dispose ce qui suit :

«[s]ur procédure spéciale introduite par le créancier judiciaire contre une personne en possession, ou ayant la garde, de fonds ou d'autres biens meubles dans lesquels le débiteur judiciaire dispose d'une participation ... , le tribunal exigera que cette personne procède au paiement des fonds, ou de tout montant de ceux-ci suffisant pour exécuter le jugement, au créancier judiciaire» (N.Y. C.P.L.R. § 5225(b)).

Le tribunal fédéral de district a initialement rendu une ordonnance *ex parte* soumettant les fonds à restrictions, qu'elle a annulée par la suite (appendice, *infra*, 10a).

Les parties demanderessees ont demandé à ce que l'ordonnance soit rétablie tandis que les parties défenderesses réclamaient le rejet de l'action (appendice, *infra*, 10a-11a). Les parties défenderesses ont notamment insisté sur le fait que les actifs se trouvaient au Luxembourg et non à New York, et qu'ils bénéficiaient donc de l'immunité d'exécution (*ibid.*, 11a). Le tribunal fédéral de district en a convenu et a rejeté la demande (*ibid.*, 56a-79a).

Après examen des éléments de preuve, le tribunal a conclu que les actifs se trouvaient au Luxembourg, et non à New York.

«[L]e dossier est clair : JPM a reçu des produits liés aux obligations restantes, qu'elle a crédités sur un compte de Clearstream auprès de JPM. A son tour, Clearstream a ... transféré les montants rattachables aux obligations restantes sur le compte de UBAE/banque Markazi au Luxembourg.» (Appendice, *infra*, 69a-70a.)

«Les dossiers de JPM indiquent sans ambiguïté que, quoi qu'il soit advenu des produits, ils ne sont plus là. Le solde du compte de Clearstream auprès de JPM a été nul, voire négatif, à de multiples dates. Au regard de la loi, il n'y a pas, dans ce ressort, d'actifs à «remettre.»» (*Ibid.*, 70a (citation omise).)

Le tribunal a conclu que, parce que les produits se trouvaient au Luxembourg, ils bénéficiaient de l'immunité d'exécution. «Les éléments de preuve contenus dans le dossier indiquent clairement que tous les actifs dans lesquels la banque Markazi dispose de participations, et qui sont en cause dans la présente action, se trouvent au Luxembourg.» (Appendice, *infra*, 77a.) «La FSIA ne permet pas la saisie de biens hors des Etats-Unis.» (*Ibid.*) De ce fait, «[l]e tribunal ne saurait donc faire droit aux présentes demandes visant la banque Markazi.» (*Ibid.*, 78a.)

## B. L'opinion de la cour d'appel

La cour d'appel fédérale du deuxième circuit a infirmé la partie pertinente du jugement (appendice, *infra*, 1a-55a).

La cour d'appel a été d'accord avec le tribunal fédéral de district pour conclure que les actifs se trouvaient au Luxembourg, et non à New York (appendice, *infra*, 32a). Le compte JPMorgan à New York était «un «compte d'opérations» général utilisé pour fournir des services de transaction pour le compte de nombreux clients», et «les fonds des différents clients n'étaient pas isolés les uns des autres.» (*ibid.*, 33a (citation omise)). «Le solde de fin de journée [du compte] était fréquemment proche de zéro, voire négatif.» (*Ibid.*) Lorsque «Clearstream recevait des paiements en espèces sur [ce] compte général», «un crédit correspondant était inscrit au compte de la banque Markazi, devenu par la suite celui d'UBAE, au Luxembourg, sous forme de droit à un paiement équivalant aux produits des obligations que Clearstream recevait et traitait à New York.» (*Ibid.*, 35a.) Parce que «le lieu de la participation dans un bien meuble ... est «celui de la partie dont l'exécution est requise»», la cour a jugé que «l'actif que les parties demanderesse[s] souhait[ai]ent obtenir (c'est-à-dire, un droit à paiement) se trouv[ait] au Luxembourg» (*ibid.*, 35a-36a).

La cour d'appel a pourtant rejeté la conclusion du tribunal fédéral de district selon laquelle les actifs situés ailleurs qu'aux Etats-Unis étaient couverts par l'immunité. Elle a admis que «l'hypothèse du tribunal fédéral de district était raisonnable à la lumière de nombreuses décisions judiciaires laissant penser qu'elle était valide» (appendice, *infra*, 38a). Elle a cependant estimé que cette hypothèse était «erronée» après l'arrêt *NML*, qu'elle a décrit comme «abrog[ant] des décennies de *common law* antérieure en matière d'immunité souveraine» (*ibid.*, 2a, 38a).

La cour d'appel du deuxième circuit a expliqué que, en vertu de l'article 69, paragraphe a), des règles fédérales de procédure civile, ««un tribunal fédéral de district dispos[ait] de l'autorité requise pour faire exécuter une décision de justice en saisissant un bien conformément au droit de l'Etat dans lequel siège le tribunal fédéral de district»», en l'espèce, l'Etat de New York (appendice, *infra*, 42a). Dans l'arrêt *Koehler v. Bank of Bermuda Ltd.*, 12 N.Y.3d 533 (2009), la cour d'appel de l'Etat de New York a estimé que la loi de l'Etat de New York sur la remise d'actifs autorisait les ordonnances de remise de biens même lorsqu'ils étaient situés hors du pays (appendice, *infra*, 45a). Dans la mesure où le tribunal était compétent *ratione personae* à l'égard du dépositaire du bien, explique l'arrêt *Koehler*, il pouvait ordonner au dépositaire de transférer le bien à New York : ««[l]a clé, pour obtenir l'ordonnance en remise d'actifs, réside dans la compétence *ratione personae* à l'égard d'un défendeur particulier», et ainsi, «un tribunal siégeant à New York ayant compétence *ratione personae* à l'égard d'une partie peut ordonner à cette partie «de transférer un bien dans l'Etat»» (*ibid.*) (citant 12 N.Y.3d, 540).

La cour d'appel du deuxième circuit n'a pas considéré qu'il existait dans la FSIA quoi que ce soit qui puisse empêcher d'appliquer le même texte aux actifs souverains à l'étranger. «Après l'arrêt *NML Capital*, a-t-elle jugé, il semble que la FSIA ne puisse faire obstacle à une ordonnance rendue conformément à la jurisprudence *Koehler* donnant instruction à Clearstream ... de transférer dans l'Etat de New York les actifs appartenant à la banque Markazi et détenus au Luxembourg» (appendice, *infra*, 45a). La cour d'appel du deuxième circuit a reconnu les «nombreuses affaires citées par les parties défenderesses pour avancer que les actifs extraterritoriaux d'une entité souveraine étrangère jouissent d'une immunité d'exécution absolue» (*ibid.*, 46a). Mais la cour a estimé que ces décisions n'étaient «plus contraignantes» parce qu'elles étaient «antérieures à l'arrêt de la Cour suprême dans l'affaire *NML Capital*» (*ibid.*). «Après l'arrêt *NML Capital*, cette jurisprudence n'est d'aucune aide pour les parties défenderesses.» (*ibid.*). «Combinées, les jurisprudences *NML Capital* et *Koehler* ... autorisent un tribunal siégeant à New York ... à rappeler à New York des actifs extraterritoriaux appartenant à une entité souveraine étrangère.» (*Ibid.*, 47a.)

La cour d'appel a donné instruction au tribunal fédéral de district, dans son arrêt de renvoi, de «déterminer en première instance s'il [était] compétent *ratione personae* à l'égard de Clearstream»

(appendice, *infra*, 50a). Le tribunal fédéral de district devait également prendre en compte d'autres obstacles potentiels au rappel des actifs, que ce soit en vertu du «droit de l'Etat, du droit fédéral, de la courtoisie internationale, ou pour toute autre raison» (*ibid.*, 50a-51a) (les notes de bas de page ont été omises). Une fois les actifs rappelés, le tribunal fédéral de district devait déterminer s'ils «rempliss[aient] les conditions requises pour être considérés comme [des] actif[s] «aux Etats-Unis d'un Etat étranger» ... couverts, à ce titre, par l'immunité d'exécution» (*ibid.*, 51a). Mais «[l]e fait qu'un actif extraterritorial appartienne à un Etat étranger est sans importance», parce que «l'immunité d'exécution prévue par la FSIA ne s'étend pas aux actifs situés à l'étranger» (*ibid.*, 52a).

La cour d'appel a reconnu qu'elle était «consciente du casse-tête apparent que représentait la conciliation des arrêts *NML Capital* et *Koehler*» (appendice, *infra*, 51a). «La FSIA «visait à faciliter et à dépolitiser les contentieux contre les Etats étrangers, ainsi qu'à minimiser les frictions en résultant dans les relations internationales» (*ibid.*). La cour était «loin d'être certaine que la jurisprudence *NML Capital*, lue à la lumière de l'arrêt *Koehler*, s'inscri[vait] dans cette perspective» (*ibid.*, 52a). «Mais si notre analyse est la bonne, concluait-elle, c'est à la Cour suprême ou aux pouvoirs politiques, et non à cette cour, qu'il appartient de résoudre ce problème.»<sup>1</sup> (*Ibid.*)

Le 7 février 2018, la cour d'appel a rejeté les demandes de nouveau procès et de nouveau procès «en banc» (appendice, *infra*, 80a-82a). Le 1<sup>er</sup> mars 2018, la cour d'appel a suspendu la procédure dans l'attente de l'examen par la cour de céans (C.A. Dkt. 352).

## MOTIFS D'ACCUEILLIR LA REQUÊTE

La cour d'appel du deuxième circuit a statué que l'immunité souveraine ne limitait en aucune manière les mesures d'exécution sur des biens situés hors des Etats-Unis d'une entité souveraine étrangère. Cette décision va à l'encontre de décennies de pratique, a pour effet de créer un régime incohérent, ce qui n'était certainement pas l'intention du Congrès, place les Etats-Unis en violation du droit international, et risque d'entraîner des conséquences catastrophiques pour le pays dans ses relations avec les autres Etats. Si la décision de la cour d'appel repose sur les dispositions de l'arrêt *Republic of Argentina v. NML Capital, Ltd.*, 134 S. Ct. 2250 (2014), le résultat frappant obtenu en l'espèce confirme la nécessité pour la cour de céans de s'attaquer directement à une question qu'elle n'a fait qu'évoquer dans l'affaire *NML*.

### **I. Cette affaire soulève une question importante aux conséquences radicales dans le domaine des relations internationales**

Le fait de refuser catégoriquement l'immunité à tous les biens des entités souveraines situés hors des Etats-Unis va à l'encontre d'une jurisprudence ancienne et risque d'entraîner des conséquences graves sur les relations internationales. La question mérite d'être examinée.

#### **A. Des décennies durant, les tribunaux ont considéré à l'unanimité que les actifs souverains situés à l'étranger n'étaient pas susceptibles de mesures d'exécution**

Il fut un temps où la loi était fermement établie : les actifs des entités souveraines n'étaient susceptibles d'exécution conformément à la FSIA *que* s'ils se trouvaient aux Etats-Unis, *et* si l'une des exceptions limitées prévues à l'article 1610 s'appliquait. Les actifs situés hors des Etats-Unis étaient, pour ce seul motif, protégés par l'immunité.

---

<sup>1</sup> La cour d'appel du deuxième circuit a également infirmé le jugement du tribunal fédéral de district en ce qu'il concluait que certains accords de règlement conclus en relation avec des procédures antérieures empêchaient la présentation de nouvelles demandes (appendice, *infra*, 17a-31a). Cette décision n'est pas en cause ici.

Les tribunaux ont appliqué cette règle aux parties demanderessees dans cette même affaire. Il y a dix ans, des parties demanderessees ont voulu faire exécuter le jugement obtenu par elles sur la dette d'une société de navigation française envers l'Iran (voir *Peterson v. Islamic Republic of Iran*, 627 F.3d 1117, 1122 (neuvième circuit, 2010)). La cour d'appel du neuvième circuit a rejeté leur demande : «[l]a dette que [l'intimé] a envers l'Iran se trouve en France. Les droits de l'Iran à un paiement par [l'intimé] ne constituent pas un «bien aux Etats-Unis» et sont couverts par l'immunité d'exécution.» (*Ibid.*, 1131-1132 (citant l'article 1610, paragraphe a), alinéa 7), du titre 28 du code des Etats-Unis).)

Chaque cour d'appel amenée à connaître de la question a jugé dans le même sens (voir *Autotech Techs. LP v. Integral Research & Dev. Corp.*, 499 F.3d 737, 750 (septième circuit, 2007) («[l]'intention des auteurs de la FSIA n'était pas d'autoriser des mesures d'exécution sur les biens d'une entité souveraine étrangère ... , quel que soit le lieu où ils se trouvent dans le monde»); *Conn. Bank of Commerce v. Republic of Congo*, 309 F.3d 240, 247 (cinquième circuit, 2002) («les tribunaux aux Etats-Unis ne peuvent prendre des mesures d'exécution que sur des biens qui remplissent [les] deux critères prévus par la loi», et notamment celui qui exige que le bien se trouve «aux Etats-Unis»); *Richmark Corp. v. Timber Falling Consultants*, 959 F.2d 1468, 1477 (neuvième circuit, 1992) («[l]'article 1610 ne donne pas aux tribunaux américains le pouvoir de saisir des actifs situés hors des Etats-Unis»); *Aurelius Capital Partners, LP v. Republic of Argentina*, 584 F.3d 120, 130 (deuxième circuit, 2009) («[u]n bien susceptible de faire l'objet d'une saisie ou d'une mesure d'exécution doit être un «bien[] aux Etats-Unis d'un Etat étranger»)). Les tribunaux fédéraux de district et les tribunaux d'Etat ont suivi la même règle<sup>2</sup>.

Ainsi que l'ont expliqué ces juridictions, l'immunité applicable aux actifs étrangers découle directement de l'historique et de la structure de la loi. Avant la FSIA, un bien souverain, où qu'il soit, bénéficiait d'une immunité d'exécution absolue (voir H.R. Rep. No. 94-1487, 8 (1976) («[e]n vertu du droit existant, un Etat étranger jouit, devant nos tribunaux, d'une immunité d'exécution absolue, même dans des litiges commerciaux ordinaires»)). Le Congrès a décidé de «modifier cette règle en abaissant partiellement la barrière de l'immunité d'exécution, de manière à ce que cette immunité soit plus conforme aux dispositions sur l'immunité de juridiction» (*ibid.*, 27). Il l'a fait en édictant de nouvelles règles régissant l'immunité *des biens aux Etats-Unis*. Spécifiquement, le Congrès a confirmé l'existence d'une présomption d'immunité pour les «biens aux Etats-Unis» à l'article 1609, tout en créant des exceptions pour certains «biens aux Etats-Unis» à l'article 1610. L'intention du Congrès n'était pas d'aborder la question du traitement traditionnel des biens d'entités souveraines à l'étranger, ni d'en modifier le régime, et encore moins d'éliminer complètement l'immunité pour de tels biens. Au lieu de cela, les dispositions traitant des biens des entités souveraines, tant celles accordant l'immunité que celles créant des exceptions, ne concernent que les biens situés aux Etats-Unis.

La cour d'appel du deuxième circuit a reconnu cet état du droit jusque-là. Elle a admis les «nombreuses décisions citées ... à l'appui de la proposition selon laquelle les actifs extraterritoriaux d'une entité souveraine étrangère jouissent d'une immunité d'exécution absolue» (appendice, *infra*, 46a ; voir également, *ibid.*, 38a («de nombreuses décisions judiciaires laissant penser [que tel était le cas]»); *ibid.*, 2a («des décennies de *common law* préexistante en matière d'immunité souveraine»)). La cour n'a pu citer une seule décision contraire provenant des trente-cinq premières années d'existence de la FSIA. Sa décision a marqué une rupture spectaculaire par rapport à des décennies de précédents.

---

<sup>2</sup> Voir, par exemple, *Fid. Partners, Inc. v. Philippine Exp. & Foreign Loan Guar. Corp.*, 921 F. Supp. 1113, 1119 (S.D.N.Y. 1996) («[a]ux termes de la FSIA, les actifs des Etats étrangers situés ailleurs qu'aux Etats-Unis demeurent protégés par leur traditionnelle immunité d'exécution des décisions de justice rendues par les tribunaux américains»); *Raccoon Recovery, LLC v. Navoi Mining & Metallurgical Kombinat*, 244 F. Supp. 2d 1130, 1142-1143 (D. Colo. 2002); *Quaestor Invs., Inc. v. State of Chiapas*, No. CV-95-6723, 1997 WL 34618203, \*6 (C.D. Cal. 2 septembre 1997); *Philippine Exp. & Foreign Loan Guar. Corp. v. Chuidian*, 267 Cal. Rptr. 457, 476 (Ct. App. 1990); *Int'l Legal Consulting Ltd. v. Malabu Oil & Gas Ltd.*, No. 651773/11, 2012 WL 1032907, \*10-11 (N.Y. Sup. Ct., 15 mars 2012).

## **B. La décision de la cour d'appel aura des conséquences considérables pour les biens des entités souveraines**

La cour d'appel du deuxième circuit a estimé qu'en vertu de l'arrêt *NML*, les biens souverains étrangers ne se trouvant pas aux États-Unis n'étaient *pas* couverts par l'immunité d'exécution en vertu du droit américain, pas même par l'immunité applicable aux biens aux États-Unis (appendice, *infra*, 38a-42a). De ce fait, il pouvait être ordonné au dépositaire d'actifs souverains à l'étranger de les transférer ici pour exécution (*id.*, 42a-47a). La cour d'appel du deuxième circuit s'est appuyée sur la loi de l'État de New York sur la remise d'actifs et sur l'interprétation donnée de celle-ci par l'arrêt *Koehler v. Bank of Bermuda Ltd.* (12 N.Y.3d 533 (2009)). Mais la loi de l'État de New York n'a rien d'unique. La décision de la cour d'appel du deuxième circuit constitue donc une invitation adressée aux autres juridictions dans le pays en vue de procéder à la saisie d'actifs d'entités souveraines étrangères situés hors des États-Unis.

Des dizaines d'États ont adopté des lois sur la remise d'actifs similaires à celles de l'État de New York<sup>3</sup>. Dans certains cas, ces lois ont plus d'un siècle (voir, par exemple, Ill. Rev. Stat. ch. 21, §§ 36-37 (1845) ; 1856 Wis. Gen. Acts ch. 120, § 208 ; 1872-1873 W. Va. Acts ch. 218, §§ 10-11 ; 1881 Ind. Laws ch. 38, § 226). Elles ne contiennent, d'ordinaire, pas de limitation territoriale expresse quant à la localisation du bien.

Certains tribunaux ont considéré que ces lois ne s'appliquaient qu'aux biens situés dans l'État (voir, par exemple, *Sargeant v. Al-Saleh*, 137 So. 3d 432, 435 (Fla. Dist. Ct. App. 2014) (refusant d'emboîter le pas à l'arrêt *Koehler*)). D'autres ont toutefois rejeté cette limitation, considérant qu'une juridiction compétente *ratione personae* pouvait contraindre une partie à remettre un bien se trouvant hors de l'État, voire hors du pays (voir, par exemple, *Inter-Reg'l Fin. Grp. v. Hashemi*, 562 F.2d 152, 154-155 (deuxième circuit, 1977) (exigeant qu'une partie « transfère des certificats [d'actions] dans l'État du Connecticut depuis d'autres États, et même d'autres pays ») ; *Lozano v. Lozano*, 975 S.W.2d 63, 68 (Tex. App. 1998) (ordonnant la « remise de biens des appelants se trouvant au Mexique ») ; *Schaheen v. Schaheen*, 169 N.W.2d 117, 118 (Mich. Ct. App. 1969) (faisant exécuter une ordonnance de transfert de biens au Liban parce qu'un tribunal peut contraindre à procéder à une exécution sur un acte translatif de bien-fonds situé hors du ressort d'une juridiction en agissant *in personam*)<sup>4</sup>.

Il y a plus d'un siècle de cela, la cour de céans a observé qu'« [une] juridiction d'équité agissant sur la personne d'une partie défenderesse p[ouvait] contrôler l'aliénation d'un bien immobilier lui appartenant situé dans un autre ressort, et même dans un autre pays » (*Corbett v. Nutt*, 77 U.S. 464, 475 (1871) (les italiques sont de nous)) ; voir également *Fall v. Eastin*, 215 U.S. 1, 8 (1909) (« [u]ne juridiction d'équité ayant autorité pour agir sur la personne peut agir indirectement sur un bien immobilier dans un autre État »). Les tribunaux ont rendu de telles ordonnances bien avant l'adoption de la FSIA (voir, par exemple, *Hodes v. Hodes*, 155 P.2d 564, 566, 570 (Or. 1945) (ordonnant la

---

<sup>3</sup> Voir, par exemple, Ariz. Rev. Stat. § 12-1634 ; Cal. Civ. Proc. Code § 708.205 ; Conn. Gen. Stat. § 52-356b ; Idaho Code § 11-506 ; 735 Ill. Comp. Stat. 5/2-1402(c) ; Ind. Code § 34-25-3-12 ; Iowa Code § 630.6 ; Kan. Stat. § 61-3604 ; 14 Me. Stat. § 3131 ; Mich. Comp. Laws § 600.6104 ; Minn. Stat. § 575.05 ; Mont. Code § 25-14-107 ; Neb. Rev. Stat. § 25-1572 ; Nev. Rev. Stat. § 21.320 ; N.C. Gen. Stat. § 1-360.1 ; Ohio Rev. Code § 2333.21 ; 12 Okla. Stat. § 850 ; Or. Rev. Stat. § 18.268 ; R.I. Gen. Laws § 9-28-3 ; S.C. Code § 15-39-410 ; S.D. Codified Laws § 15-20-12 ; Tex. Civ. Prac. & Rem. Code § 31.002 ; Va. Code § 8.01-507 ; Wash. Rev. Code § 6.32.080 ; W. Va. Code § 38-5-15 ; Wis. Stat. § 816.08 ; Wyo. Stat. § 1-17-411.

<sup>4</sup> Voir également *Aurelio v. Camacho*, No. 2011-SCC-0023-CIV, 2012 WL 6738437, \*3 (N. Mar. I. 31 décembre 2012) (ordonnant un transfert de bien immobilier aux Philippines) ; *Reeves v. Fed. Sav. & Loan Ins. Corp.*, 732 S.W.2d 380, 381 (Tex. App. 1987) (bien immobilier au Portugal) ; *Estates of Ungar ex rel. Strachman v. Palestinian Auth.*, 715 F. Supp. 2d 253, 257-264, 269 (D.R.I. 2010) (fonds en Israël) ; *Clark v. Allen*, No. 95-2487, 1998 WL 110160, \*7 (quatrième circuit, 13 mars 1998) (« [a]ux termes de la loi de Virginie occidentale, les appelants pourraient être tenus de remettre des biens en leur possession ... se trouvant en Floride ») ; *Dalton v. Meister*, 239 N.W.2d 9, 14 (Wis. 1976) (« [l]es tribunaux du Wisconsin peuvent rendre des ordonnances *in personam* susceptibles de s'appliquer aux biens hors de l'État ») ; *Lyons Hollis Assocs. v. New Tech. Partners, Inc.*, 278 F. Supp. 2d 236, 246 (D. Conn. 2002) ; *In re Martin*, 145 B.R. 933, 948 (Bankr. N.D. Ill. 1992).

remise de certificats d'actions dans l'Etat de Washington) ; *Wilson v. Columbia Cas. Co.*, 160 N.E. 906, 908 (Ohio 1928) (fonds en Pennsylvanie) ; *Tomlinson & Webster Mfg. Co. v. Shatto*, 34 F. 380, 381 (C.C.D. Minn. 1888) (bien immobilier dans le territoire du Dakota) ; *Mitchell v. Bunch*, 2 Paige Ch. 606, 607, 615 (N.Y. Ch. 1831) (ordonnant à la partie défenderesse de remettre un bien situé en Colombie parce que «[b]ien que le bien d'une partie défenderesse soit hors de portée du tribunal, de sorte qu'il ne saurait ni être placé sous séquestre ni pris par mesure d'exécution, ledit tribunal ne devient pas incompetent à l'égard de ce bien, dès lors que la personne de la partie défenderesse se trouve dans le ressort»)).

New York étant la capitale financière du pays, la décision de la cour d'appel du deuxième circuit serait importante même si elle devait être limitée à cet Etat. Toutefois, les lois d'Etat sur la remise d'actifs sont omniprésentes, et la décision de la cour d'appel est une invitation adressée aux parties demanderesses partout dans le pays à les invoquer pour saisir des biens à l'étranger. La question présentée a donc une importance nationale.

### **C. La décision de la cour d'appel risque d'avoir de graves conséquences sur les relations internationales**

La Cour de céans a, de longue date, reconnu que «[l]a saisie judiciaire des biens d'un Etat ami peut être considérée comme un affront à sa dignité» de nature à «peser sur nos relations avec lui» (*Republic of Mexico v. Hoffman*, 324 U.S. 30, 35-36 (1945) ; voir également *Republic of Philippines v. Pimentel*, 553 U.S. 851, 866 (2008) (qui relève l'«affront qui pourrait résulter de la saisie ... d'un bien ... sur décision d'une juridiction étrangère»)). «[L]orsque la FSIA a été adoptée, la communauté internationale considérerait la prise de mesures d'exécution sur les biens d'un Etat étranger comme un affront à sa souveraineté plus grave que le simple fait de reconnaître à une juridiction la compétence requise pour connaître du fond d'une action» (*Conn. Bank of Commerce*, 309 F.3d, 255-256 ; voir également *Rubin v. Islamic Republic of Iran*, 830 F.3d 470, 480 (septième circuit, 2016), aff'd, 138 S. Ct. 816 (2018)). Pour cette raison, les exceptions à l'immunité d'exécution prévues par la FSIA sont «plus étroites» que ses exceptions à l'immunité de juridiction» (*NML*, 134 S. Ct., 2256).

Quelles que soient les frictions qui puissent naître de la soumission à restrictions des biens d'un Etat étranger *situés aux Etats-Unis*, il est incomparablement plus provocateur d'ordonner la saisie de biens d'un Etat étranger *situés hors des Etats-Unis*, et leur transfert aux Etats-Unis aux fins d'exécution. Les Etats étrangers ne manqueront pas de considérer ces décisions comme allant beaucoup trop loin (voir *Kiobel v. Royal Dutch Petrol. Co.*, 569 U.S. 108, 124 (2013) (notant le risque de «conflit diplomatique» et de «conséquences graves pour la politique étrangère» lié à l'application extraterritoriale du droit américain) ; *Morrison v. Nat'l Austl. Bank Ltd.*, 561 U.S. 247, 269 (2010) (même chose)). La cour d'appel a reconnu avec franchise qu'elle n'était «pas du tout sûre» que sa décision puisse être compatible avec le but de la FSIA de ««minimiser les frictions ... dans les relations internationales»» (appendice, *infra*, 51a-52a). Il s'agit là d'un euphémisme. La décision accroît exponentiellement le risque de dissensions internationales.

La décision de la cour d'appel permet en outre de telles ordonnances, au mépris total de la nature du bien ou de l'utilisation qui en est faite. Le Congrès a rigoureusement limité les mesures d'exécution sur les biens d'entités souveraines *situés aux Etats-Unis* en imposant une exigence d'«activité commerciale», ainsi que d'autres conditions (titre 28 du code des Etats-Unis § 1610(a), (b)). Cette limitation reflète l'opinion constante selon laquelle un bien commercial d'une entité souveraine n'a pas droit à une protection aussi forte que celle reconnue à un bien utilisé pour des fonctions souveraines traditionnelles (voir *Rubin v. Islamic Republic of Iran*, 138 S. Ct. 816, 821-822, 825 (2018)). En vertu de la décision de la juridiction précédente, néanmoins, un bien situé *hors des Etats-Unis* serait une proie légitime même s'il était utilisé pour des fonctions régaliennes de l'Etat. Le risque pour les relations extérieures est évident (voir *Colella v. Republic of Argentina*, No. C 07-80084, 2007 WL 1545204, \*1, \*6 (N.D. Cal. 29 mai 2007) (rejetant la tentative de saisie

de l'équivalent argentin de l'avion présidentiel américain dit «Air Force One» au motif que le «transport du président argentin» n'est pas une «activité commerciale»)).

Des écarts inhabituels par rapport aux principes traditionnels en matière d'immunité menacent les intérêts des Etats-Unis en encourageant d'autres pays à prendre des mesures réciproques ou des représailles (voir *Bolivarian Republic of Venezuela v. Helmerich & Payne Int'l Drilling Co.*, 137 S. Ct. 1312, 1322 (2017) (rejetant une règle qui «entraîne[rait] des frictions dans nos rapports avec [d'autres] pays et condui[rait] certains à rendre la pareille en autorisant leurs tribunaux à entraîner les Etats-Unis dans des «poursuites judiciaires difficiles et onéreuses»)). Ces préoccupations s'appliquent tout particulièrement à l'immunité d'exécution. «[L]a saisie judiciaire du bien d'un Etat étranger peut avoir des répercussions de grande ampleur pour les biens américains à l'étranger» (*Rubin*, 830 F.3d, 480 ; voir également U.S. Br. dans l'affaire *Rubin*, No. 16-534, 31 (octobre 2017) (insistant sur le fait que l'«exécution pourrait avoir de graves conséquences dans le domaine de la politique étrangère, notamment sur le traitement réservé aux propres biens des Etats-Unis à l'étranger»); 2007 Pub. Papers 1592, 1593-1594 (28 décembre 2007) (opposant un veto à une modification «susceptible d'encourager la prise de mesures réciproques contre les actifs des Etats-Unis à l'étranger»))<sup>5</sup>.

Dans le cadre de l'approche adoptée par la cour d'appel, des tribunaux *étrangers* pourraient ordonner aux dépositaires de biens de l'*Etat américain* de transférer le bien à un pays étranger pour exécution, que ce bien se trouve aux Etats-Unis ou dans un pays tiers. Les perturbations qui en résulteraient sont évidentes. «Les citoyens, les sociétés et les contribuables américains, ainsi que l'Etat américain, disposent d'investissements à l'étranger bien plus considérables que ceux de n'importe quel autre pays, et ont donc plus à perdre» en cas d'érosion des protections traditionnelles (loi fédérale sur la justice pour les victimes du terrorisme : audition concernant la proposition de loi de la Chambre des représentants n° 3485 (H.R. 3485), devant la sous-commission sur l'immigration et les réclamations de la commission judiciaire de la Chambre des représentants, 106th Cong. 54 (13 avril 2000) (déclarations conjointes des départements d'Etat, du trésor et de la défense)). Le risque est donc particulièrement important pour les intérêts des Etats-Unis.

#### **D. La décision de la cour d'appel du deuxième circuit est contraire au droit international**

La décision de la cour d'appel place également les Etats-Unis en violation du droit international. La convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens (rés. A.G. 59/38 (2 décembre 2004)), impose une limitation territoriale expresse en matière de saisie-exécution contre des biens souverains : à défaut de consentement, une mesure d'exécution n'est permise que si «les biens sont spécifiquement utilisés ou destinés à être utilisés par l'Etat autrement qu'à des fins de service public non commerciales *et sont situés sur le territoire de l'Etat du for*» (*ibid.*, art. 19(c) (les italiques sont de nous)). La cour de céans s'est tournée vers cette convention pour les «principes de base du droit international» (*Helmerich*, 137 S. Ct., 1320). La limitation territoriale de la convention reflète le droit établi<sup>6</sup>.

---

<sup>5</sup> En effet, «certains Etats étrangers fondent leurs décisions en matière d'immunité souveraine sur la réciprocité» (*Persinger v. Islamic Republic of Iran*, 729 F.2d 835, 841 (circuit du district de Columbia, 1984)). Le refus d'immunité risque donc de compromettre les intérêts des Etats-Unis même en l'absence de mesures de représailles spécifiques.

<sup>6</sup> Voir, par exemple, Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante-troisième session, doc. ONU A/46/10 (1991), réimprimé dans le volume 2 de l'*Annuaire de la Commission du droit international* [1991] 1, 12, doc. ONU A/CN.4/SER.A/1991/Add.1 (partie 2) (une exécution doit être «engagée devant un tribunal de l'Etat sur le territoire duquel les biens sont situés»); Institut de droit international, *Contemporary Problems Concerning the Immunity of States in Relation to Questions of Jurisdiction and Enforcement* art. 4(3)(b) (1991) (limitant l'exécution aux «biens de l'Etat dans le territoire de l'Etat du for»); voir convention de Genève sur la haute mer, article 23, paragraphe 2), 29 avril 1958, 13 U.S.T. 2312 (interdisant les saisies maritimes lorsqu'un navire «entre dans la mer territoriale du pays auquel il appartient ou dans celle d'une tierce puissance»).

Les violations de ces principes pourraient avoir de graves conséquences. Le traité d'amitié entre les Etats-Unis et l'Iran, par exemple, requiert que les biens d'entités iraniennes bénéficient d'une protection qui ne soit «inférieur[e] en aucun cas aux normes fixées par le droit international» (traité d'amitié, de commerce et de droits consulaires de 1955 entre les Etats-Unis d'Amérique et l'Iran, article IV, paragraphe 2, signé à Téhéran le 15 août 1955, 8 U.S.T. 899, 903 ; voir également *ibid.*, article IV, paragraphe 1, 8 U.S.T. 903 (exigeant un «traitement juste et équitable» et interdisant les «mesure[s] ... arbitraire[s]»). Des dispositions similaires figurent dans les traités de commerce conclus par les Etats-Unis avec de nombreux pays (voir Herman Walker, Jr., «Provisions on Companies in United States Commercial Treaties», 50 *Am. J. Int'l L.* 373, 386 (1956)).

Le fait de refuser l'immunité requise par le droit international viole ces protections et expose les Etats-Unis à des demandes de réparation devant les juridictions internationales. Dans le traité avec l'Iran, par exemple, les Etats-Unis se sont engagés à régler les différends devant la Cour internationale de Justice (traité d'amitié, article XXI, paragraphe 2, 8 U.S.T., 913). Les Etats-Unis sont déjà parties à une procédure en réparation devant la CIJ pour, entre autres, la loi dont la cour de céans a reconnu le bien-fondé dans son arrêt *Bank Markazi v. Peterson* (136 S. Ct. 1310 (2016)) (voir *Certains actifs iraniens (République islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique)* (requête introductive d'instance C.I.J. du 14 juin 2016)).

Le département d'Etat a cité ces procédures en invitant à la prudence. «La quasi-totalité des biens iraniens bloqués ayant fait l'objet de saisies, relève-t-il, ont donné lieu à des demandes visant l'Etat fédéral américain ayant conduit à la saisine de la Cour de La Haye (affaire Iran-Etats-Unis), à laquelle nous devons rendre compte» (les prestations destinées aux victimes du terrorisme international : audition de la commission des affaires étrangères du Sénat, S. Hr'g No. 108- 214, 8 (17 juillet 2003)). «Et lorsque le moment viendra, pour l'Etat fédéral américain, d'exiger de l'Iran et d'autres Etats qu'ils lui remboursent les montants payés en leur nom, celui-ci sera indubitablement confronté à des demandes en compensation pour couvrir le montant des jugements rendus contre les Etats-Unis par d'autres juridictions nationales» (*ibid.*).

## **E. La décision de la cour d'appel est contraire à celle du pouvoir exécutif**

Enfin, la décision de la cour d'appel du deuxième circuit va à l'encontre du point de vue de l'exécutif. La position des Etats-Unis est claire : les actifs qui se trouvent hors des Etats-Unis sont couverts par l'immunité. «La FSIA prévoit que seuls les biens d'Etats étrangers situés «aux Etats-Unis» ... peuvent être assujettis à des mesures d'exécution» (U.S. Br. dans l'affaire *NML*, No. 12-842, 24 (mars 2014)). «La FSIA n'autorise donc pas les tribunaux américains à ordonner des procédures d'exécution sur des biens souverains situés hors des Etats-Unis» (*ibid.*, 24-25).

La décision de la cour d'appel est donc contraire aux vues de l'exécutif, qui est la branche de l'Etat responsable au premier chef des relations extérieures du pays. La cour de céans accepte régulièrement d'examiner les décisions qui menacent la capacité de l'exécutif à conduire sa politique étrangère, même en l'absence de conflit manifeste entre cours de circuit (voir, par exemple, *Republic of Iraq v. Beaty*, 555 U.S. 1092 (2009) (acceptant d'examiner une décision d'immunité souveraine bien qu'ayant reconnu qu'«[i]l n'exist[ait] pas de conflit entre cours de circuit» (U.S. Br. dans l'affaire No. 07-1090, 17, note 1 (décembre 2008)))<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> Il existe abondance d'autres exemples (voir, par exemple, *Zivotofsky ex rel. Zivotofsky v. Kerry*, 135 S. Ct. 2076, 2081 (2015) («[question] difficile et complexe dans le domaine des relations internationales»); *Holder v. Humanitarian Law Project*, 561 U.S. 1, 33-34 (2010) («des intérêts sensibles et de poids dans le domaine de la sécurité nationale et des affaires étrangères» ayant entraîné des «préoccupations considérables en matière de politique extérieure»); *Kiyemba v. Obama*, 559 U.S. 131 (2010) (détenus de Guantánamo); *Sosa v. Alvarez-Machain*, 542 U.S. 692 (2004) (*Alien Tort Statute*); *Société Nationale Industrielle Aerospatiale v. U.S. Dist. Court*, 482 U.S. 522, 528 (1987) (courtoisie internationale)).

Au minimum, compte tenu des importantes répercussions en matière de relations internationales et des précédentes conclusions des Etats-Unis, il conviendrait que la Cour invite l'avocat de l'Etat fédéral à présenter le point de vue des Etats-Unis, ainsi qu'elle l'a fait dans des affaires similaires (voir, par exemple, *Rubin v. Islamic Republic of Iran*, 137 S. Ct. 708 (2017) ; *Bank Markazi v. Peterson*, 135 S. Ct. 1753 (2015) ; *Rubin v. Islamic Republic of Iran*, 132 S. Ct. 1619 (2012) ; *Bank Melli Iran N.Y. Representative Office v. Weinstein*, 131 S. Ct. 3012 (2011); *Ministry of Def. & Support for the Armed Forces of the Islamic Republic of Iran v. Elahi*, 552 U.S. 1176 (2008)).

## II. La décision de la cour d'appel est erronée

La décision de la cour d'appel du deuxième circuit produit un régime légal incohérent que le Congrès ne pouvait plausiblement avoir souhaité. Ces questions, qui n'ont pas été explorées en détail dans l'arrêt *NML*, méritent un examen approfondi en l'espèce.

### A. La décision de la cour d'appel produit un régime d'immunité incohérent qui bafoue la structure et l'historique de la FSIA

1. La décision de la cour d'appel du deuxième circuit crée un régime d'immunité irrationnel. La FSIA limite strictement les procédures d'exécution sur les biens souverains *aux Etats-Unis* en exigeant à la fois une activité commerciale ainsi que le respect d'une des conditions prévues (titre 28 du code des Etats-Unis § 1610(a), (b)). Cependant, en vertu de la décision de la cour d'appel, la loi ne laisse subsister *aucune immunité d'exécution* sur un bien *situé hors* des Etats-Unis, ce qui n'a pas de sens. Les procédures d'exécution sur des actifs à l'étranger soulèvent des préoccupations bien plus graves en matière de relations internationales et rendent l'implication des juridictions américaines bien plus difficile à justifier. Il n'existe pas de raison objective pour laquelle le Congrès imposerait des limites rigoureuses à la saisie d'actifs sur le territoire national, tout en déclarant ouverte la chasse aux actifs ailleurs dans le monde. La décision de la cour d'appel produit donc un «résultat ... absurde que le Congrès ne peut avoir voulu», ce que la cour de céans s'efforce d'éviter (*Clinton v. City of New York*, 524 U.S. 417, 429 (1998)).

De surcroît, la décision détache complètement l'immunité d'exécution des principes que le Congrès a cherché à promulguer. Celui-ci a adopté la FSIA pour inscrire dans le code la théorie restrictive de l'immunité. La loi dispose ce qui suit :

«[e]n droit international, les Etats n'échappent pas à la juridiction des tribunaux étrangers en ce qui concerne leurs activités commerciales, et leurs biens commerciaux peuvent être saisis pour garantir l'exécution de jugements rendus contre eux relativement à ces activités commerciales» (titre 28 du code des Etats-Unis § 1602).

Le Congrès a codifié les règles en matière d'immunité de juridiction conformément à cette théorie (*ibid.*, §§ 1604-1605). Et il a «partiellement abaiss[é]» l'immunité d'exécution absolue qui s'appliquait auparavant aux tribunaux américains «pour rendre cette immunité plus conforme aux dispositions en matière d'immunité de juridiction» (H.R. Rep. No. 94-1487, 27 ; voir 28 U.S.C. §§ 1610-1611).

En vertu de la décision de la cour d'appel du deuxième circuit, néanmoins, les biens situés hors des Etats-Unis peuvent être saisis, indépendamment de leur caractère commercial. Loin de rendre les règles en matière d'exécution «plus conforme[s] aux dispositions en matière d'immunité de juridiction», cette approche les abroge complètement. Dans l'arrêt *Rubin*, la cour de céans a refusé d'interpréter une autre disposition pour autoriser une procédure d'exécution sur un bien non commercial, en invoquant la «pratique historique [du Congrès] consistant à annuler l'immunité de

saisie et d'exécution principalement dans le contexte des actes commerciaux d'un Etat étranger» (138 S. Ct., 825). La décision de la cour d'appel fait précisément le contraire.

En outre, en autorisant une procédure d'exécution sur un bien sans lien avec les Etats-Unis, la décision inverse le rapport ordinaire entre la juridiction et l'exécution. Traditionnellement, les exceptions à l'exécution dans le domaine de l'immunité souveraine sont plus «étroites» que les exceptions en matière de juridiction (*NML*, 134 S. Ct., 2256). L'exception pour activité commerciale à l'immunité de juridiction prévue par la loi précise soigneusement le lien requis avec les Etats-Unis (voir titre 28 du code des Etats-Unis § 1605(a)(2) (autorisant les actions «fondée[s] sur une activité commerciale exercée aux Etats-Unis», «un acte accompli aux Etats-Unis en liaison avec une activité commerciale» dans un autre pays, ou encore un acte lié à une activité commerciale ayant un «effet direct aux Etats-Unis»)). *A contrario*, la décision de la juridiction précédente autorise une procédure d'exécution sur des biens sans lien d'aucune sorte avec les Etats-Unis, et va bien au-delà de l'exception de juridiction. Elle renverse complètement la structure juridique.

2. Rien dans la FSIA ne va dans le sens de ces résultats. Il est exact, ainsi que l'a observé la cour de céans dans l'arrêt *NML*, que l'article 1609 fait référence à l'immunité des «biens aux Etats-Unis» (134 S. Ct., 2257) (citant le titre 28 du code des Etats-Unis § 1609) (les italiques ont été omises). Mais il est également vrai que les *exceptions* à l'immunité prévues à l'article 1610 ne s'appliquent qu'aux «biens aux Etats-Unis» (titre 28 du code des Etats-Unis § 1610(a), (b)). La conséquence la plus raisonnable à tirer du fait que le texte soit centré sur le territoire national n'est pas que le Congrès avait l'intention de déclarer ouverte la chasse aux actifs souverains à l'étranger. De fait, le Congrès n'a légiféré que sur les actifs se trouvant sur le territoire national, laissant intactes les règles existantes applicables aux actifs étrangers.

«Le Congrès légifère généralement en ayant à l'esprit les préoccupations touchant à la situation intérieure du pays» (*RJR Nabisco, Inc. v. European Cmty.*, 136 S. Ct. 2090, 2100 (2016)). C'est précisément ce qu'il a fait ici. Il a créé un régime légal d'immunité pour les biens aux Etats-Unis. Il a réaffirmé la présomption d'immunité applicable aux «biens [souverains] aux Etats-Unis» (titre 28 du code des Etats-Unis § 1609). Et il a créé des exceptions pour certains «biens aux Etats-Unis» (*ibid.*, § 1610(a), (b)). En se concentrant sur le territoire national, le Congrès n'avait pas pour objectif de laisser le champ libre pour faire main basse sur les biens situés *hors* des Etats-Unis, mais de délimiter les contours de la question dont il entendait se saisir.

C'est précisément ainsi que la cour de céans a interprété la FSIA au moment d'examiner la question de l'immunité des *fonctionnaires* étrangers dans l'affaire *Samantar v. Yousuf* (560 U.S. 305 (2010)). La FSIA reconnaît l'immunité aux ««établissement[s] ou ... organisme[s] d'un Etat étranger»» mais ne fait pas mention des fonctionnaires (*ibid.*, 313-319 (citant le titre 28 du code des Etats-Unis § 1603(a)). Concluant que «rien dans l'origine ou les objectifs de la [FSIA] n'indique que le Congrès ... voulait inscrire dans le code le droit de l'immunité des fonctionnaires étrangers», la Cour a estimé que les demandes visant des fonctionnaires étrangers demeuraient «régies par la *common law*» antérieure à la FSIA (*ibid.*, 325). Tel est également le cas en l'espèce. Les biens extraterritoriaux échappent au périmètre des questions régies par la FSIA. Ils sont donc toujours couverts par l'immunité absolue qui s'appliquait à eux avant l'adoption de la loi<sup>8</sup>.

---

<sup>8</sup> L'interprétation de la mention, à l'article 1609, des «biens aux Etats-Unis» comme créant une zone privée d'immunité hors du territoire américain rendrait également superflues d'autres dispositions de la FSIA. Si les biens situés hors des Etats-Unis avaient été totalement privés d'immunité, le Congrès n'aurait pas eu la moindre raison de limiter les *exceptions* de l'article 1610 aux «biens aux Etats-Unis» (titre 28 du code des Etats-Unis § 1610(a), (b)). La loi aurait le même effet sans cette disposition. «[L]un des canons d'interprétation les plus fondamentaux [est] qu'[une] loi doit être interprétée de manière à donner effet à l'ensemble de ses dispositions, pour qu'aucune partie de celle-ci ne soit inopérante ou superflue, nulle ou négligeable» (*Rubin*, 138 S. Ct., 824).

3. Si la FSIA était destinée à rendre les actifs extraterritoriaux saisissables en exécution, sans restriction quant au type de bien susceptible d'être saisi, il existerait des éléments indiquant qu'il s'agissait là du résultat souhaité par le Congrès. Or, il n'y en a pas. L'historique de la FSIA dément cette hypothèse.

La description de l'article 1609 contenue dans le rapport de la Chambre des représentants ne fait même pas mention de la formule «aux Etats-Unis». Il explique simplement que l'«article 1609 énonce une proposition générale selon laquelle le bien d'un Etat étranger, tel que défini à l'article 1603, paragraphe a), bénéficie de l'immunité de saisie et d'exécution, et [que] des exceptions à cette proposition sont aménagées aux articles 1610 et 1611» (H.R. Rep. No. 94-1487, 26 ; voir également, S. Rep. No. 94-1310, 26 (1976) (le rapport du Sénat a recours à des formulations identiques)). Si l'intention du Congrès avait été que l'expression «aux Etats-Unis» opère une transformation fondamentale en levant l'immunité dont bénéficiaient les actifs à l'étranger, les travaux préparatoires de la loi l'indiqueraient<sup>9</sup>.

Enfin, ainsi qu'expliqué ci-dessus, refuser l'immunité aux biens souverains à l'étranger contrevient au droit international (voir p. 21-23, *supra*. «[u]ne loi du Congrès ne devrait jamais être interprétée en violation du droit international dès lors qu'une autre interprétation demeure possible» (*Murray v. Schooner Charming Betsy*, 6 U.S. (2 Cranch) 64, 118 (1804))). Il s'agit là également d'une raison convaincante de rejeter l'interprétation.

## **B. La décision de la cour de céans dans l'affaire *NML* confirme la nécessité d'un contrôle de l'arrêt d'appel**

La décision de la cour d'appel du deuxième circuit reposait dans sa quasi-totalité sur les termes de l'arrêt de la cour de céans dans l'affaire *NML* (appendice, *infra*, 1a, 38a-55a). Or, dans l'affaire *NML*, la question en l'espèce n'avait pas été présentée directement, ni traitée de manière adéquate dans les conclusions ; l'analyse n'était pas nécessaire à la décision de la Cour ; et la question n'a pas reçu l'attention qu'elle méritait.

L'affaire *NML* concernait l'immunité de procédure de communication préalable de documents, et non l'immunité d'exécution. La question présentée était celle de savoir si la partie demanderesse pouvait obtenir une procédure de communication préalable de documents portant sur les actifs étrangers de la République argentine — et non si elle pouvait, en dernier ressort, tenter une procédure d'exécution sur ceux-ci devant un tribunal américain (134 S. Ct., 2254). Bien que l'opinion de la cour comporte un paragraphe portant sur l'immunité d'exécution (*ibid.*, 2257), cette question n'a tout simplement pas été présentée en l'espèce. Elle a à peine été évoquée dans les mémoires des parties.

La cour de céans n'a même pas eu à se pencher sur la question de l'immunité d'exécution pour parvenir à une décision. Une procédure de communication préalable de documents portant sur des actifs étrangers peut être adéquate même si une partie demanderesse doit, pour obtenir des mesures d'exécution sur ceux-ci, tenter une procédure dans le pays dans lequel se trouvent les actifs. Ainsi, si la cour a invoqué la portée de l'immunité d'exécution, la décision repose également sur une logique

---

<sup>9</sup> Lors de l'audition, la loi a été décrite, dans un témoignage, comme soumettant à exécution «certains biens d'Etats étrangers *situés sur le territoire*» (compétence des tribunaux américains dans les procès contre les Etats étrangers : auditions de la sous-commission du droit administratif et des relations gouvernementales de la commission judiciaire de Chambre des représentants consacrées à la proposition de la Chambre des représentants n° 11315 (H.R. 11315), 94th Cong. 98 (2 juin 1976) (les «auditions de la Chambre des représentants de 1976») (Michael M. Cohen, *Maritime Law Ass'n*) (les italiques sont de nous)). Dans d'autres passages, il est fait état de préoccupations concernant les tentatives d'entités souveraines pour se dérober aux mesures d'exécution en transférant des actifs hors du territoire national — des préoccupations qui n'auraient guère de sens si les actifs hors des Etats-Unis étaient privés d'immunité (voir H.R. Rep. No. 94-1487, 30 (indiquant que les tribunaux peuvent se demander si un «Etat étranger est sur le point de transférer les actifs hors du pays» pour décider quel préavis il convient de donner en vertu de l'article 1610, paragraphe c)) ; auditions de la Chambre des représentants de 1976, 76 (N.Y.C. Bar Ass'n) ; *ibid.*, 81 (Cecil Olmstead, *Rule of Law Comm.*)).

distincte : «[l]a raison de ces assignations à produire, a noté la Cour, est que NML *ne sait pas encore* de quels biens dispose l'Argentine et où ils se trouvent, pour ne rien dire de la possibilité de prendre des mesures d'exécution les visant en vertu du droit du pays ou territoire pertinent» (134 S. Ct., 2257). La partie demanderesse était en droit de «demander des informations sur les actifs mondiaux de l'Argentine en général, afin d'être en mesure de déterminer où l'Argentine pouvait détenir des biens *susceptibles* d'exécution» (*ibid.*, 2258).

L'analyse de la question de l'immunité d'exécution dans l'arrêt *NML* comporte, en outre, une appréciation erronée d'un fait essentiel. La cour de céans a présumé qu'il n'existait pas d'affaires antérieures à la FSIA reconnaissant l'immunité d'exécution applicable aux actifs extraterritoriaux parce que la question était purement théorique : «[a]vant toute chose, nos tribunaux n'ont généralement pas l'autorité requise pour mettre en œuvre des mesures d'exécution sur des biens situés dans d'autres pays, alors comment la question aurait-elle pu se poser ?» (134 S. Ct., 2257.) C'est sur cette base que la Cour a indiqué qu'il n'existait pas d'immunité de *common law* applicable à ces actifs (voir *ibid.*). Mais les parties demanderesses ont fréquemment cherché à obtenir des actifs extraterritoriaux au moyen d'ordonnances en remise d'actifs *in personam* visant les dépositaires desdits actifs, et les tribunaux ont rendu de telles ordonnances des décennies avant que le Congrès n'adopte la FSIA (voir p. 16-18, *supra*). Si cet historique avait été porté à l'attention de la cour dans l'affaire *NML*, celle-ci aurait fort bien pu en conclure que l'explication la plus convaincante de l'absence de précédent antérieur à l'adoption de la FSIA en matière de saisie d'actifs souverains extraterritoriaux était que chacun comprenait que ces actifs bénéficiaient de l'immunité, au même titre que ceux se trouvant aux Etats-Unis.

La cour de céans n'est pas liée par des déclarations antérieures concernant une question qui n'était pas en cause dans l'affaire et n'a pas fait l'objet de conclusions complètes, et dont l'examen n'était pas nécessaire à la décision (voir *Kirtsaeng v. John Wiley & Sons, Inc.*, 568 U.S. 519, 548 (2013) (affaire dans laquelle la cour a refusé de se conformer aux termes d'une décision précédente dès lors que «[c]es formulations ... n'étaient pas en cause en [l'instance]» et que «la question dont [elle était] saisie n'avait pas été complètement plaidée»); *Cent. Va. Cmty. Coll. v. Katz*, 546 U.S. 356, 363 (2006) (même position, «la question alors en cause [n'ayant] pas été pleinement débattue» et «[u]ne étude et un examen approfondis nous ayant convaincus ... du caractère erroné d[e] l'hypothèse»)). La question mérite une attention poussée dans une affaire la présentant effectivement.

### III. Cette affaire convient à un examen par la cour de céans

Cette affaire présente clairement la question. Les juridictions du premier et du deuxième degré ont toutes deux rendu des opinions approfondies concluant que les actifs en cause se trouvaient au Luxembourg (appendice, *infra*, 32a-38a, 69a-70a). Et la plus haute juridiction de l'Etat de New York a considéré, par une décision faisant autorité, que la loi de l'Etat sur la remise d'actifs permettait de saisir des actifs à l'étranger (voir *Koehler*, 12 N.Y.3d, 540). Cette affaire diffère donc d'autres dans lesquelles il existe des doutes quant à la localisation des actifs ou au contenu de la loi de l'Etat (voir, par exemple, *Peterson*, 627 F.3d, 1131-1132 (différend portant sur la localisation d'un bien incorporel)).

Il n'y a pas lieu d'attendre que des cours d'appel rendent d'autres décisions. Quel que soit le bien-fondé des déclarations contenues dans l'arrêt *NML* concernant l'immunité d'exécution extraterritoriale, celles-ci sont suffisamment claires (134 S. Ct., 2257). Bien qu'elles ne lient pas la cour de céans, il est fort peu probable que les juridictions inférieures se sentent libres de se déclarer en désaccord (voir, par exemple, *Utah Republican Party v. Cox*, 885 F.3d 1219, 1231 (dixième circuit, 2018) (les tribunaux du premier et du deuxième degré sont ««liés par les *dicta* de la Cour suprême presque aussi fermement que par ses conclusions à part entière»)). Ainsi que l'a observé le deuxième circuit, «c'est à la Cour suprême ... qu'il appartient de résoudre ce problème» (appendice, *infra*, 52a).

La nature de la question plaide en faveur d'un examen immédiat. Un déni d'immunité souveraine est, comme dans le cas d'autres immunités, «effectivement impossible à examiner sur recours attaquant une décision de justice devenue définitive» car l'immunité comporte «un droit à ne pas être contraint à participer à un contentieux» (*Mitchell v. Forsyth*, 472 U.S. 511, 527 (1985) ; voir également *Rubin v. Islamic Republic of Iran*, 637 F.3d 783, 790 (septième circuit, 2011) (refus d'immunité d'exécution susceptible d'un recours immédiat car «[l]a FSIA protège les entités souveraines étrangères des empiètements judiciaires sur leur immunité dans ses divers aspects»)). Un retard supplémentaire ne fait qu'exacerber l'empiètement sur l'immunité.

Indépendamment du fait que le tribunal fédéral de district distribue ou non les actifs aux parties demanderesse, une ordonnance prescrivant que des biens de la banque Markazi d'une valeur de 1,68 milliard de dollars soient transférés du Luxembourg aux Etats-Unis, et qu'ils y soient conservés des années durant, pendant que les parties poursuivent le contentieux qui les oppose, constitue un empiètement grave sur l'immunité (voir *Stephens v. Nat'l Distillers & Chem. Corp.*, 69 F.3d 1226, 1229-1230 (deuxième circuit, 1995) (interdisant une ordonnance imposant à une entité souveraine de constituer une garantie car elle «contrain[drait] [l']entité souveraine étrangère ... à placer certains de [ses] actifs entre les mains des tribunaux des Etats-Unis pour une durée indéterminée»)). Le transfert d'actifs aux Etats-Unis risque également d'altérer significativement l'analyse de l'immunité<sup>10</sup>. Pour ces motifs également, cette affaire mérite d'être maintenant examinée.

#### CONCLUSION

Plaise à la Cour faire droit à la requête pour que soit rendue une ordonnance de *certiorari*.

Respectueusement.

---

<sup>10</sup> La loi de 2002 sur l'assurance contre le risque associé au terrorisme prévoit que les «actifs bloqués» sont susceptibles de faire l'objet de mesures d'exécution (titre 28 du code des Etats-Unis § 1610 note § 201(a)). En vertu du décret présidentiel n° 13599 (77 Fed. Reg. 6659) (5 février 2012), « [t]ous les biens et droits afférents de l'Etat iranien, y compris ceux de la banque centrale iranienne, se trouvant actuellement *ou à l'avenir* sur le territoire des Etats-Unis ... sont bloqués» (*ibid.*, § 1(a), 77 Fed. Reg., 6659 (les italiques sont de nous)). Ainsi les parties demanderesse peuvent-elles soutenir qu'un transfert des actifs aux Etats-Unis permet de contourner l'immunité prévue par la TRIA.

ANNEXE 119

**PETERSON V. BANK MARKAZI («PETERSON II»),  
2015 US DIST. LEXIS 20640 (SDNY 20 FÉVRIER 2015)**

[Traduction]

**TRIBUNAL FÉDÉRAL DU DISTRICT SUD DE L'ÉTAT DE NEW YORK,  
19 FÉVRIER 2015 (DÉCISION) ; 20 FÉVRIER 2015 (DÉPÔT)  
13-CV-9195 (KBF)**

**Recueil**

2015 U.S. Dist. LEXIS 20640\* ; 2015 WL 731221

*Deborah D. Peterson et al., parties demandereses,*

*c.*

*République islamique d'Iran ; Banque Markazi, également appelée Banque centrale d'Iran ;  
Banca UBAE SpA ; Clearstream Banking, S.A. ; et JP Morgan Chase Bank, N.A.,  
parties défenderesses.*

**Historique ultérieur :**

Requête accueillie par, partiellement, requête rejetée par, partiellement, jugement rendu par, traitement des dépens à *Peterson v. Islamic Republic of Iran*, 2015 U.S. Dist. LEXIS 73917 (district sud de l'Etat de New York, 3 juin 2015).

Décision rendue en appel par, renvoi par *Peterson v. Islamic Republic of Iran*, 876 F.3d 63, 2017 U.S. App. LEXIS 23456 (deuxième circuit, 21 novembre 2017).

Décision rendue en appel par, renvoi par *Olson v. UBAE, S.p.A.*, 703 Fed. Appx. 46, 2017 U.S. App. LEXIS 23445 (deuxième circuit, New York, 21 novembre 2017).

**Historique antérieur :**

*Peterson v. Islamic Republic of Iran*, 2013 U.S. Dist. LEXIS 40470 (district sud de l'Etat de New York, 13 mars 2013).

**Avocats :**

[\*1] pour Deborah D. Peterson, représentante successorale de la succession de James C. Knipple, demanderesse : James Patrick Bonner, Patrick Louis Rocco, Susan M. Davies, Stone Bonner & Rocco LLP, New York, NY ; Liviu Vogel, Mark Nathan Antar, Salon Marrow Dyckman Newman BroudyLLP, New York, NY.

Pour la banque Markazi, également appelée banque centrale d'Iran, défenderesse : Bension Daniel De Funis, Donald F. Luke, Eli Joshua Kirschner, Jaffe & Asher LLP, New York, NY.

Pour Banca UBAE SpA, défenderesse : John J. Zefutie, JR., Thompson Hine LLP (NYC), New York, NY ; Ugo Alfredo Colella, PRO HAC VICE, Thompson Hine LLP(DC), Washington, DC.

Pour Clearstream Banking, S.A., défenderesse : Gerald Michael Moody, Jennifer Gillian Newstead, Jonathan David Martin, Karen E Wagner, AVOCATS PRINCIPAUX, Benjamin S. Kaminetzky, Davis Polk & Wardwell L.L.P., New York, NY.

Pour JP Morgan Chase, NA, tiers saisi : Gregory Phillip Feit, Steven B. Feigenbaum, Levi Lubarsky & Feigenbaum LLP, New York, NY.

**Juge(s) :**

Katherine B. FORREST, juge fédérale de district.

**Opinion de :**

Katherine B. FORREST

**OPINION**

**OPINION ET ORDONNANCE**

Katherine B. FORREST, juge fédérale de district :

Le 30 décembre 2013, les parties demanderesse, créancières judiciaires de la République islamique d'Iran (l'«Iran») et du ministère iranien du renseignement et [\*2] de la sécurité (le «MIS»), ont intenté la présente action contre l'Iran, la banque Markazi (également appelée banque centrale d'Iran (la «banque Markazi» ou «Markazi»)), Banca UBAE S.p.A. («UBAE»), Clearstream Banking, S.A. («Clearstream»), et JP Morgan Chase Bank, N.A. («JPM») (n° de dossier judiciaire électronique ECF 1)<sup>1</sup>. Deborah Peterson, qui est la première demanderesse figurant sur la liste, n'est que l'une des nombreuses parties demanderesse victimes, ou membres de la famille d'une victime, de l'attentat à la bombe de 1983 contre le casernement des fusiliers marins américains à Beyrouth, au Liban<sup>2</sup>. Chaque groupe de parties demanderesse a obtenu un jugement condamnant l'Iran et le MIS en la qualité de soutiens à l'attentat à la bombe de Beyrouth pour des montants allant de plus de 800 millions de dollars à plus de 2 milliards de dollars. Chacun des jugements a été dûment enregistré dans cette circonscription judiciaire (voir demande modifiée, §§ 39-43).

Les parties demanderesse présentent les demandes suivantes dans la demande modifiée :

- premier chef : contre la banque Markazi pour que soit rendu un jugement déclaratoire ;
- deuxième et troisième chefs : contre toutes les parties défenderesse, à l'exception de JPM, pour annulation de transferts frauduleux ;
- quatrième, cinquième et sixième chefs : contre toutes les parties défenderesse pour remise d'actifs ; [\*3]

---

<sup>1</sup> Les parties demanderesse ont déposé une demande modifiée, datée du 25 avril 2014, le 24 juillet 2014 (n° ECF : 104) (la «demande modifiée»).

<sup>2</sup> La liste complète des parties demanderesse figure en annexe A à la demande modifiée.

- septième chef : contre Clearstream et la banque Markazi pour annulation de transferts frauduleux ; et
- huitième chef : contre toutes les parties défenderesses pour des mesures de réparation équitables.

Les parties demanderesses allèguent que Clearstream est en possession d'actifs dont la valeur a été appréciée à plus de 1,6 milliard de dollars, représentant des produits d'obligations dont la banque Markazi est la bénéficiaire effective (voir demande modifiée, § 3 ; déclaration de Liviu Vogel du 11 juillet 2014 (la «déclaration de Vogel»), § 3). Selon les parties demanderesses, JPM à New York a reçu les produits d'obligations sur l'un de ses comptes, et ces produits demeurent légalement déposés auprès de JPM, et font ainsi l'objet de la demande de remise d'actifs. La défenderesse JPM soutient n'avoir jamais su que des produits crédités par elle sur un compte Clearstream étaient liés à la banque Markazi et, qu'en tout état de cause, les fonds ne sont plus là depuis longtemps, et que JPM n'a aucun rôle dans ce différend. Clearstream affirme que les parties demanderesses ont déjà réglé avec elle toutes les demandes qu'elles pouvaient faire valoir concernant ces fonds et le compte sur lequel ils étaient crédités et, qu'en tout état de cause, elle ne conserve aucuns des fonds que JPM avait autrefois portés à son crédit à New York — puisque tous les fonds ont été transférés et que toutes les transactions de clients se rapportant aux produits figurent dans les livres de Clearstream au Luxembourg. [\*4] La banque Markazi allègue que son compte est auprès d'UBAE, hors des Etats-Unis, et que le tribunal n'est donc pas compétent à l'égard de la banque Markazi en vertu de la loi de 1976 sur l'immunité des Etats étrangers [*Foreign Sovereign Immunities Act*] (la «FSIA»). Enfin, UBAE soutient avoir, elle aussi, conclu précédemment un accord emportant renonciation aux présentes demandes, et que si elle dispose bien d'un compte auprès de Clearstream au profit de la banque Markazi, celui-ci est au Luxembourg, et que le tribunal n'est pas compétent *ratione personae* à l'égard d'UBAE dans cette circonscription judiciaire.

Le tribunal est saisi de requêtes aux fins de rejet de l'action présentées par chacune des parties défenderesses. Si les parties invoquent de nombreux arguments, la question est, en réalité, peu complexe : les parties demanderesses ont renoncé aux présentes demandes visant Clearstream et UBAE, il ne reste rien sur le compte de Clearstream auprès de JPM que cette dernière pourrait «remettre», et le tribunal n'est pas compétent *ratione materiae* à l'égard de la banque Markazi concernant les actifs situés à l'étranger. En conséquence, comme indiqué ci-après, il est FAIT DROIT aux requêtes des parties défenderesses.

## I. Contexte factuel

Les parties demanderesses ont obtenu, en vertu de jugements condamnant l'Iran et le MIS, des dommages et intérêts d'un montant considérable, restés impayés. Elles ont cherché à obtenir le paiement des montants qui leur ont été alloués par ces jugements devant ce tribunal et d'autres juridictions, dans divers pays et territoires, depuis qu'elles ont eu gain de cause. [\*5] La présente action s'inscrit dans le cadre de ces efforts de recouvrement.

En juin 2008, le bureau de contrôle des actifs étrangers [Office of Foreign Assets Control] (l'«OFAC») du département du trésor des Etats-Unis a répondu à une assignation signifiée en liaison avec les efforts des parties demanderesses pour faire exécuter les jugements condamnant l'Iran obtenus par elles (demande modifiée, § 46). La réponse de l'OFAC indiquait qu'un «client du Gouvernement iranien» détenait une participation dans des obligations dont la valeur nominale était de 2 003 000 000 dollars (*ibid.*). Désignées dans ce litige par l'expression «actifs originaux», les obligations en faisant l'objet étaient détenues dans les livres et registres de Clearstream, et conservées

sur un compte de sous-dépositaire auprès de Citibank<sup>3</sup> (voir *ibid.*). Les informations ultérieures fournies par l'OFAC en avril 2010 indiquaient que les obligations en question «appartenaient apparemment à la banque centrale d'Iran» (*ibid.*, § 47). Les parties demanderesse ont demandé et obtenu la remise des actifs originaux (correspondant à environ 1,75 milliard de dollars) par un jugement rendu par ce tribunal en date du 9 juillet 2013 et confirmé par la cour d'appel du deuxième circuit le 9 juillet 2014.

Le présent procès a spécifiquement trait aux actifs additionnels dont les parties demanderesse allèguent qu'ils sont également présents à New York et qui sont désignés dans les présentes sous le terme d'«actifs restants». Les parties demanderesse allèguent que le montant des actifs restants excède 1,6 milliard de dollars en produits attribuables aux obligations (les «obligations restantes») que la banque Markazi conservait auprès de Clearstream et que cette dernière avait, à son tour, déposé en qualité de sous-dépositaire auprès de JPM à New York (voir demande modifiée, § 3).

Les parties ne contestent pas l'existence des actifs restants, ni que leur montant soit proche de celui allégué, ni que la banque Markazi soit la banque centrale d'Iran, et qu'elle ait également été la bénéficiaire effective des obligations restantes, et qu'elle soit, à ce jour, la bénéficiaire effective des actifs restants. Enfin, les parties ne contestent pas [\*7] le fait qu'UBAE dispose d'un compte auprès de Clearstream au Luxembourg, qu'elle tient pour la banque Markazi<sup>4</sup>. Les parties s'opposent vigoureusement sur le fait de savoir si les actifs restants se trouvent sur un compte de Clearstream tenu par JPM à New York ; si les actifs restants sont autre chose que des écritures comptables de Clearstream au Luxembourg ; et enfin, si après que les actifs restants ont été transférés au crédit de Clearstream par JPM (ce qui a été effectué à divers moments), Clearstream a fait en sorte de les transférer de New York au Luxembourg par écriture comptable, et si la contre-passation de ces écritures devrait maintenant être requise. Le mécanisme des actions se rapportant aux actifs restants est le suivant :

Avant février 2012, des produits se rapportant aux obligations restantes s'élevant à environ 1,4 milliard de dollars ont été payés à JPM qui a, à son tour, crédité ce montant à Clearstream. Environ 104 millions de dollars ont, par la suite, également été transférés [\*8] de la même manière (voir déclaration de Vogel, § 12). Les opérations bancaires ont été effectuées en plusieurs étapes. Initialement, les obligations restantes ont été émises par des entités souveraines telles que la Banque européenne d'investissement (demande modifiée, § 137). Les bénéficiaires effectifs des obligations du type de celles qui constituaient les actifs restants ne reçoivent habituellement pas de certificats physiques attestant de leur participation (*ibid.*, § 139). Au lieu de cela, la participation est détenue sous forme d'écriture comptable (*ibid.*).

Les prospectus relatifs aux obligations restantes exigeaient de Clearstream, en sa qualité de dépositaire pour ses clients, bénéficiaires effectifs de ces obligations, qu'elle accepte le paiement d'intérêts et des produits des rachats sur un compte auprès d'une banque à New York. (Déclaration de Vogel, § 3(a)). Le prospectus de l'une des obligations restantes dispose ce qui suit :

---

<sup>3</sup> Les créanciers judiciaires *Peterson* ont immédiatement demandé et obtenu la délivrance d'une exécution sur ces obligations (le «première exécution») ; une deuxième exécution a été signifiée à Clearstream le 27 octobre 2008 (voir demande modifiée, §§ 48, 50). Les parties demanderesse [\*6] ont signifié à Clearstream un avis de restriction en juin 2008 ; cet avis de restriction a été prorogé en juillet 2009 et demeure en vigueur (voir *ibid.*, §§ 51, 52). L'effet des première et deuxième exécutions et des avis de restriction était de soumettre les actifs originaux à restrictions (voir *ibid.*, § 53). Les parties demanderesse ont obtenu, en 2013, une ordonnance de remise portant sur les actifs originaux, qui a été confirmée par le deuxième circuit le 9 juillet 2014 (voir *Peterson v. Islamic Republic of Iran*, No. 10 CIV. 4518 KBF, 2013 U.S. Dist. LEXIS 40470, 2013 WL 1155576 (district sud de l'Etat de New York, 13 mars 2013) («*Peterson I*»), refus de réexamen, 2013 U.S. Dist. LEXIS 73852, 2013 WL 2246790 (district sud de l'Etat de New York, 20 mai 2013) ; *Peterson v. Islamic Republic of Iran*, 758 F.3d 185 (deuxième circuit, 2014).

<sup>4</sup> Les parties demanderesse allèguent que Clearstream, la banque Markazi et UBAE sont convenues de transférer les actifs restants de la banque Markazi à UBAE avant que des changements ne soient apportés au droit américain restreignant le mouvement et le transfert d'actifs iraniens. Selon les parties demanderesse, Clearstream a ouvert un compte pour UBAE au Luxembourg à cette fin (voir demande modifiée, §§ 10-11).

«les droits en qualité de bénéficiaire effectif sur les billets globaux figureront dans les dossiers tenus, sous forme d'inscription comptable, par ... Clearstream, Luxembourg, et seront uniquement transférables ainsi ...

Les paiements seront effectués en dollars des Etats-Unis par chèque tiré sur une banque à New York et envoyés par courrier au porteur ...

Chacune des personnes figurant dans les dossiers de ... Clearstream, Luxembourg ... en qualité de souscripteur d'un billet représenté [\*9] par un billet global doit s'adresser uniquement à ... Clearstream, Luxembourg ... pour obtenir sa part de chaque paiement versé par le trésor public britannique au porteur de ce billet global et en relation avec tous autres droits découlant dudit billet global» (*ibid.*, § 38).

Clearstream tient un compte auprès de JPM sur lequel elle reçoit des fonds pour le compte de nombreux clients ; durant une période de quatre ans (de 2008 à 2012), des produits liés aux obligations restantes ont été versés sur ce compte (voir la déclaration de Gauthier Jonckheere du 5 août 2014 (la «déclaration de Jonckheere»), § 4).

Le 17 janvier 2008, la banque Markazi a ouvert un compte auprès d'UBAE pour que celle-ci joue, pour elle, le rôle de banque dépositaire en liaison avec ses positions en titres auprès de Clearstream (voir la déclaration de Vogel, § 19). Le lendemain, UBAE a envoyé un message électronique «URGENT» à Clearstream pour lui donner instruction d'ouvrir un nouveau compte au nom d'UBAE<sup>5</sup> (*ibid.*). Clearstream a ouvert le compte n° 13061 pour UBAE le jour même (*ibid.*). Par la suite, la banque Markazi a donné à Clearstream instruction de transférer des titres pour une valeur de 4,6 milliards de dollars de son compte auprès de Clearstream sur le compte n° 13061 d'UBAE<sup>6</sup> (*ibid.*). Parmi les actifs transférés de la sorte se trouvaient ceux qui font l'objet du présent procès (*ibid.*).

Le 16 juin 2008, les parties demanderesses ont signifié à Clearstream un avis de restriction qui aurait dû avoir pour effet d'empêcher Clearstream de transférer hors des Etats-Unis quelque bien que ce soit dans lequel la Banque détenait une participation (voir la demande modifiée, §§ 51, 53).

Le 5 juin 2009, Clearstream a indiqué à UBAE que, du fait des lois adoptées aux Etats-Unis, elle ne pouvait plus traiter les opérations portant sur des obligations détenues pour le compte de l'Iran en faisant appel aux services d'une personne américaine, en l'occurrence JPM (déclaration de Vogel, § 29). Clearstream expliquait avoir, en conséquence, ouvert un «compte divers bloqué n° 13675», et que les paiements en espèces reçus par Clearstream en liaison avec les titres de la banque Markazi détenus par elle y seraient placés ( [\*11] voir *ibid.*).

Par la suite, Clearstream a crédité sur le compte n° 13675 des produits se rapportant aux obligations restantes, pour un total qui s'élevait, en mai 2013, à 1 683 184 679,47 dollars (voir *ibid.*, § 32). Il est manifeste, au vu des documents produits par Clearstream, que ces produits sont libellés en dollars (voir *ibid.*). Aucune des parties ne conteste le fait qu'en l'absence du blocage imposé par Clearstream, cette dernière aurait crédité ces mêmes produits sur le compte n° 13061 d'UBAE. Mais aucune partie ne saurait, non plus, contester que cela va à l'encontre des faits ; les produits des obligations restantes n'ont jamais été crédités sur le compte n° 13061 et ont été, au lieu de cela, inscrits au crédit du compte n° 13675, et bloqués sur celui-ci. Aucune partie ne conteste que ni UBAE ni la banque Markazi n'ont reçu ces fonds, ni le fait que Clearstream ne s'est pas acquitté de son

---

<sup>5</sup> Avant cette instruction, [\*10] UBAE n'avait tenu qu'un seul compte auprès de Clearstream qu'elle avait ouvert en 1973 (déclaration de Vogel, § 19).

<sup>6</sup> Les parties demanderesses soutiennent que ce virement a été effectué sans paiement par UBAE (voir demande modifiée, § 11 ; déclaration de Vogel, § 19). UBAE ne conteste pas que les titres sur le compte d'UBAE sont détenus au profit de la banque Markazi (voir les objections et réponses d'UBAE aux interrogatoires des parties demanderesses, § 8, déclaration de Vogel, annexe 25), l'existence d'un paiement ou d'une autre forme de rémunération n'est pas pertinente pour les présentes requêtes.

obligation concernant les actifs financiers sous-jacents associés aux obligations restantes (voir *ibid.*, § 42).

UBAE est une entité de droit italien dont l'activité est principalement celle de banque commerciale (déclaration de Mario Sabato du 18 juillet 2014 (la «déclaration de Sabato»), § 2). En décembre 2013, lorsque ce procès a été initialement intenté<sup>7</sup>, UBAE n'avait pas d'activités ni de clients, ne faisait pas de publicité, ne démarchait pas de clients potentiels, et ne commercialisait pas de services à New York ni ailleurs [\*12] aux Etats-Unis (*ibid.*, § 3). A cette date, elle n'avait pas de salariés, de dirigeants, ni d'administrateurs aux Etats-Unis (*ibid.*). UBAE n'était inscrite à la cote d'aucun marché boursier aux Etats-Unis (*ibid.*). Jusqu'en 2009, UBAE a tenu un compte auprès de HSBC à New York qu'elle utilisait pour faciliter les opérations internationales ou les transferts de fonds pour elle-même et ses clients (*ibid.*, § 5). Ce compte HSBC est l'un des éléments qui a conduit ce tribunal à conclure, dans l'affaire *Peterson I*, qu'UBAE relevait de sa compétence (voir *Peterson*, 2013 U.S. Dist. LEXIS 40470, 2013 WL 1155576, \*16-18 ; *Peterson*, 2013 U.S. Dist. LEXIS 73852, 2013 WL 2246790, \*6). Le compte HSBC a été fermé le 25 septembre 2009 (déclaration de Sabato, § 6). Aucune des transactions en cause dans la demande modifiée n'a été effectuée au moyen du compte HSBC (*ibid.*, § 5). Tous les actes d'UBAE se rapportant aux obligations restantes et aux actifs restants ont été effectués avec Clearstream au Luxembourg (*ibid.*).

Le 23 janvier 2012, UBAE a ouvert un compte [\*13] correspondant auprès de JPM à New York (*ibid.*, § 6). Aucune des opérations en cause dans le présent procès n'est passée par ce compte (*ibid.*).

## II. Exposé de motifs

Clearstream et UBAE demandent le rejet de l'action au motif que les parties demanderesses ont renoncé à leurs demandes dans le cadre d'accords de règlement distincts en liaison avec le contentieux *Peterson I*. Elles ont raison. Si les accords de règlement conclus entre les parties demanderesses et ces deux parties diffèrent à certains égards, le résultat final est le même : les demandes des parties demanderesses en l'instance sont éteintes. S'agissant d'UBAE, les parties demanderesses l'ont libérée de toute action à l'exception des actions en remise d'actifs. Les actifs restants ne se trouvant plus dans cette circonscription judiciaire, leur remise ne figure plus au nombre des recours disponibles. Dans le cas de Clearstream, les parties demanderesses ont renoncé au droit de poursuite en justice relativement à l'ensemble des actifs détenus sur le compte n° 13675 ; elles ne peuvent engager des poursuites qu'aux fins de remise d'actifs et d'opération connexe à titre de mandataire, ce qui est très loin d'être le cas en l'espèce.

### A. Clearstream

Le 23 octobre 2013<sup>8</sup>, Clearstream et les parties demanderesses ont conclu un accord de règlement pour toutes les demandes, sous réserve de l'exception limitée évoquée ci-après. L'accord de règlement Clearstream comporte les clauses de PRÉAMBULE suivantes :

---

<sup>7</sup> La compétence *ratione personae* est déterminée à la date de la signification de la demande originelle (voir *Indymac Mortgage Holdings, Inc. v. Reyad*, 167 F. Supp. 2d 222, 232 (district du Connecticut, 2001) («[i]l est constant que la compétence doit être déterminée en examinant la conduite des parties défenderesses au moment de la signification de la demande» (citant *Greene v. Sha-Na-Na*, 637 F. Supp. 591, 595 (D. Conn. 1986)) (les guillemets internes ont été omis)) ; voir également *Ginsberg v. Gov't Properties Trust, Inc.*, No. 07 CIV. 365 CSHECF, 2007 U.S. Dist. LEXIS 75771, 2007 WL 2981683, \*6 (district sud de l'Etat de New York, 11 octobre 2007)).

<sup>8</sup> L'accord de règlement Clearstream a été signé plus tôt, mais il n'a pris effet que le 23 octobre 2013, après qu'il a été ratifié par un nombre précis de parties demanderesses (conclusions [\*15] à l'appui de la requête de Clearstream pour que soit rejetée la demande modifiée, 2 n.1, n° ECF : 98).

«CONSIDÉRANT QUE, le 16 juin 2008, Citibank a déposé une requête pour que soit rendue une ordonnance de justification expliquant les raisons pour lesquelles les restrictions mises en place [\*14] ne devraient pas être levées, et que, le 27 juin 2008, le tribunal a levé les restrictions pour certains actifs dont la valeur nominale est d'environ 250 000 000 dollars, qui n'étaient plus en la possession de Citibank (les «actifs transférés»), mais a laissé les restrictions en place pour ce qui est des actifs dont la valeur était d'environ 1 750 000 000 dollars (les «actifs soumis à restrictions») ; et

CONSIDÉRANT QUE, le 8 juin 2010, les parties demanderesse *Peterson* ont déposé une demande ... visant à obtenir, entre autres, la remise des actifs soumis à restrictions ...

.....

CONSIDÉRANT QUE certaines parties demanderesse ont présenté, dans l'affaire *Peterson*, des demandes révocatoires ou en indemnisation contre Clearstream en relation avec les actifs transférés, et notamment des demandes pour transfert frauduleux, ingérence délictueuse dans le recouvrement d'une créance judiciaire et délit d'atteinte intentionnelle (les «demandes Peterson directes») ; et

.....

CONSIDÉRANT QUE, le 28 février 2013, le tribunal a rendu une opinion et une ordonnance qui, entre autres, faisaient droit à la requête aux fins de la remise d'actifs» (voir l'accord de règlement (l'«accord Clearstream»), 1-2, déclaration de Vogel, annexe 6).

L'accord de règlement Clearstream faisait également mention, dans son préambule, de l'appel alors pendant devant la cour d'appel du deuxième circuit interjeté contre l'opinion et l'ordonnance du 28 février (ainsi que contre le rejet, par le tribunal, d'une requête aux fins de réexamen) (*ibid.*, 2-3). Le dernier CONSIDÉRANT du préambule est ainsi formulé :

«CONSIDÉRANT QUE les parties demanderesse et Clearstream souhaitent régler tous les différends et toutes les demandes entre elles moyennant une contrepartie à titre onéreux» (*ibid.*, 3).

Le paragraphe premier de l'accord comporte des dispositions relatives à l'arrêt du contentieux auquel l'accord faisait référence dans les CONSIDÉRANTS (voir *ibid.*, § 1). Le paragraphe 2 s'intitule «ratification par les parties demanderesse et engagement à renoncer aux poursuites» (voir *ibid.*, § 2). Il comporte une série de dispositions qui prévoient que chaque partie demanderesse doit signer un «accord de ratification». En signant un accord de ratification, chaque partie demanderesse «ratifie [l'accord de règlement Clearstream] et s'engage à être liée légalement par [ses] dispositions» (voir *ibid.*, § 2(i)). (L'accord de règlement UBAE ne prévoit pas de procédure équivalente<sup>9</sup>. En outre, chaque partie demanderesse s'engage à ne pas poursuivre Clearstream, que ce soit en droit ou en équité, pour quelque demande que ce soit autre que certaines [\*16] «demandes directes» définies (voir *ibid.*, § 2(ii)).) L'engagement à ne pas poursuivre concerne des «sujets couverts» énumérés. Au nombre des sujets couverts figurent des demandes dans le contentieux *Peterson I* et :

- b) tout compte tenu auprès de Clearstream ... par une entité iranienne, en son nom ou sous son contrôle ... ou tout compte tenu auprès de Clearstream ou de toute entité affiliée de Clearstream par UBAE, en son nom ou sous son contrôle, et notamment les comptes

---

<sup>9</sup> L'accord de règlement UBAE dispose qu'il «est conclu par, et entre, les créanciers judiciaires dans les actions énumérées en annexe A (les «parties demanderesse») par leurs avocats» (accord de règlement confidentiel (l'«accord UBAE»), 1, déclaration de John J. Zefutie, Jr. en date du 22 juillet 2014 (la «déclaration de Zefutie»), annexe 2).

numéros ... 13061 ... 13675 ... (chacun étant un «compte»), ou tout actif ou intérêts détenus sur un compte au nom d'une entité iranienne (un «actif iranien») ; [ainsi que]

- c) tout transfert effectué ou toute autre mesure prise par une partie Clearstream, Citibank ou une entité iranienne, ou sur les instructions de l'une ou de l'autre, y compris tout transfert ou toute autre mesure concernant un quelconque compte, et notamment un compte titres, espèces, général ou un compte correspondant tenu au nom de Clearstream ou sous son contrôle, se rapportant, de quelque manière que ce soit, à un compte ou actif iranien (*ibid.*, § 2(ii) b), c)).

Le paragraphe 2 dispose, en outre, que chaque partie demanderesse a, de manière indépendante ou par l'entremise d'un avocat, procédé à «une enquête indépendante portant sur les faits et le droit sur lesquels sont basées les actions [\*17]», et qu'elle «n'en désire pas moins régler tout différend ou toute demande avec les parties Clearstream», et qu'un tel règlement ne sera pas affecté par la découverte ultérieure de faits nouveaux (*ibid.*, § 2(iii)). La question fondamentale à cet égard est celle de savoir si cet engagement général englobe les demandes de la présente action. Elle est réglée par référence à la disposition aménagée contenue dans le paragraphe 4 de l'accord. Celui-ci dispose ce qui suit :

«**Actions aux fins de saisie.** Nonobstant les dispositions du paragraphe 2 du présent accord, l'engagement n'interdira aucune action ni procédure concernant a) les droits et obligations découlant du présent accord ; ou b) les efforts déployés pour recouvrer tout actif ou bien, de quelque nature que ce soit, y compris les produits de ceux-ci, détenus par la banque Markazi ou l'Iran, en leur nom, sous leur contrôle ou à leur profit ... dans une action contre une partie Clearstream **uniquement** en sa qualité de tiers saisi (une «action aux fins de saisie»). Une telle action aux fins de saisie peut notamment inclure une action dans laquelle une partie Clearstream n'est nommée que dans le but d'obtenir une ordonnance donnant à une partie Clearstream instruction d'accomplir un acte qui aura pour effet d'inverser un transfert entre d'autres parties dont il est établi qu'il [\*18] s'agissait d'un transfert frauduleux en vertu de toute théorie juridique, en droit ou en équité ; **sous réserve** cependant qu'une telle action aux fins de saisie ne réclame pas la condamnation d'une partie Clearstream à des dommages-intérêts.» (*Ibid.*, § 4 (les caractères gras sont dans l'original).)

Les parties demanderesses soutiennent que l'accord de règlement Clearstream exclut spécifiquement du champ du règlement les demandes visant Clearstream dans la présente action. Le paragraphe 4 prévoit une exception pour un type de demande, l'«action aux fins de saisie». Telle que définie dans le présent accord, une telle action pourrait inclure une demande d'ordonnance donnant instruction à Clearstream de prendre des mesures pour inverser un transfert entre d'autres parties, dont il est établi qu'il s'agissait d'un transfert frauduleux. Cette disposition ne permet pas aux parties demanderesses d'intenter une action pour transfert frauduleux ou en équité<sup>10</sup>. En effet, le texte relatif à l'action pour transfert frauduleux est à l'imparfait, ce qui indique qu'une action aux fins de saisie, avec l'ordonnance demandée, suivrait [\*19] une décision préalable concluant au caractère frauduleux d'un transfert. De ce fait, les demandes présentées par les parties demanderesses contre Clearstream aux deuxième, troisième, septième et huitième chefs doivent être rejetées pour ce seul motif<sup>11</sup>.

Les demandes de remise d'actifs visant Clearstream (qui figurent aux chefs quatre, cinq et six) ne sauraient non plus être accueillies. En droit, une action en remise d'actifs doit être intentée contre une partie qui est «en possession ou a la garde» de fonds ou d'autres biens meubles dans lesquels un créancier détient une participation (voir N.Y. C.P.L.R. § 5225 ; *Commonwealth of N. Mariana*

---

<sup>10</sup> Le huitième chef fait valoir une demande de réparation en équité.

<sup>11</sup> En particulier, la disposition relative à la capacité des parties demanderesses à demander une ordonnance donnant instruction à Clearstream d'inverser un transfert fait référence à un transfert frauduleux découvert entre d'«autres parties». Dans le procès en l'espèce, les parties demanderesses veulent faire valoir des demandes pour transfert frauduleux contre Clearstream elle-même.

*Islands v. Canadian Imperial Bank of Commerce*, 21 N.Y.3d 55, 990 N.E.2d 114, 116-117, 967 N.Y.S.2d 876 (New York 2013)). Il s'agit d'une action réelle classique (voir *RCA Corp. v. Tucker*, 696 F. Supp. 845, 851 n. 4 (district est de l'Etat de New York, 1988) («[l]es procédures de remise d'actifs ... sont en fait des actions réelles»)). Le tribunal ne peut donner à une entité instruction de «remettre» des actifs qui ne sont pas en sa possession ou sous sa garde effectives, même s'ils sont réputés être sous son «contrôle» (voir *Commonwealth of N. Mariana Islands*, 990 N.E.2d, 116-117). Une action visant à obtenir une ordonnance de réparation relative à des actifs potentiels, et notamment d'inversion de transferts qui aurait pour résultat la présence [\*20] d'actifs, n'est pas une action en remise d'actifs.

En l'espèce, le dossier est clair : JPM a reçu des produits liés aux obligations restantes, qu'elle a crédités sur un compte de Clearstream auprès de JPM. A son tour, Clearstream a, à tort ou à raison, transféré les montants rattachables aux obligations restantes sur le compte de UBAE/banque Markazi au Luxembourg. Les dossiers de JPM indiquent sans ambiguïté que, quoi qu'il soit advenu des produits, ils ne sont plus là. Le solde du compte de Clearstream auprès de JPM a été nul, voire négatif, à de multiples dates (voir déclaration Jonckheere, § 5). Au regard de la loi, il n'y a pas, dans ce ressort, d'actifs à «remettre». Le tribunal pourrait-il exiger de Clearstream qu'elle inverse le transfert qu'elle a elle-même effectué ? Pas en vertu de l'accord de règlement ; une telle action ne relève pas du type d'action dirigée contre d'«autres» prévue par le paragraphe 4 de l'accord de règlement Clearstream.

Les parties demandereses avancent un argument légèrement plus nuancé concernant les produits reçus par JPM pour le compte de Clearstream après la promulgation du décret présidentiel n° 13599 le 5 février 2012<sup>12</sup>. L'article premier de ce décret présidentiel prévoit dans sa partie pertinente :

- «a) [t]ous les biens et droits afférents de l'Etat iranien, y compris ceux de la banque [\*21] centrale iranienne, se trouvant actuellement ou à l'avenir sur le territoire des Etats-Unis ou en la possession ou à la disposition d'un ressortissant des Etats-Unis, y compris toute filiale à l'étranger, sont bloqués et ne peuvent faire l'objet d'aucun transfert, paiement, exportation, retrait ou autre opération.
- b) [t]ous les biens et droits afférents des institutions financières iraniennes, y compris ceux de la banque centrale iranienne, se trouvant actuellement ou à l'avenir sur le territoire des Etats-Unis ou en la possession ou à la disposition d'un ressortissant des Etats-Unis, y compris toute filiale à l'étranger, sont bloqués et ne peuvent faire l'objet d'aucun transfert, paiement, exportation, retrait ou autre opération.» Décret présidentiel n° 13599 (registre fédéral, vol. 77, p. 6659, 6659, 6659 (2012)).

Il n'est pas contesté que des produits restants dont le montant était de 104 millions de dollars ont été crédités à Clearstream par JPM après la promulgation de ce décret présidentiel. Il est donc possible que lorsque Clearstream a reçu ces 104 millions de dollars, qui étaient liés à des droits réels de l'Iran (par le biais de sa banque centrale, la banque Markazi), elle n'aurait pas dû créditer le compte n° 13675 situé hors des Etats-Unis, et que, en agissant de la sorte, elle a enfreint ce décret présidentiel. Les parties demandereses ne disposent cependant [\*22] pas d'un droit d'action civile pour infraction à ce décret présidentiel. L'article 12 du décret présidentiel prévoit explicitement qu'il ne «crée aucun droit ni avantage, matériel ou procédural, susceptible d'être invoqué en droit ou en équité» à l'encontre de qui que ce soit (décret présidentiel n° 13599, registre fédéral, vol. 77, p. 6661). La cour d'appel du deuxième circuit a également considéré qu'«il n'est pas possible de faire appliquer des décrets présidentiels par des actions privées, à moins que l'exécutif n'ait eu l'intention de créer, par eux, un droit d'action civil» (*Zhang v. Slattery*, 55 F.3d 732, 748 (deuxième circuit, 1995) (citations omises)). En tout état de cause, une action visant à faire appliquer le décret présidentiel n° 13599 ne relève pas d'un type d'action prévu au paragraphe 4 de l'accord de règlement

---

<sup>12</sup> Le décret présidentiel est entré en vigueur le 6 février 2012.

Clearstream. L'accord stipule sans ambiguïté que les parties demanderesses ont renoncé à toutes demandes se rapportant aux comptes n° 13061 et n° 13675, à l'exception des actions aux fins de saisie. Une demande pour infraction au décret présidentiel ne relève pas de cette catégorie.

Les parties demanderesses soutiennent également que, en raison de l'existence du décret présidentiel n° 13599, les entrées comptables passées par Clearstream dans ses livres au Luxembourg au profit d'UBAE et de la banque Markazi sont nulles ; et selon leur raisonnement, puisqu'elles sont « nulles », ces 104 millions de dollars sont, de par la loi, réputés se trouver sur le compte de Clearstream auprès de JPM à New York. Les parties demanderesses invoquent l'article 560.212, paragraphe *a*), du titre 31 du code de réglementation fédérale (C.F.R. § 560.212(a)), qui dispose que les transferts de biens bloqués sont tenus pour nuls et non venus<sup>13</sup>. Si, néanmoins, l'auteur d'un transfert répond à certaines exigences [\*23] énoncées au paragraphe *d*) de cet article, ils ne sont pas nuls et non venus (voir *ibid.*, § 560.212(d))<sup>14</sup>.

Le fait que les parties demanderesses puissent engager des poursuites pour obtenir une déclaration de nullité de ces transferts, ou sur la base de l'hypothèse selon laquelle ces transferts sont nuls, n'est pas pertinent pour le résultat de cette requête, car l'engagement à ne pas poursuivre porte également sur de telles demandes. En effet, [\*24] les parties demanderesses veulent intenter une action contre Clearstream en deux temps : 1) tout d'abord en demandant une déclaration de nullité de tout transfert sur le compte d'UBAE au Luxembourg ; et 2) une fois le transfert réputé nul, les actifs retourneraient aux Etats-Unis où ils seraient susceptibles d'être placés sous main de justice. La première de ces deux étapes est nécessaire et elle est rendue impossible par l'engagement à ne pas poursuivre. Elle concerne directement le transfert sur le compte n° 13675, celui-là même au sujet duquel les parties demanderesses se sont engagées à ne pas poursuivre (voir accord Clearstream, § 2(ii) *b*)). Les demandes directes qui font l'objet d'une renonciation sont celles concernant le compte n° 13675. En outre, le paragraphe 2, alinéa ii), *c*), de l'accord de règlement Clearstream comporte explicitement une renonciation concernant « tout transfert ou toute autre mesure prise par, ou sur les instructions de, toute partie Clearstream ... y compris tout transfert ou toute autre action sur tout compte ... tenu au nom de Clearstream ou sous son contrôle, se rapportant, d'une quelconque manière à un compte ou à un actif iranien. » (*Ibid.*, § 2(ii) *c*)).

Le fait que les parties demanderesses cherchent simplement à affirmer, sans aucune déclaration légale, qu'un transfert de Clearstream a enfreint l'article 560.212 et que le tribunal peut présumer qu'il s'agit là d'une vérité établie, relève de la pensée magique. Une telle reconnaissance légale/judiciaire nécessiterait l'examen d'aspects tels que les modalités [\*25] du transfert, ce à quoi il se rapportait et où il a eu lieu au regard de la loi. Les parties demanderesses ont renoncé à leur droit à chercher à obtenir une telle déclaration. Ce n'est qu'après qu'il a été établi en droit que Clearstream a effectivement enfreint le décret présidentiel n° 13599 qu'une telle action aux fins de saisie pourrait être intentée. En l'état de la procédure, le nombre d'étapes nécessaires pour parvenir au point où Clearstream devrait revenir, ou être réputée revenir, sur un transfert, est considérable, et ces étapes ne relèvent pas du périmètre de la disposition dérogatoire.

---

<sup>13</sup> L'article 560.212, paragraphe *a*), du titre 31 du code de réglementation fédérale prévoit ce qui suit :

« [t]out transfert postérieur à la date d'entrée en vigueur contrevenant à l'une ou l'autre des dispositions de cette partie, ou de tout règlement, toute ordonnance, directive, décision ou instruction, ou de tout permis fondé sur cette partie, et impliquant tout bien ou participation dans un bien bloqué conformément à l'article 560.211, est nul et non avenu, et ne constituera pas la base de l'invocation ou de la reconnaissance de toute participation dans, ou de tout droit, recours, pouvoir ou privilège se rapportant à ce bien ou à cette participation dans ce bien ».

<sup>14</sup> Conformément à l'article 560.212, paragraphe *d*), JPM a envoyé à l'OFAC un courrier « faisant état de sa connaissance limitée des circonstances sous-jacentes au transfert des produits bloqués hors du compte d'opérations de Clearstream le 15 octobre 2012, et expliquant les raisons pour lesquelles [JPM] n'aurait pas pu savoir que ce transfert pouvait tomber sous le coup de la réglementation régissant les sanctions visant l'Iran. » (Déclaration Jonckheere, § 14.) Le 12 décembre 2014, l'OFAC n'avait pas répondu à la lettre de JPM.

En outre, dans la mesure où la demande des parties demanderesses serait alors une demande en indemnisation contre Clearstream (pour avoir enfreint le décret présidentiel et avoir transféré 104 millions de dollars hors de ce ressort), il convient de souligner que les parties demanderesses l'ont aussi spécifiquement réglée. A cet égard, le paragraphe 4 de l'accord de règlement Clearstream comporte la précision suivante : «sous réserve cependant qu'une telle action aux fins de saisie ne réclame pas la condamnation d'une partie Clearstream à des dommages-intérêts» (accord Clearstream, § 4).

Après le dépôt de conclusions et la présentation d'une plaidoirie orale à l'appui de cette requête, les parties demanderesses ont fait valoir un nouvel argument concernant l'accord de règlement Clearstream, à savoir que certaines parties demanderesses en l'instance n'ont pas signé les accords de ratification [\*26] requis. Cet argument relève incontestablement d'une réflexion tardive et est dépourvu de fondement. Les avocats de l'ensemble des parties demanderesses ont signé l'accord de règlement Clearstream. A la date de la présente opinion et ordonnance, les parties demanderesses ont indiqué à Clearstream avoir reçu les accords de ratification de 93 % de l'ensemble des parties demanderesses (voir lettre de Liviu Vogel du 2 octobre 2014, n° ECF : 150). Les avocats des parties demanderesses et de Clearstream ont, les uns comme les autres, déclaré au tribunal que, si toutes les parties demanderesses n'ont pas encore signé les accords de ratification, aucune d'elles n'a refusé de le faire (voir lettre de Karen E. Wagner du 29 septembre 2014, n° ECF : 140 ; stipulation et ordonnance, 3 («[l']avocat des parties demanderesses a déclaré et garanti à Clearstream qu'aucune partie demanderesse ... n'avait fait part de son intention de ne pas signer l'accord de ratification»), n° ECF : 552, 10-cv-4518). Plusieurs mois se sont écoulés depuis la dernière lettre à ce sujet et le tribunal n'a pas reçu d'information contraire. Il semble que la réception des accords de ratification dûment signés soit une question de logistique. Il est manifeste que les parties à l'accord de règlement Clearstream partent de l'hypothèse que l'accord [\*27] a force obligatoire, encore que le présent différend soit indicatif de divergences quant à sa portée. Les parties demanderesses n'avancent pas le moindre nom de l'une d'entre elles qui se refuserait à signer l'accord de ratification, et il n'est pas contesté que le pourcentage d'accords de ratification requis pour que le règlement prenne effet a été reçu.

## **B. UBAE**

Les parties demanderesses ont conclu un règlement avec UBAE le 28 novembre 2013. L'accord de règlement UBAE ne comporte pas de disposition prévoyant une ratification distincte ; il a été conclu par les avocats pour le compte de leurs clients respectifs. L'accord a pris effet dès signature.

L'accord de règlement UBAE contient aussi une série de CONSIDÉRANTS. Il est important de souligner qu'il reconnaît spécifiquement que «les parties conviennent que certains actifs demeurent sur un compte auprès de Clearstream au sein d'un compte client UBAE, dont la banque Markazi est le bénéficiaire effectif (les «actifs restants»)» (accord UBAE, 2). Dans cet accord, les parties demanderesses sont convenues de libérer :

«UBAE et l'ensemble de ses sociétés apparentées, propriétaires, administrateurs, membres, dirigeants, salariés, cabinets d'avocats, avocats, prédécesseurs, successeurs, bénéficiaires, cessionnaires, agents et représentants, passés, actuels et futurs, de toute responsabilité, [\*28] demande ou cause d'action, de tout procès, jugement ou coût, de toutes dépenses, de tous honoraires d'avocat, ou de tous autres dommages incidents ou indirects, de quelque nature que ce soit, connus ou inconnus, découlant des demandes directes des parties demanderesses contre UBAE, ou s'y rapportant, à l'exception des obligations prévues dans le présent accord de règlement.» (*Ibid.*, § 1.)

Il n'est pas contesté que la banque Markazi a qualité de «bénéficiaire» d'UBAE. Les parties demanderesses ont formulé cette affirmation de manière répétée (voir, par exemple, demande

modifiée, § 12 («UBAE n'avait de valeur que parce qu'elle était prête à servir de façade à la banque Markazi»); *ibid.*, § 33 («UBAE a ouvert [le compte de UBAE/banque Markazi] exclusivement pour le bénéfice de la banque Markazi, et sur instruction de celle-ci et de l'Iran»). Ainsi la clause de renonciation inclut-elle la banque Markazi dans la même mesure qu'UBAE. En outre, dans l'accord de règlement UBAE, les parties demanderessees sont, en outre, convenues que

«toute demande future contre UBAE portant sur les actifs restants sera limitée à la seule remise d'actifs, et les parties demanderessees renoncent à toutes autres demandes en dommages-intérêts contre UBAE se rapportant aux actifs restants, que ce soit sur une base contractuelle ou de responsabilité civile, en équité ou autrement» (accord UBAE, § 5).

Le présent procès comporte de nombreuses demandes qui portent sur autre chose que la remise d'actifs : le premier chef vise l'obtention d'un jugement déclaratoire ; [\*29] les deuxième, troisième et septième réclament l'annulation de transferts frauduleux<sup>15</sup> ; et le huitième une réparation en équité. L'accord de règlement UBAE exclut explicitement ces chefs. Seuls les libellés des quatrième, cinquième et sixième chefs font référence à des demandes de remise d'actifs.

En droit, une action en remise d'actifs suppose à la fois qu'un actif relève de la compétence [\*30] du tribunal<sup>16</sup>, et est en la possession ou sous la garde de la partie à laquelle la remise d'actifs est réclamée. Il n'est pas allégué qu'UBAE tienne un quelconque compte bancaire relevant de la compétence du tribunal de céans sur lequel ont été déposés les actifs restants, ou sur lequel ils ont été crédités. Les faits à cet égard sont relativement clairs : quel que soit le compte tenu par UBAE pour la banque Markazi, il se trouve au Luxembourg. Ainsi, tout actif restant qu'elle est susceptible de posséder ou sur lequel elle dispose de droits ou d'intérêts se trouve au Luxembourg. Les affirmations contraires des parties demanderessees sont dépourvues de fondement et ne reposent sur aucun fait. Ainsi, sur cette seule base, UBAE est exclue de ce procès.

### C. Banque Markazi

Les parties demanderessees demandent [\*31] diverses mesures de réparation contre la banque Markazi. Comme indiqué ci-dessus, la renonciation des parties demanderessees à l'égard d'UBAE englobe la banque Markazi (en qualité de bénéficiaire d'UBAE). Ainsi les demandes des parties demanderessees concernant la banque Markazi doivent-elles être rejetées pour ce seul motif.

Mais plus important encore, peut-être, le tribunal de céans n'est pas compétent *ratione materiae* à l'égard de la banque Markazi. Il n'est pas contesté que la banque Markazi est la banque

---

<sup>15</sup> Le libellé choisi par les parties demanderessees pour ces chefs est celui d'«annulation» de transfert en raison de son caractère frauduleux, sans doute dans le but de tenter d'inscrire leur demande dans le cadre du paragraphe 4 de l'accord de règlement Clearstream (qui autorise une demande pour que Clearstream agisse pour inverser un transfert). L'annulation est une mesure corrective, et non une cause d'action indépendante (voir *Zola v. Gordon*, 685 F. Supp. 354, 374 (district sud de l'Etat de New York, 1988)). Une interprétation libre de ces chefs montre qu'au contraire ils ont trait à des demandes se rapportant à des transferts frauduleux. Une action de ce type n'est pas une «action aux fins de saisie», telle qu'elle est définie au paragraphe 4. Comme expliqué ci-dessus, l'«action» que les parties demanderessees peuvent vouloir exiger de Clearstream en vertu du paragraphe 4 doit faire suite à une décision judiciaire distincte établissant le caractère frauduleux d'une transaction (voir accord Clearstream, § 4 (autorisant une action pour que soit donné instruction à une partie Clearstream d'«accomplir une action ayant pour effet d'inverser un transfert entre d'autres parties dont il est établi qu'il s'agissait d'un transfert à caractère frauduleux»)).

<sup>16</sup> Le fait que les «actions en remise d'actifs» soient exclues de l'accord de règlement UBAE ne saurait éliminer la nécessité que des éléments de fait suffisants s'inscrivent à l'appui de la compétence *ratione materiae* du tribunal de céans. Ainsi qu'indiqué dans la section II.C *infra* concernant la FSIA, le fait que les actifs restants soient crédités à un compte situé au Luxembourg les place hors de portée de la FSIA (voir titre 28 du code des Etats-Unis § 1609 ; *EM Ltd. v. Republic of Argentina*, 695 F.3d 201, 208 (deuxième circuit, 2012), déclaration de sous-dépositaire, *Republic of Argentina v. NML Capital, Ltd.*, 134 S. Ct. 2250, 189 L. Ed. 2d 234 (2014) ; *Aurelius Capital Partners, LP v. Republic of Argentina*, 584 F.3d 120, 130 (deuxième circuit, 2009)). Le même élément de fait (l'absence d'actifs dans le ressort) constitue une base de rejet des demandes de remise d'actifs contre UBAE.

centrale d'Iran. La compétence *ratione materiae* du tribunal est donc à rechercher dans la FSIA. Un seul élément de fait suffit, à lui seul, à décider du sort des demandes contre la banque Markazi : elle ne conserve pas les actifs que réclament les parties demanderesse aux Etats-Unis. Les éléments de preuve contenus dans le dossier indiquent clairement que tous les actifs dans lesquels la banque Markazi dispose de participations, et qui sont en cause dans la présente action, se trouvent au Luxembourg. La FSIA ne permet pas la saisie de biens hors des Etats-Unis (voir code des Etats-Unis § 1609 («[l]es biens *aux Etats-Unis* d'un Etat étranger bénéficient de l'immunité de saisie et d'exécution, sauf les cas prévus aux articles 1610 et 1611 du présent chapitre»)) (les italiques sont de nous) ; *Republic of Argentina*, 695 F.3d, 208 («[n]ous reconnaissons qu'un tribunal fédéral de district siégeant à Manhattan n'a pas le pouvoir de saisir un bien argentin dans un pays étranger»); *Aurelius*, 584 F.3d, 130 («[l]e bien susceptible de faire l'objet d'une saisie ou d'une mesure d'exécution [\*32] doit être un bien aux Etats-Unis d'un Etat étranger»)) (guillemets internes omis)). Le tribunal ne saurait donc faire droit aux présentes demandes visant la banque Markazi.

#### D. JPM

Les parties demanderesse présentent aux chefs quatre à six des demandes visant JPM aux fins de remise d'actifs et, au chef huit, une demande, visant également JPM, de réparation en équité. JPM a présenté des documents qui indiquent clairement qu'elle ne dispose pas d'actifs dans lesquels la banque Markazi détient des participations (voir déclaration de Jonckheere, §§ 5-11, 13 et annexes A, B et C). En effet, dans leur demande, les parties demanderesse le reconnaissent, à toutes fins utiles, en se référant au fait que Clearstream a inscrit les actifs restants au crédit du compte n° 13675 (voir demande modifiée, § 61, 66). Les parties demanderesse soutiennent que si l'on admet la proposition juridique selon laquelle le transfert par Clearstream de ces produits à partir de son compte auprès de JPM constituait une infraction au décret présidentiel n° 13599, il s'ensuit que ce transfert est nul et que JPM détient toujours les actifs. Il s'agit d'une fiction. Si, dans le contexte d'une quelconque autre action, la transaction venait à être considérée comme nulle, ce serait plus tard, à l'avenir. A ce stade, il n'est rien que JPM puisse remettre.

Les parties demanderesse ont consacré une grande partie de leurs conclusions au fait de savoir si, en droit, il convenait de considérer que les actifs restants se trouvaient sur le compte de Clearstream [\*33] auprès de JPM. La manière relativement alambiquée dont les parties demanderesse soutiennent que tel pourrait bien être le cas est créative, mais fastidieuse. La réalité est bien plus simple : JPM n'est tout simplement pas en possession de ce dont les parties demanderesse souhaitent la remise. La procédure visant JPM doit donc être rejetée, et il n'est pas nécessaire que le tribunal aborde la série de questions concernant le droit bancaire et le code de commerce uniforme soulevées par les parties demanderesse<sup>17</sup>.

---

<sup>17</sup> Il n'est, en outre, pas contesté que JPM n'a pas de compte pour UBAE ou la banque Markazi. Le compte en cause est au nom de Clearstream et il existe des éléments de preuve non réfutés indiquant que Clearstream utilise le compte sur lequel ont été crédités les actifs restants pour son propre compte comme un compte d'usage général. En ce qui concerne JPM, en droit, tous actifs dont elle est susceptible de disposer sur un compte pour Clearstream sont la propriété de Clearstream et de personne d'autre (voir *NML Capital, Ltd. v. Banco Cent. de la Republica Argentina*, 652 F.3d 172, 192 (deuxième circuit, 2011) («[s]elon les principes fondamentaux du droit bancaire, le solde positif d'un compte bancaire atteste d'une dette de la banque envers le déposant» et personne d'autre» (citation omise)). En outre, pour que des fonds soient considérés comme ceux d'une banque centrale, il faut qu'ils soient au nom de celle-ci (voir *ibid.*). Enfin, la loi est claire quant au fait qu'un créancier judiciaire ne peut saisir des actifs dont le débiteur [\*34] judiciaire n'est pas le propriétaire légitime (voir *Karaha Bodas Co. v. Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara*, 313 F.3d 70, 83 (deuxième circuit, 2002)). Si un débiteur judiciaire ne peut céder ou transférer un actif, un créancier du débiteur judiciaire ne peut faire exécuter une décision de justice sur cet actif (voir *Bass v. Bass*, 140 A.D.2d 251, 253, 528 N.Y.S.2d 558 (division d'appel, Cour suprême de l'Etat de New York, 1988)).

### **III. Conclusion**

Pour les motifs exposés ci-dessus, il est FAIT DROIT aux requêtes des parties défenderesses. La requête des parties demanderesses pour que soit rendue une ordonnance d'exécution est REJETÉE comme étant dépourvue d'objet, et la présente action est rejetée. Il est ordonné au greffe du tribunal de clore les requêtes n<sup>os</sup> ECF 97, 109 et 116, et de mettre un terme à cette action.

IL EN EST AINSI ORDONNÉ

Fait à New York, New York, le 19 février 2015.

La juge fédérale de district,

*(Signé)* Katherine B. FORREST.

---

**ANNEXE 125**

**NATIONS UNIES, COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL, PROJET D'ARTICLES  
SUR LA PROTECTION DIPLOMATIQUE ET COMMENTAIRES Y RELATIFS,  
ARTICLE 14, 2006 [EXTRAIT]**

à d'autres personnes morales, sous réserve des modifications à apporter pour tenir compte des différentes caractéristiques de chaque personne morale. C'est ce à quoi tend la disposition proposée. Elle prévoit que les principes concernant l'État de nationalité des sociétés et l'application du principe de la continuité de la nationalité d'une société, énoncés dans le présent chapitre, s'appliquent «le cas échéant» à la protection diplomatique de personnes morales autres que les sociétés. Il faudra que les autorités ou les juridictions compétentes examinent la nature et les fonctions de la personne morale en cause pour décider s'il serait approprié de lui appliquer l'une quelconque des dispositions du présent chapitre. La plupart des personnes morales autres que les sociétés n'ont pas d'actionnaires, si bien que seuls les projets d'articles 9 et 10 pourraient, le cas échéant, leur être appliqués. Si toutefois la personne morale a des actionnaires, les projets d'articles 11 et 12 pourront aussi lui être appliqués<sup>169</sup>.

### TROISIÈME PARTIE

## RECOURS INTERNES

### Article 14. *Épuisement des recours internes*

**1. Un État ne peut présenter une réclamation internationale à raison d'un préjudice causé à une personne ayant sa nationalité ou à une autre personne visée dans le projet d'article 8 avant que la personne lésée ait, sous réserve du projet d'article 15, épuisé tous les recours internes.**

**2. Par «recours internes» on entend les recours ouverts à une personne lésée devant les autorités judiciaires ou administratives, ordinaires ou spéciales, de l'État prétendument responsable du préjudice.**

**3. Les recours internes doivent être épuisés lorsqu'une réclamation internationale ou une demande de jugement déclaratif lié à la réclamation est faite, principalement en raison d'un préjudice causé à une personne ayant la nationalité de l'État réclamant ou à une autre personne visée dans le projet d'article 8.**

### Commentaire

1) Le projet d'article 14 vise à codifier la règle du droit international coutumier qui pose l'épuisement des recours internes comme condition préalable à l'exercice de la protection diplomatique. Dans l'affaire de l'*Interhandel*, la Cour internationale de Justice l'a reconnue comme «une règle bien établie du droit international coutumier»<sup>170</sup> et, dans l'affaire *ELSI*, une chambre de la Cour a salué en elle «un important principe du droit international coutumier»<sup>171</sup>. La règle de l'épuisement des recours internes fait en sorte que «l'État où la lésion a été commise puisse y remédier par ses propres moyens, dans

le cadre de son ordre juridique interne»<sup>172</sup>. La Commission du droit international a déjà examiné la question de l'épuisement des recours internes dans le cadre de ses travaux sur la responsabilité des États et en a conclu qu'il s'agit là d'un «principe du droit international général» étayé par la jurisprudence, la pratique des États, les traités et la doctrine<sup>173</sup>.

2) Les personnes morales comme les personnes physiques sont tenues d'épuiser les recours internes. Une société étrangère financée partiellement ou principalement par des capitaux publics doit également épuiser les recours internes. Les personnes autres que les nationaux de l'État exerçant sa protection, qui ont droit à la protection diplomatique dans les circonstances exceptionnelles prévues dans le projet d'article 8, sont elles aussi tenues d'épuiser les recours internes.

3) L'expression «tous les recours internes» doit s'entendre sous réserve du projet d'article 15, qui expose les circonstances exceptionnelles dans lesquelles les recours internes n'ont pas à être épuisés.

4) Les recours ouverts à un étranger qui doivent être épuisés avant que la protection diplomatique puisse être exercée varient inévitablement d'un État à l'autre. Il n'est donc pas possible de codifier une règle absolue régissant toutes les situations. Le paragraphe 2 vise à définir, en termes généraux, la principale catégorie de recours qui doivent être épuisés<sup>174</sup>. Tout d'abord, il est évident que l'étranger est tenu d'épuiser tous les recours judiciaires disponibles en vertu du droit interne de l'État défendeur. Si le droit interne en question autorise en l'espèce un recours devant la plus haute juridiction, l'intéressé doit former ce recours pour obtenir une décision définitive. Même si ce recours ne lui est pas ouvert de droit mais que la juridiction supérieure peut, si elle le juge bon, accorder l'autorisation de former un recours, l'étranger doit néanmoins lui demander cette autorisation<sup>175</sup>. À ce propos, les juridictions comprennent à la fois les tribunaux ordinaires et les tribunaux extraordinaires, car «la question essentielle n'est pas de savoir s'il s'agit d'un recours ordinaire ou extraordinaire, mais s'il offre un remède efficace et suffisant»<sup>176</sup>.

<sup>172</sup> *Interhandel* (voir la note 170, *supra*), p. 27.

<sup>173</sup> Voir l'article 22 du projet d'articles sur la responsabilité des États, adopté à titre provisoire par la Commission en première lecture, dans l'*Annuaire... 1996*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 65, le commentaire de ce projet d'articles, adopté par la Commission à sa vingt-neuvième session, figure dans l'*Annuaire... 1977*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 30 à 50; et l'article 44 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et le commentaire y relatif, adopté par la Commission à sa cinquante-troisième session, dans l'*Annuaire... 2001*, vol. II (2<sup>e</sup> partie) et rectificatif, p. 129 et 130.

<sup>174</sup> Dans l'affaire *Ambatielos* du 6 mars 1956, le tribunal arbitral avait déclaré que «c'[était] l'ensemble du système de protection juridique prévu par le droit interne qui [devait] avoir été mis à l'épreuve», Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XII (numéro de vente: 1963.V.3), p. 83 et suiv., à la page 120. Sur ce sujet, voir aussi C. F. Amerasinghe, *Local Remedies in International Law*, 2<sup>e</sup> éd., Cambridge University Press, 2004, p. 182 à 192.

<sup>175</sup> On citera, à titre d'exemple, la procédure de *certiorari* devant la Cour suprême des États-Unis.

<sup>176</sup> *B. Schouw Nielsen c. Danemark*, requête n° 343/57, décision du 2 septembre 1959, Commission et Cour européennes des droits de l'homme, *Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme 1958-1959*, p. 438. Voir la référence à l'avis exprimé par l'Institut de droit international dans sa résolution de 1954 [*Annuaire*

<sup>169</sup> Tel serait le cas de la société à responsabilité limitée des pays de tradition romaine, hybride de *corporation* et de *partnership*.

<sup>170</sup> *Interhandel*, exceptions préliminaires, arrêt, *C.I.J. Recueil 1959*, p. 6 et suiv., à la page 27.

<sup>171</sup> *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1989*, p. 15 et suiv., à la page 42, par. 50.

5) Les recours administratifs doivent eux aussi être épuisés. L'étranger lésé n'est toutefois tenu d'épuiser que les recours qui peuvent aboutir à une décision obligatoire. Il n'est pas tenu de s'adresser à l'exécutif pour que celui-ci lui octroie réparation dans l'exercice de ses pouvoirs discrétionnaires. Les recours internes ne comprennent ni les recours dont «le but est d'obtenir une faveur et non de faire valoir un droit»<sup>177</sup> ni les recours gracieux<sup>178</sup>, à moins qu'ils ne soient une condition préalable essentielle à la recevabilité de la procédure contentieuse ultérieure. Le recours en grâce et le fait de s'adresser à un médiateur entrent généralement dans cette catégorie<sup>179</sup>.

6) Pour fonder convenablement une réclamation internationale au motif que les recours internes ont été épuisés, le plaideur étranger doit formuler, devant les tribunaux nationaux, les principaux arguments qu'il entend faire valoir au niveau international. Dans l'affaire *ELSI*, la Chambre de la Cour internationale de Justice a dit que:

[P]our qu'une demande internationale soit recevable, il suffit qu'on ait soumis la substance de la demande aux juridictions compétentes et qu'on ait persévéré aussi loin que le permettent les lois et les procédures locales, et ce sans succès<sup>180</sup>.

Ce critère est préférable à celui plus strict énoncé dans l'*Arbitrage relatif aux navires finlandais*, selon lequel:

Tous les arguments de fait et de droit qui sont avancés par le Gouvernement demandeur [...] doivent avoir été examinés par les tribunaux internes, qui doivent s'être prononcés en ce qui les concerne<sup>181</sup>.

7) L'État demandeur doit donc produire les éléments de preuve dont il dispose à l'appui de la substance de sa demande dans le cadre de l'épuisement des recours internes<sup>182</sup>. Il ne peut se servir du recours international offert par la protection diplomatique pour compenser la mauvaise préparation ou la mauvaise présentation de la demande au niveau national<sup>183</sup>.

8) Le projet d'article 14 ne prend pas acte de la «clause Calvo»<sup>184</sup>, procédé utilisé principalement par les pays latino-américains à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle et au début du XX<sup>e</sup> pour n'ouvrir aux étrangers que les voies de recours locales en les obligeant à renoncer aux recours internationaux en ce qui concerne les litiges portant sur des contrats

passés avec l'État hôte. La validité d'une telle clause a été vigoureusement contestée par les États exportateurs de capitaux<sup>185</sup> au motif qu'un étranger n'a pas le droit, conformément à la règle énoncée dans l'arrêt *Mavrommatis*<sup>186</sup> de renoncer à un droit appartenant à l'État et non à ses nationaux. Ce nonobstant, la «clause Calvo» a été considérée comme une coutume régionale d'Amérique latine, consubstantielle de l'identité nationale de nombreux États. Il est difficile de concilier la «clause Calvo» et le droit international si l'on doit l'interpréter comme un renoncement absolu au recours à la protection internationale relativement à une action de l'État hôte qui constituerait un fait internationalement illicite (par exemple un déni de justice), ou si le dommage subi par l'étranger intéressait directement l'État de nationalité de ce dernier<sup>187</sup>. Les objections à la validité de la «clause Calvo» au regard du droit international général sont certainement moins convaincantes dès lors que l'on admet que les droits protégés dans le cadre de la protection diplomatique sont ceux de la personne protégée et non ceux de l'État protecteur<sup>188</sup>.

9) Le paragraphe 3 stipule que la règle de l'épuisement des recours internes ne s'applique qu'aux cas dans lesquels l'État demandeur a été lésé «indirectement», c'est-à-dire par l'intermédiaire d'une personne ayant sa nationalité. Elle ne joue pas lorsque l'État auteur de la réclamation est directement lésé par le fait illicite d'un autre État, puisqu'il a alors lui-même une raison particulière d'introduire une réclamation internationale<sup>189</sup>.

10) En pratique, il est difficile de déterminer si la réclamation est «directe» ou «indirecte» lorsqu'elle «mêle» des éléments constitutifs de préjudice pour l'État et des éléments constitutifs de préjudice pour ses nationaux. De nombreux différends portés devant la Cour internationale de Justice correspondaient à ce cas de figure. Dans l'affaire du *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran (États-Unis d'Amérique c. Iran)*<sup>190</sup>, il y avait un manquement direct de la part de la République islamique d'Iran à l'obligation dont elle était tenue envers les États-Unis d'Amérique de protéger leurs agents diplomatiques et consulaires, mais il y avait en même temps un dommage causé à la personne de leurs nationaux (agents diplomatiques et consulaires) détenus comme otages; et dans l'affaire de l'*Interhandel*<sup>191</sup>, la Suisse s'était plainte d'avoir été lésée à la fois directement, par la violation d'un traité, et indirectement, par un préjudice causé à une société de droit suisse. Dans l'affaire du *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*, la

de l'Institut de droit international, vol. 46 (session d'Aix-en-Provence, 1956), p. 364]. Voir aussi *Lawless c. Irlande*, requête n° 332/57, décision du 30 août 1958, *Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme 1958-1959*, p. 308, aux pages 318 à 322.

<sup>177</sup> *De Becker c. Belgique*, requête n° 214/56, décision du 9 juin 1958, *Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme 1958-1959*, p. 238.

<sup>178</sup> *Réclamations au sujet de certains navires finlandais utilisés pendant la guerre (Arbitrage relatif aux navires finlandais)*, décision du 9 mai 1934, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III (numéro de vente: 1949.V.2), p. 1479.

<sup>179</sup> Voir *Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2004*, p. 12 et suiv., notamment aux pages 63 à 66, par. 135 à 143.

<sup>180</sup> *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1989*, p. 15 et suiv., à la page 46, par. 59.

<sup>181</sup> *Arbitrage relatif aux navires finlandais* (voir la note 178, *supra*), p. 1502.

<sup>182</sup> *Ambatielos* (voir la note 174, *supra*).

<sup>183</sup> Voir D. P. O'Connell, *International Law*, 2<sup>e</sup> éd., Londres, Stevens and Sons, 1970, vol. 2, p. 1059.

<sup>184</sup> Voir la note 156, *supra*.

<sup>185</sup> Voir, d'une manière générale, D. R. Shea, *The Calvo Clause: A problem of Interamerican and International Law and Diplomacy*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 1955.

<sup>186</sup> *Concessions Mavrommatis en Palestine*, 30 août 1924, *C.P.I.J. série A n° 2*, p. 12.

<sup>187</sup> Voir *North American Dredging Company of Texas (USA) c. États-Unis du Mexique*, décision du 31 mars 1926, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IV (numéro de vente: 1951.V.1), p. 26.

<sup>188</sup> Voir *supra* le paragraphe 5 du commentaire du projet d'article premier.

<sup>189</sup> Voir d'une manière générale sur ce sujet C. F. Amerasinghe, *Local Remedies in International Law* (note 174, *supra*), p. 145 à 168.

<sup>190</sup> *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran (États-Unis d'Amérique c. Iran)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1980*, p. 3.

<sup>191</sup> *Interhandel*, exceptions préliminaires, arrêt, *C.I.J. Recueil 1959*, p. 6.

Cour a considéré qu'il y avait eu violation directe du droit international et, dans celle de l'*Interhandel*, elle avait jugé que la lésion alléguée était principalement indirecte et que l'*Interhandel* n'avait pas épuisé les recours internes. Dans l'affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, il y avait eu une atteinte directe à la République démocratique du Congo et à son national (le Ministre des affaires étrangères) mais la Cour a estimé que la requête n'avait pas été introduite dans le cadre d'une action en protection d'un national, si bien qu'il n'était pas nécessaire que toutes les voies de recours internes eussent été épuisées<sup>192</sup>. Dans l'affaire *Avena*, le Mexique cherchait à protéger ses nationaux en attente d'exécution aux États-Unis par la voie de la Convention de Vienne sur les relations consulaires, déclarant «avoir subi lui-même [un préjudice], directement et à travers ses ressortissants» du fait que les États-Unis n'avaient pas octroyé à ses nationaux l'accès aux autorités consulaires mexicaines conformément au paragraphe 1 de l'article 36 de la Convention. La Cour a accueilli cet argument en raison de l'«interdépendance des droits de l'État et des droits individuels»<sup>193</sup>.

11) Dans le cas d'une réclamation «mixte», il incombe au tribunal d'examiner les différents éléments pour décider si c'est l'élément direct ou l'élément indirect qui est prépondérant. Dans l'affaire *ELSI*, la Chambre de la Cour internationale de Justice a rejeté l'argument des États-Unis selon lequel leur demande reposait en partie sur la violation d'un traité et l'épuisement des recours internes n'était donc pas nécessaire, en disant:

[L]a Chambre ne doute pas que la question qui colore et imprègne la demande des États-Unis tout entière est celle du préjudice que Raytheon et Machlett [des sociétés américaines] auraient subi<sup>194</sup>.

Très proche de celui de la prépondérance, le critère de la condition *sine qua non*, ou «en l'absence de», pose la question de savoir si la réclamation visant des éléments de préjudice tant direct qu'indirect aurait été introduite sans la demande pour le compte du national lésé. Si la réponse est négative, la réclamation est indirecte et les recours internes doivent être épuisés. Cela dit, il n'y a pas grand chose qui distingue le critère de la prépondérance du critère «en l'absence de». Si une réclamation repose pour une part prépondérante sur le préjudice causé à un national, cela établit qu'elle n'aurait pas été introduite en l'absence de ce préjudice. C'est pourquoi un seul critère est retenu au paragraphe 3 – celui de la prépondérance.

12) Les autres «critères» invoqués pour établir si la réclamation est directe ou indirecte ne sont pas tant des critères que des facteurs qu'il faut prendre en considération pour décider si la réclamation penche nettement dans le sens d'une réclamation directe ou d'une réclamation indirecte, ou si elle n'aurait pas été introduite en l'absence du préjudice causé au national. Les principaux facteurs à

considérer pour ce faire sont l'objet du différend, la nature de la réclamation et la réparation demandée. Ainsi, lorsque l'objet du litige est une haute personnalité du gouvernement<sup>195</sup>, un agent diplomatique<sup>196</sup> ou un bien de l'État<sup>197</sup>, la réclamation sera normalement directe et, lorsque l'État cherche à obtenir une indemnité pour le compte de son national en tant que simple particulier, elle sera indirecte.

13) Le paragraphe 3 précise bien que les recours internes doivent être épuisés non seulement dans le cas d'une réclamation internationale, mais encore dans celui d'une demande de jugement déclaratif reposant principalement sur un préjudice causé à un national. Bien que l'on puisse considérer que si l'État ne demande pas d'indemnité pour un national lésé, mais une simple décision sur l'interprétation et l'application d'un traité, il n'est pas nécessaire que les recours internes aient été épuisés<sup>198</sup>, il est des cas où un État a été requis d'épuiser les recours internes quand il demandait un arrêt déclaratoire portant sur l'interprétation et l'application d'un traité que l'État défendeur aurait violé dans le cadre ou à l'occasion du traitement réservé par lui à un national de l'État demandeur<sup>199</sup>.

14) Le projet d'article 14 exige que la personne lésée ait elle-même épuisé tous les recours internes. Ceci n'exclut pas la possibilité que l'épuisement des recours internes résulte du fait qu'une autre personne a soumis le fond de la même réclamation devant une juridiction de l'État défendeur<sup>200</sup>.

#### *Article 15. Exceptions à la règle de l'épuisement des recours internes*

##### **Les recours internes n'ont pas à être épuisés lorsque:**

**a) il n'y a pas de recours internes raisonnablement disponibles pour accorder une réparation efficace, ou les recours internes n'offrent aucune possibilité raisonnable d'obtenir une telle réparation;**

**b) l'administration du recours subit un retard abusif attribuable à l'État prétendument responsable;**

**c) il n'y avait pas de lien pertinent entre la personne lésée et l'État prétendument responsable à la date du préjudice;**

**d) la personne lésée est manifestement empêchée d'exercer les recours internes; ou**

<sup>195</sup> *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* (note 192, *supra*), p. 18, par. 40.

<sup>196</sup> *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran* (note 190, *supra*).

<sup>197</sup> *Détroit de Corfou*, fond, arrêt, *C.I.J. Recueil 1949*, p. 4.

<sup>198</sup> Voir *Accord relatif aux services aériens du 27 mars 1946, entre les États-Unis d'Amérique et la France*, décision du 9 décembre 1978, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XVIII (numéro de vente: E/F.80.V.7), p. 417; *Applicabilité de l'obligation d'arbitrage en vertu de la section 21 de l'Accord du 26 juin 1947 relatif au Siège de l'Organisation des Nations Unies*, avis consultatif, *C.I.J. Recueil 1988*, p. 12 et suiv., notamment à la page 29, par. 41.

<sup>199</sup> Voir *Interhandel* (note 191, *supra*), p. 28 et 29, et *ELSI* (note 194, *supra*), p. 43.

<sup>200</sup> Voir *ELSI* (note 194, *supra*), p. 46, par. 59.

<sup>192</sup> *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2002*, p. 3 et suiv., notamment à la page 18, par. 40.

<sup>193</sup> *Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2004*, p. 12 et suiv., notamment aux pages 35 et 36, par. 40.

<sup>194</sup> *Elettronica Sicala S.p.A. (ELSI)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1989*, p. 15 et suiv., notamment à la page 43, par. 52. Voir aussi l'affaire de l'*Interhandel*, exceptions préliminaires, arrêt, *C.I.J. Recueil 1959*, p. 28.

**ANNEXE 126**

**NATIONS UNIES, COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL, PROJET D'ARTICLES SUR  
LA RESPONSABILITÉ DES ÉTATS POUR FAITS INTERNATIONALEMENT ILLICITES  
ET COMMENTAIRES Y RELATIFS, ARTICLE 44 (2001) [EXTRAITS]**

*Article 53. – Cessation des contre-mesures*

Il doit être mis fin aux contre-mesures dès que l'État responsable s'est acquitté des obligations qui lui incombent à raison du fait internationalement illicite conformément à la deuxième partie.

*Article 54. – Mesures prises par des États autres qu'un État lésé*

Le présent chapitre est sans préjudice du droit de tout État, habilité en vertu du paragraphe 1 de l'article 48 à invoquer la responsabilité d'un autre État, de prendre des mesures licites à l'encontre de ce dernier afin d'assurer la cessation de la violation ainsi que la réparation dans l'intérêt de l'État lésé ou des bénéficiaires de l'obligation violée.

## QUATRIÈME PARTIE

## DISPOSITIONS GÉNÉRALES

*Article 55. – Lex specialis*

Les présents articles ne s'appliquent pas dans les cas et dans la mesure où les conditions de l'existence d'un fait internationalement illicite ou le contenu ou la mise en œuvre de la responsabilité internationale d'un État sont régis par des règles spéciales de droit international.

*Article 56. – Questions concernant la responsabilité de l'État non régies par les présents articles*

Les règles de droit international applicables continuent de régir les questions concernant la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite dans la mesure où ces questions ne sont pas régies par les présents articles.

*Article 57. – Responsabilité d'une organisation internationale*

Les présents articles sont sans préjudice de toute question relative à la responsabilité d'après le droit international d'une organisation internationale ou d'un État pour le comportement d'une organisation internationale.

*Article 58. – Responsabilité individuelle*

Les présents articles sont sans préjudice de toute question relative à la responsabilité individuelle d'après le droit international de toute personne qui agit pour le compte d'un État.

*Article 59. – Charte des Nations Unies*

Les présents articles sont sans préjudice de la Charte des Nations Unies.

2. TEXTE DU PROJET D'ARTICLES ET COMMENTAIRES  
Y RELATIFS

77. Le texte des projets d'articles et des commentaires y relatifs, adopté par la Commission à sa cinquante-troisième session, est reproduit ci-après.

**RESPONSABILITÉ DE L'ÉTAT POUR FAIT  
INTERNATIONALEMENT ILLICITE***Commentaire général*

1) Les présents articles ont pour objet d'énoncer par codification et développement progressif les règles fondamentales du droit international relatives à la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, en s'attachant essentiellement aux règles secondaires de cette responsabilité, c'est-à-dire aux conditions générales que pose le droit international pour que l'État soit considéré comme responsable d'actions ou omissions illicites, et aux conséquences juridiques qui en découlent. Ils ne cherchent pas à définir le contenu des obligations internationales dont la violation engage la responsabilité : c'est là le rôle des règles primaires, que l'on ne pourrait codifier qu'en paraphrasant la plus grande partie du droit international positif, coutumier et conventionnel.

2) Roberto Ago, à qui revint la tâche de définir la structure et les orientations de base du projet, considérait que ces articles devaient préciser

[I]es principes qui régissent la responsabilité des États pour faits illicites internationaux, en maintenant une distinction rigoureuse entre cette tâche et celle qui consiste à définir les règles mettant à la charge des États les obligations dont la violation peut être cause de responsabilité. [...] [D]éfinir une règle et le contenu de l'obligation qu'elle impose est une chose et établir si cette obligation a été violée et quelles doivent être les suites de cette violation en est une autre.<sup>32</sup>

3) Dans l'hypothèse où il existe une règle primaire imposant une obligation à un État selon le droit international et où se pose la question de savoir si l'État a respecté cette obligation, plusieurs autres questions de caractère général doivent encore être abordées, notamment les suivantes :

a) Le rôle que joue le droit international, indépendamment du droit interne de l'État considéré, dans la qualification du comportement comme illicite;

b) Les circonstances dans lesquelles un comportement est attribuable à l'État en tant que sujet de droit international;

c) La détermination du moment et de la durée de la violation par un État d'une obligation internationale;

d) Les circonstances dans lesquelles un État peut être responsable du comportement d'un autre État, incompatible avec une obligation internationale de celui-ci;

e) Les circonstances dans lesquelles l'illicéité du comportement en droit international peut être exclue;

f) Le contenu de la responsabilité de l'État, c'est-à-dire les relations juridiques nouvelles qui résultent de la commission par un État d'un fait internationalement illicite, en ce qui concerne la cessation du fait illicite et la réparation des éventuels préjudices;

g) Les conditions préalables, de procédure ou de fond, qui doivent être réunies pour qu'un État puisse invoquer la responsabilité d'un autre État, et les circonstances dans

<sup>32</sup> *Annuaire... 1970*, vol. II, doc. A/8010/Rev.1, par. 66, al. c, p. 327.

lesquelles le droit d'invoquer la responsabilité peut disparaître;

*h)* Les conditions dans lesquelles un État peut avoir le droit de réagir à une violation d'une obligation internationale en prenant des contre-mesures pour obtenir l'exécution des obligations qui incombent à l'État responsable en vertu des présents articles.

Toutes ces questions entrent dans le champ des règles secondaires de la responsabilité des États.

4) Un certain nombre de questions, en revanche, ne relèvent pas du domaine de la responsabilité des États, tel qu'il est circonscrit dans les présents articles :

*a)* Comme on l'a déjà dit, ces articles n'ont pas pour fonction de préciser le contenu des obligations énoncées par telle ou telle règle primaire, pas plus que de les interpréter. Ils ne traitent pas non plus de la question de savoir si des obligations primaires particulières sont en vigueur à l'égard d'un État, et pour combien de temps. C'est au droit des traités qu'il appartient de déterminer si un État est partie à un traité valide, si ce traité est en vigueur à l'égard de cet État et pour quelles dispositions, et comment il doit être interprété. Cela est vrai aussi, *mutatis mutandis*, d'autres « sources » d'obligations internationales, telles que le droit international coutumier. Les articles envisagent les règles primaires du droit international telles qu'elles existent et avec le contenu qu'elles ont au moment considéré; ils aident à déterminer si les obligations qui en découlent pour chaque État ont été violées, et quelles conséquences juridiques cela entraîne pour les autres États.

*b)* Les conséquences prévues par ces articles sont celles qui résultent de la commission d'un fait internationalement illicite en soi<sup>33</sup>. Il n'est nullement question des conséquences que peut avoir une violation sur le maintien de la validité ou de l'effet obligatoire de la règle primaire (par exemple, le droit de l'État lésé de mettre fin à un traité ou d'en suspendre l'application en cas de violation substantielle du traité, qui est reconnu à l'article 60 de la Convention de Vienne de 1969). Les articles ne disent rien non plus des conséquences indirectes ou additionnelles qui peuvent résulter de la réaction des organisations internationales à un comportement illicite. Dans l'exercice de leurs fonctions, les organisations internationales peuvent certes avoir à prendre position sur la question de savoir si un État a violé une obligation internationale. Mais, même lorsque c'est le cas, les conséquences seront celles qui sont déterminées par l'acte constitutif de l'organisation, ou dans le cadre de cet acte constitutif, et elles échappent à l'application de ces articles. C'est en particulier le cas des mesures que peut prendre l'Organisation des Nations Unies en vertu de la Charte, qui sont expressément réservées par l'article 59.

*c)* Les articles concernent uniquement la responsabilité pour un comportement qui est internationalement illicite. Il peut se trouver qu'un État soit tenu de réparer les conséquences préjudiciables d'un comportement que

le droit international n'interdit pas, voire qu'il autorise expressément (par exemple, verser une indemnité du fait d'une expropriation opérée en bonne et due forme pour cause d'utilité publique). Il peut se trouver également qu'un État soit tenu de rétablir le *statu quo ante* après qu'une activité licite a pris fin. Ces obligations d'indemnisation ou de rétablissement de l'état antérieur mettent en jeu des obligations primaires : c'est leur inexécution qui engagerait la responsabilité internationale de l'État considéré. Ainsi, aux fins des présents articles, la responsabilité internationale résulte-t-elle exclusivement d'un fait illicite contraire au droit international. C'est ce qu'indique l'intitulé des articles.

*d)* Les articles ne portent que sur la responsabilité des États pour un comportement internationalement illicite, laissant de côté la question de la responsabilité des organisations internationales ou d'autres acteurs non étatiques (voir les articles 57 et 58).

5) Par contre, les présents articles portent sur l'ensemble du domaine de la responsabilité des États. Ils ne sont donc pas limités aux violations d'obligations bilatérales, celles qui résultent par exemple d'un traité bilatéral conclu avec un autre État, mais s'appliquent à l'ensemble des obligations internationales des États, que l'obligation existe envers un ou plusieurs États, envers un individu ou un groupe, ou envers la communauté internationale dans son ensemble. De caractère général, ils sont aussi, pour la plupart, supplétifs. En principe, les États, lorsqu'ils établissent une règle ou acceptent d'être liés par une règle, sont libres de préciser que sa violation n'entraînera que certains effets particuliers, écartant ainsi l'application des règles ordinaires de la responsabilité. C'est ce que précise l'article 55.

6) Les présents articles sont divisés en quatre parties. La première, qui s'intitule « Le fait internationalement illicite de l'État », traite des conditions dans lesquelles la responsabilité internationale d'un État est engagée. La deuxième, intitulée « Contenu de la responsabilité internationale de l'État », concerne les conséquences juridiques du fait internationalement illicite pour l'État responsable, principalement du point de vue de la cessation et de la réparation. La troisième partie, qui a pour titre « Mise en œuvre de la responsabilité internationale de l'État », précise quels États peuvent réagir à un fait internationalement illicite, et quelles formes cette réaction peut prendre, y compris, dans certaines circonstances, l'adoption des contre-mesures nécessaires pour obtenir la cessation du fait illicite et la réparation de ses conséquences. La quatrième partie contient diverses dispositions générales applicables à l'ensemble des articles.

## PREMIÈRE PARTIE

### LE FAIT INTERNATIONALEMENT ILLICITE DE L'ÉTAT

La première partie définit les conditions générales qui doivent être réunies pour que la responsabilité de l'État soit engagée. Le chapitre premier énonce trois principes de base dont procède l'ensemble des articles. Le chapitre II définit les conditions dans lesquelles un comporte-

<sup>33</sup> Aux fins des articles, l'expression « fait internationalement illicite » désigne aussi une omission, et elle s'étend au comportement consistant en plusieurs actions ou omissions qui, ensemble, constituent un fait internationalement illicite. Voir le paragraphe 1 du commentaire de l'article premier.

en tant que telles l'État responsable. L'État lésé ne peut qu'exiger de l'État responsable qu'il honore ses obligations : l'État lésé n'est pas tenu de stipuler ni de définir les conséquences juridiques d'un fait internationalement illicite. Il serait cependant utile que l'État responsable sache comment il pourrait donner satisfaction à l'État lésé : cela pourrait faciliter le règlement du différend.

6) L'*alinéa* b du *paragraphe* 2 traite de la question du choix par l'État lésé de la forme de la réparation souhaitée. En général, l'État lésé est en droit d'opérer un choix entre les formes de réparation disponibles. Il peut ainsi préférer l'indemnisation à la possibilité de la restitution, comme l'Allemagne l'a fait dans l'affaire relative à l'*Usine de Chorzów*<sup>679</sup>, ou comme la Finlande a fini par le faire à l'occasion du règlement de l'affaire du *Passage par le Grand-Belt*<sup>680</sup>. L'État lésé peut aussi se contenter d'une déclaration réparatoire, à titre général ou sur un point précis de sa réclamation. D'un autre côté, il y a des cas où un État ne peut pas, pour ainsi dire, « empocher » la somme versée à titre d'indemnisation et se désintéresser du règlement de la situation, par exemple lorsqu'il s'agit de la vie ou de la liberté d'individus ou du droit d'un peuple à disposer de son territoire ou à disposer de lui-même. En particulier, dans le cas d'obligations de caractère continu dont l'exécution ne fait pas intervenir simplement les deux États concernés, il se peut que ces derniers ne puissent trouver un règlement, de la même manière qu'un État lésé ne peut de son propre chef libérer l'État responsable des obligations continues qui lui incombent envers un groupe d'États ou envers la communauté internationale dans son ensemble.

7) Étant donné ces limites qui pèsent sur la capacité de l'État lésé de choisir la forme de réparation qu'il préfère, l'article 43 n'énonce pas le droit de l'État lésé de choisir la forme de réparation en des termes absolus. Il ne fait que donner quelques indications à l'État lésé quant aux précisions qu'il pourrait fournir dans sa demande ou dans des communications ultérieures.

#### *Article 44. – Recevabilité de la demande*

**La responsabilité de l'État ne peut pas être invoquée si :**

**a) La demande n'est pas présentée conformément aux règles applicables en matière de nationalité des réclamations;**

**b) Toutes les voies de recours internes disponibles et efficaces n'ont pas été épuisées au cas où la deman-**

**de est soumise à la règle de l'épuisement des voies de recours internes.**

#### *Commentaire*

1) Les présents articles ne traitent pas des problèmes de compétence des cours et tribunaux internationaux, ni en général des conditions de recevabilité des instances introduites devant eux. Ils portent plutôt sur la définition des conditions régissant l'établissement de la responsabilité internationale d'un État et l'invocation de cette responsabilité par un autre État ou d'autres États. Ils n'ont donc pas pour fonction de traiter de questions comme le critère de l'épuisement d'autres moyens de règlement pacifique avant l'introduction d'une instance, ni de doctrines comme celle de la litispendance ou du choix de la juridiction, qui peuvent affecter la compétence d'un tribunal international par rapport à un autre<sup>681</sup>. À l'inverse, certaines questions qui entreraient dans la catégorie des questions de recevabilité lorsqu'elles sont invoquées devant un tribunal international présentent un caractère plus fondamental. Il s'agit avant tout des conditions régissant l'invocation de la responsabilité d'un État. Deux de ces questions sont traitées à l'article 44 : le critère de la nationalité des réclamations et celui de l'épuisement des recours internes.

2) L'*alinéa* a prévoit que, la responsabilité d'un État ne peut être invoquée que conformément aux règles applicables en matière de nationalité des réclamations. Ainsi que la CPJI l'a déclaré dans l'affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine* :

C'est un principe élémentaire du droit international que celui qui autorise l'État à protéger ses nationaux lésés par des actes contraires au droit international commis par un autre État, dont ils n'ont pu obtenir satisfaction par les voies ordinaires.<sup>682</sup>

L'*alinéa* a ne tend pas à développer la règle de la nationalité des réclamations, ni les exceptions à cette règle. Il vise plutôt à préciser que non seulement la règle de la nationalité des réclamations joue en ce qui concerne la compétence et la recevabilité des réclamations devant les organes judiciaires, mais encore qu'elle est une condition générale de l'invocation de la responsabilité dans les cas où elle est applicable<sup>683</sup>.

3) L'*alinéa* b prévoit que, lorsque la demande est soumise à la règle de l'épuisement des voies de recours internes, elle est irrecevable si toutes les voies de recours internes disponibles et efficaces n'ont pas été épuisées. Il est rédigé en des termes généraux, afin de pouvoir s'appliquer

<sup>679</sup> Comme la CPJI l'a souligné dans l'affaire relative à l'*Usine de Chorzów* (compétence), à ce stade, l'Allemagne ne cherchait plus à obtenir au nom des sociétés allemandes concernées la restitution de l'usine en question ou de son contenu (voir *supra* note 34, p. 17).

<sup>680</sup> *Passage par le Grand-Belt* (Finlande c. Danemark), mesures conservatoires, ordonnance du 29 juillet 1991, C.I.J. Recueil 1991, p. 12. Dans cette affaire, la CIJ n'a pas accepté l'argument du Danemark selon lequel la restitution serait impossible si, lors de l'examen au fond de l'affaire, il était conclu que la construction du pont sur le Grand-Belt entraînerait une violation des obligations internationales du Danemark. Pour les clauses du règlement finalement convenu, voir M. Koskeniemi, « L'affaire du passage par le Grand-Belt », *Annuaire français de droit international*, vol. XXXVIII (1992), p. 940.

<sup>681</sup> Pour une analyse des diverses considérations ayant des répercussions sur la compétence et la recevabilité des réclamations internationales présentées devant les tribunaux, voir G. Abi-Saab, *Les exceptions préliminaires dans la procédure de la Cour internationale*, Paris, Pedone, 1967; G. Fitzmaurice, *The Law and Procedure of the International Court of Justice*, vol. II, Cambridge, Grotius, 1986, p. 427 à 575; et S. Rosenne, *The Law and Practice of the International Court, 1920-1996*, 3<sup>e</sup> éd., La Haye, Martinus Nijhoff, 1997, vol. II (*Jurisdiction*).

<sup>682</sup> *Concessions Mavrommatis en Palestine*, arrêt n° 2 (voir *supra* note 236), p. 12.

<sup>683</sup> Les questions relatives à la nationalité des réclamations seront traitées dans le détail dans le cadre des travaux de la Commission sur la protection diplomatique. Voir le premier rapport du Rapporteur spécial sur la protection diplomatique dans *Annuaire... 2000*, vol. II (1<sup>re</sup> partie), doc. A/CN.4/506 et Add. 1.

à tout cas dans lequel s'applique la règle de l'épuisement des recours internes, en vertu d'un traité ou du droit international général, et dans des domaines qui ne sont pas nécessairement limités à la protection diplomatique.

4) Dans l'affaire *ELSI*, une chambre de la Cour a dit de la règle de l'épuisement des recours internes qu'elle est « un principe important du droit international coutumier »<sup>684</sup>. Dans le cadre d'une demande faite au nom d'une société de l'État demandeur, la Chambre a défini brièvement la règle comme suit :

[P]our qu'une demande internationale [présentée au nom de particuliers qui sont des ressortissants ou de sociétés] soit recevable, il suffit qu'on ait soumis la substance de la demande aux juridictions compétentes et qu'on ait persévéré aussi loin que le permettent les lois et les procédures locales, et ce sans succès.<sup>685</sup>

La Chambre a ainsi considéré que la question de l'épuisement des recours internes est distincte, en principe, de celle du « fond »<sup>686</sup>.

5) Seules les voies de recours internes qui sont « disponibles et efficaces » doivent être épuisées avant que d'invoquer la responsabilité d'un État. Le simple fait que le droit interne d'un État prévoit sur le papier des recours n'oblige pas à utiliser ces recours dans chaque cas. En particulier, il n'existe aucune obligation de faire valoir un recours qui n'offre aucune possibilité de remédier à la situation, dans les cas par exemple où il est clair dès le départ que le droit que la juridiction locale devrait appliquer ne pourrait qu'aboutir à son rejet. Cela dit, l'alinéa *b* de l'article 44 ne tend pas à définir de façon exhaustive la portée et le contenu de la règle de l'épuisement des voies de recours internes : cela relève des règles du droit international applicables<sup>687</sup>.

#### **Article 45. – Renonciation au droit d'invoquer la responsabilité**

**La responsabilité de l'État ne peut pas être invoquée si :**

<sup>684</sup> *ELSI* (voir *supra* note 85), par. 50, p. 42. Voir aussi l'affaire de l'*Interhandel, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1959*, p. 27. Sur la règle de l'épuisement des recours internes en général, voir, par exemple, C. F. Amerasinghe, *Local Remedies in International Law*, Cambridge, Grotius, 1990; J. Chappetz, *La règle de l'épuisement des voies de recours internes*, Paris, Pedone, 1972; K. Doehring, "Local remedies, exhaustion of", *Encyclopedia of Public International Law*, sous la direction de R. Bernhardt, vol. 3 (*supra* note 409), p. 238 à 242; et G. Perrin, « La naissance de la responsabilité internationale et l'épuisement des voies de recours internes dans le projet d'articles de la Commission du droit international », *Festschrift für Rudolf Bindschedler*, Berne, Stämpfli, 1980, p. 271. À propos de la règle de l'épuisement des recours internes au regard des violations des obligations en matière de droits de l'homme, voir, par exemple, A. A. Cançado Trindade, *The Application of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law: Its Rationale in the International Protection of Individual Rights*, Cambridge University Press, 1983; et E. Wyler, *L'illégitime et la condition des personnes privées*, Paris, Pedone, 1995, p. 65 à 89.

<sup>685</sup> *ELSI* (voir *supra* note 85), par. 59, p. 46.

<sup>686</sup> *Ibid.*, par. 63, p. 48.

<sup>687</sup> Cette question sera traitée dans le détail dans le cadre des travaux de la Commission sur la protection diplomatique. Voir le deuxième rapport du Rapporteur spécial sur la protection diplomatique dans *Annuaire... 2001*, vol. II (1<sup>re</sup> partie), doc. A/CN.4/514.

**a) L'État lésé a valablement renoncé à la demande; ou**

**b) L'État lésé doit, en raison de son comportement, être considéré comme ayant valablement acquiescé à l'abandon de la demande.**

#### *Commentaire*

1) L'article 45 s'inspire de l'article 45 de la Convention de Vienne de 1969, qui porte sur la perte du droit d'invoquer une cause de nullité d'un traité ou un motif d'y mettre fin. Il traite de deux cas dans lesquels un État lésé ou d'autres États concernés peuvent perdre le droit d'invoquer la responsabilité de l'État auteur du fait internationalement illicite : renonciation à la demande et acquiescement à l'abandon de la demande. Dans ce sens, il y a lieu de distinguer la situation d'un État lésé au sens de l'article 42 et celle des autres États affectés par une violation. Une renonciation valable ou un règlement du différend en matière de responsabilité intervenu entre l'État responsable et l'État lésé ou, s'il y en a plus d'un, tous les États lésés peut exclure toute demande en réparation. Tel ne sera pas le cas de la position que les États visés à l'article 48 pris individuellement adopteraient.

2) L'alinéa *a* traite du cas où l'État lésé a renoncé à la demande en ce qui concerne soit la violation elle-même soit ses conséquences sur le plan de la responsabilité. C'est là l'expression du principe général du consentement s'agissant des droits ou obligations appartenant à un État donné.

3) Dans certains cas, la renonciation ne peut concerner qu'un aspect des relations juridiques entre l'État lésé et l'État responsable. Par exemple, dans l'affaire de l'*Indemnité russe*, l'ambassade russe avait à de nombreuses reprises réclamé à la Turquie une somme correspondant au capital d'un prêt, sans jamais faire référence au paiement d'intérêts ou de dommages-intérêts pour le délai de remboursement. La Turquie ayant payé la somme demandée, le tribunal a conclu que le comportement de la Russie équivalait à l'abandon de toute autre réclamation liée au prêt<sup>688</sup>.

4) Une renonciation n'est effective que si elle est valablement donnée. Comme dans le cas d'autres expressions du consentement de l'État, la question de la validité d'une renonciation peut se poser, par exemple eu égard à une contrainte éventuelle exercée sur l'État ou un de ses représentants, ou encore à une erreur matérielle quant aux faits de la cause, consécutive peut-être à une présentation erronée des faits par l'État responsable. Il faudra se reporter au droit général pour déterminer ce qui, dans les circonstances de l'espèce, équivaut à une renonciation valablement donnée<sup>689</sup>. Une question présente un intérêt particulier à cet égard : celle du consentement donné par un État lésé à la suite d'une violation d'une obligation découlant d'une norme impérative du droit international général, en particulier une violation à laquelle s'applique l'article 40.

<sup>688</sup> *Indemnité russe* (voir *supra* note 354), p. 446.

<sup>689</sup> Cf. la situation en ce qui concerne le consentement valide à l'article 20 : voir le commentaire, par. 4 à 8.

ANNEXE 130

**ESTATE OF HEISER ET AL. V. ISLAMIC REPUBLIC OF IRAN ET AL., TRIBUNAL FÉDÉRAL  
DU DISTRICT DE COLUMBIA, 9 JUIN 2016, N° 00 CIV. 02329 (DDC 2016)**

[Traduction]

Tribunal fédéral du district de Columbia

Succession de Michael Heiser, *et al.*,

*parties demanderesses,*

*c.*

République islamique d'Iran, *et al.*,

*parties défenderesses.*

Succession de Millard D. Campbell, *et al.*,

*parties demanderesses,*

*c.*

République islamique d'Iran, *et al.*,

*parties défenderesses.*

Affaire n° 00-CV-02329 (RCL)

regroupée avec

Affaire n° 01-CV-02104 (RCL)

**ORDONNANCE ACCUEILLANT LA DEMANDE NON CONTESTÉE POUR QUE SOIT RENDU UN  
JUGEMENT CONTRE LES TIERS SAISIS BANK OF AMERICA, N.A. ET WELLS FARGO  
BANK, N.A. POUR LA REMISE DE FONDS, AINSI QUE POUR UN APPEL  
EN INTERVENTION FORCÉE PAR INTERPLEADER  
POUR CES TIERS SAISIS**

*Attendu que* les parties demanderesse/créanciers pour le jugement<sup>1</sup> (les «parties demanderesse») ont introduit une demande non contestée pour que soit rendu un jugement contre les tiers saisis Bank of America, N.A. et Wells Fargo Bank, N.A. pour la remise de fonds, ainsi que pour un appel en intervention forcée par *interpleader* pour ces tiers saisis (la «demande de remise non contestée»);

*Attendu que* le[s] tiers saisi[s] Bank of America, N.A. («Bank of America») et Wells Fargo Bank, N.A. («Wells Fargo», avec Bank of America, les «tiers saisis») ne s'opposent pas à la réparation demandée par la demande de remise non contestée;

*Attendu que* les parties demanderesse ont obtenu un jugement non exécuté pour le montant de 591 089 966,00 USD contre la République islamique d'Iran, le ministère iranien de l'information et de la sécurité et le corps des gardiens de la révolution islamique (ensemble, l'Iran);

*Attendu que* l'Iran est une partie terroriste au sens du paragraphe g) de l'article 1610 de la loi sur l'immunité des Etats étrangers et de l'article 201 de la loi sur l'assurance contre les risques associés au terrorisme, et que le jugement a été rendu sur la base d'actes de terrorisme pour lesquels l'Iran ne bénéficie pas d'une immunité en vertu de l'alinéa 7) du paragraphe a) de l'article 1605 ou de l'article 1605A de la loi sur l'immunité des Etats étrangers;

*Attendu que* la réparation demandée par les parties demanderesse est autorisée par le paragraphe g) de l'article 1610 du titre 28 du code des Etats-Unis (28 U.S.C. § 1610(g)) et par l'article 201 de la loi de 2002 sur l'assurance contre les risques associés au terrorisme;

*Attendu que* les tiers saisis ont déposé, le 31 août 2012, une requête de tiers invoquant des demandes constituant un appel en intervention forcée par *interpleader* (la «requête de tiers») par laquelle Iran Marine and Industrial, Sediran Drilling Company (désormais, la National Iranian Oil Company), Iran Air, Bank Melli PLC U.K. et la marine iranienne (les «parties demanderesse-défenderesse adverses»), ont été appelées en intervention forcée par *interpleader* en cette action;

---

<sup>1</sup> Les parties demanderesse sont : (1) la succession de Michael Heiser, *de cuius*; (2) Gary Heiser; (3) Francis Heiser; (4) la succession de Leland Timothy Haun, *de cuius*; (5) Ibis S. Haun; (6) Milagritos Perez-Dalis; (7) Senator Haun; (8) la succession de Justin R. Wood, *de cuius*; (9) Richard W. Wood; (10) Kathleen M. Wood; (11) Shawn M. Wood; (12) la succession d'Earl F. Cartrette, Jr., *de cuius*; (13) Denise M. Eichstaedt; (14) Anthony W. Cartrette; (15) Lewis W. Cartrette; (16) la succession de Brian McVeigh, *de cuius*; (17) Sandra M. Wetmore; (18) James V. Wetmore; (19) la succession de Millard D. Campbell, *de cuius*; (20) Marie R. Campbell; (21) Bessie A. Campbell; (22) la succession de Kevin J. Johnson, *de cuius*; (23) Shyrl L. Johnson; (24) Che G. Colson; (25) Kevin Johnson, mineur, par sa tutrice légale Shyrl L. Johnson; (26) Nicholas A. Johnson, mineur, par sa tutrice légale Shyrl L. Johnson; (27) Laura E. Johnson; (28) Bruce Johnson; (29) la succession de Joseph E. Rimkus, *de cuius*; (30) Bridget Brooks; (31) James R. Rimkus; (32) Anne M. Rimkus; (33) la succession de Brent E. Marthaler, *de cuius*; (34) Katie L. Marthaler; (35) Sharon Marthaler; (36) Herman C. Marthaler III; (37) Matthew Marthaler; (38) Kirk Marthaler; (39) la succession de Thanh Van Nguyen, deceased; (40) Christopher R. Nguyen; (41) la succession de Joshua E. Woody, *de cuius*; (42) Dawn Woody; (43) Bernadine R. Beckman; (44) George M. Beckman; (45) Tracy M. Smith; (46) Jonica L. Woody; (47) Timothy Woody; (48) la succession de Peter J. Morgera, *de cuius*; (49) Michael Morgera; (50) Thomas Morgera; (51) la succession de Kendall Kitson, Jr., *de cuius*; (52) Nancy R. Kitson; (53) Kendall K. Kitson; (54) Steve K. Kitson; (55) Nancy A. Kitson; (56) la succession de Christopher Adams, *de cuius*; (57) Catherine Adams; (58) John E. Adams; (59) Patrick D. Adams; (60) Michael T. Adams; (61) Daniel Adams; (62) Mary Young; (63) Elizabeth Wolf; (64) William Adams; (65) la succession de Christopher Lester, *de cuius*; (66) Cecil H. Lester; (67) Judy Lester; (68) Cecil H. Lester, Jr.; (69) Jessica F. Lester; (70) la succession de Jeremy A. Taylor, *de cuius*; (71) Lawrence E. Taylor; (72) Vickie L. Taylor; (73) Starlina D. Taylor; (74) la succession de Patrick P. Fennig, *de cuius*; (75) Thaddeus C. Fennig; (76) Catherine Fennig; (77) Paul D. Fennig; et (78) Mark Fennig (ensemble, les «parties demanderesse»).

*Attendu que* le tribunal a émis des citations directes d'appel en intervention forcée par *interpleader* pour signification aux parties demanderesse-défenderesses adverses le 10 décembre 2012 ;

*Attendu que* le tribunal conclut que la signification des citations, de la requête de tiers et de tous autres documents et toutes traductions nécessaires aux parties demanderesse-défenderesses adverses, ainsi qu'indiqué dans la demande de remise non contestée, était valide et effective, et qu'il conclut en outre que la signification supplémentaire à la marine iranienne par des canaux diplomatiques vaut signification valide et effective au sens de l'article 1608 de la loi sur l'immunité des Etats étrangers ;

*Attendu que* les parties demanderesse-défenderesses adverses iraniennes Iran Marine and Industrial, Sediran Drilling Company (désormais, la National Iranian Oil Company), Iran Air, Bank Melli PLC U.K. et la marine iranienne n'ont pas répondu à la citation et à la requête de tiers, et que le greffe a pris note de leur défaut de réponse le 20 août 2015 ;

*Attendu qu'*aucune partie demanderesse-défenderesse adverse non iranienne, et notamment la partie demanderesse-défenderesse adverse Vedder Price, qui a informé les tiers saisis de son intention de ne pas contester la remise, n'est apparue pour contester le fait que l'un ou l'autre des actifs bloqués auxquels se rapportait l'appel en intervention forcée par *interpleader* soit la propriété de l'Iran ;

*Attendu que* le tribunal conclut que les parties demanderesse-défenderesses adverses iraniennes Iran Marine and Industrial, Sediran Drilling Company (désormais, la National Iranian Oil Company), Iran Air, Bank Melli PLC U.K. et la marine iranienne sont des agences ou entités paraétatiques de l'Iran, disposant de droits possessoires existants sur les actifs bloqués détenus par les tiers saisis décrits en annexe A et en annexe B des présentes (les «actifs bloqués») ;

*Attendu que*, au vu des éléments de preuve soumis et considérés par le tribunal comme satisfaisants, les parties demanderesse-défenderesses adverses iraniennes défaillantes, et notamment Iran Air, Bank Melli PLC U.K., Iran Marine and Industrial, la marine iranienne et National Iranian Oil Company (en tant que successeur de Sediran Drilling Company) sont des organes, des agences ou des entités paraétatiques de la débitrice pour le jugement, la République d'Iran, au sens de la loi sur l'immunité des Etats étrangers et de la loi sur l'assurance contre les risques associés au terrorisme ;

*Attendu que* le tribunal conclut que les actifs bloqués constituent des «actifs bloqués d'une partie terroriste» au sens de la loi sur l'assurance contre les risques associés au terrorisme ;

*Attendu que* les actifs bloqués sont susceptibles d'exécution en vertu du paragraphe g) de l'article 1610 de la loi sur l'immunité des Etats étrangers et de l'article 201 de la loi sur l'assurance contre les risques associés au terrorisme,

*Il est conséquemment ordonné, jugé et décidé par les présentes que :*

1. la demande de remise non contestée est, par les présentes, *accueillie* ;
2. un jugement est rendu par les présentes en faveur des parties demanderesse et à l'encontre du tiers saisi Bank of America uniquement en sa qualité de tiers saisi et exclusivement en relation avec les actifs bloqués identifiés en annexe A des présentes, plus tous intérêts cumulés sur ceux-ci ;
3. un jugement est rendu par les présentes en faveur des parties demanderesse et à l'encontre du tiers saisi Wells Fargo uniquement en sa qualité de tiers saisi et exclusivement en relation avec les actifs bloqués identifiés en annexe B des présentes, plus tous intérêts cumulés sur ceux-ci ;

4. Bank of America paiera et remettra aux parties demandereses les actifs bloqués identifiés en annexe A des présentes, ainsi que tous intérêts cumulés sur ceux-ci, dans un délai de quinze (15) jours ouvrables à compter de la date de la présente ordonnance, et à la remise des actifs bloqués par Bank of America, cette dernière sera dégagée de toute autre responsabilité au titre de ces actifs bloqués conformément à l'article 16-528 du code du district de Columbia (D.C. Code § 16-528) ; et
5. Wells Fargo paiera et remettra aux parties demandereses les actifs bloqués identifiés en annexe B des présentes, ainsi que tous intérêts cumulés sur ceux-ci, dans un délai de quinze (15) jours ouvrables à compter de la date de la présente ordonnance, et à la remise des actifs bloqués par Wells Fargo, cette dernière sera dégagée de toute autre responsabilité au titre de ces actifs bloqués conformément à l'article 16-528 du code du district de Columbia (D.C. Code § 16-528) ;
6. les tiers saisis ont droit à ce que leur soient accordés leurs frais et honoraires d'avocats raisonnables en liaison avec la requête de tiers (les «honoraires d'avocats des tiers saisis»), qui seront payés uniquement sur le montant accordé par les présentes, pour un montant à convenir avec les parties demandereses, ou qui sera accordé par le tribunal sur demande ;
7. dans un délai de quinze (15) jours ouvrables de la réception des fonds des tiers saisis, si les parties demandereses et les tiers saisis conviennent du montant des honoraires d'avocats des tiers saisis, ou de quinze (15) jours ouvrables à compter de la date à laquelle le tribunal rend une ordonnance définitive, non susceptible d'appel, fixant le montant des honoraires d'avocats des tiers saisis, les parties demandereses paieront les honoraires d'avocats des tiers saisis aux tiers saisis sur les montants auxquels il est fait référence dans les paragraphes 2 et 3 de la présente ordonnance ;
8. en plus des décharges prévues dans les paragraphes 4 et 5 de la présente ordonnance, les tiers saisis Bank of America et Wells Fargo seront pleinement déchargés de leurs obligations en vertu des articles 16-554 et 26-803 du code du district de Columbia, et seront pleinement déchargés de leurs obligations en liaison avec l'appel en intervention forcée par *interpleader* conformément à l'article 22 des règles de procédure du règlement de la cour supérieure du district de Columbia et à l'article 22 des règles fédérales américaines de procédure civile, selon le cas, de toutes obligations ou responsabilités envers l'Iran, ou toute agence ou entité paraétatique de celui-ci (et notamment les parties demandereses-défenderesses adverses iraniennes défailtantes), ou envers toute autre partie ayant autrement droit aux fonds sur les comptes bloqués (et notamment Vedder Price et les parties demandereses-défenderesses adverses non iraniennes défailtantes), dans toute la mesure de ces montants ainsi détenus et payés aux parties demandereses conformément à cette ordonnance ;
9. les parties demandereses obtiendront que soient abandonnées toute procédure de saisie-arrêt ou autre similaire subsistant contre les tiers détenteurs, le cas échéant, et notamment des procédures en cours devant le tribunal fédéral de district pour la circonscription judiciaire du Maryland (affaire n° 1:11-cv-00137 (GLR)) et devant le tribunal fédéral de district pour la circonscription judiciaire de Caroline du Sud (affaire n° 11-MC-02114 (CMC)) ; et
10. il est, par les présentes, interdit à chacune des parties à l'instance, et il leur est fait défense, d'engager ou de poursuivre quelque demande ou action que ce soit à l'encontre des tiers saisis, où que ce soit, découlant de toute demande afférente aux actifs bloqués que les tiers saisis auront remis aux parties demandereses ou s'y rapportant, conformément à la présente ordonnance, ou s'y rapportant, excepté que ce tribunal demeurera compétent pour faire exécuter cette ordonnance.

Washington, D.C.

~~Le 11 novembre 2015~~

*Le 7 juin 2016.*

Il en est ordonné ainsi :

Le juge fédéral de district,  
*(Signé)* Royce C. LAMBERTH.

ANNEXE A

ACTIFS BLOQUÉS DÉTENUS PAR BANK OF AMERICA

<b>Numéro de compte</b>	<b>Montant bloqué initial</b>	<b>Montant bloqué au 30 juin 2015</b>	<b>Entité(s) iranienne(s) détentrices de droits réels sur l'actif bloqué</b>	<b>Type de transaction</b>
XXX9-002	37 453,88 USD	37 543,59 USD	Iran Marine and Industrial	Compte bloqué
XXX9-0003	11 717,00 USD	11 744,80 USD	Sediran Drilling Company	Compte bloqué
XXX8-0069	9 682,66 USD	9 743,53 USD	Iran Air, Bank Melli PLC U.K.	Produits chèques

ANNEXE B

ACTIFS BLOQUÉS DÉTENUS PAR WELLS FARGO

<b>Montant bloqué originel</b>	<b>Montant bloqué au 30 juin 2015</b>	<b>Entité iranienne détentrice de droits réels sur l'actif bloqué</b>	<b>Type de transaction</b>
207 873,00 USD	249 365,44 USD	Marine iranienne	Garantie bloquée pour lettre de crédit

\_\_\_\_\_

**ANNEXE 133**

**TÉLÉGRAMME DU DÉPARTEMENT D'ETAT DES ETATS-UNIS À L'AMBASSADE  
DES ETATS-UNIS À TÉHÉРАН EN DATE DU 15 FÉVRIER 1955**

*[Traduction]*

Département d'Etat

Destinataire : Ambassade des Etats-Unis, Téhéran 1561

La proposition n° 1716 d'ajout au paragraphe 2 de l'article II est redondante. Le droit de faire appliquer les réglementations de sécurité au niveau national est clairement visé au paragraphe 3 de l'article II. Les intérêts de sécurité sont également prévus à l'alinéa D du paragraphe 1 de l'article XX. La mention supplémentaire n'ajoute rien et créerait un malentendu sur l'intention des paragraphes 2 et 3 de l'article II. Vous pouvez produire une déclaration écrite si nécessaire pour les archives de la négociation, rappelant que le droit d'appliquer les réglementations internes de sécurité en matière de circulation et de résidence est couvert par le paragraphe 3 de l'article II. Le traité reconnaît pleinement le droit supérieur de l'Etat à prendre des mesures pour se protéger et pour protéger la sécurité publique.

Dans l'article XII, il manque une virgule avant et après les guillemets ouverts et fermants.

*(Signé)* DULLES.

---

**ANNEXE 134**

**JURIDICTIONS À HAUTS RISQUES ET SOUS SURVEILLANCE, GROUPE D'ACTION  
FINANCIÈRE SUR LE BLANCHIMENT DE CAPITAUX (GAFI), JUIN 2019**

*[Traduction]*

En se fondant sur les résultats de l'examen de l'International Cooperation Review Group (ICRG), le GAFI recense les juridictions dont les stratégies de lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme présentent des carences, et publie ces travaux dans les documents publics suivants à parution trisannuelle : Déclaration publique du GAFI (appel à l'action) et Améliorer l'application de la réglementation mondiale en matière de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme : processus permanent (autres juridictions sous surveillance).

**Juridictions à hauts risques et sous surveillance**

	Appel à l'action	Autres juridictions sous surveillance
Bahamas		X
Botswana		X
Cambodge		X
République populaire démocratique de Corée	X	
Ethiopie		X
Ghana		X
Iran	X	
Pakistan		X
Panama		X
Sri Lanka		X
Syrie		X
Trinité-et-Tobago		X
Tunisie		X
Yémen		X

ANNEXE 135

TÉLÉGRAMME N° 936 EN DATE DU 9 NOVEMBRE 1954 ADRESSÉ À L'AMBASSADE  
DES ÉTATS-UNIS PAR LE DÉPARTEMENT D'ÉTAT

[Traduction]

Département d'Etat

Diffusion restreinte

Destinataire : Ambassade des Etats-Unis, Téhéran

Paragraphe 1 de l'article III du traité. L'observation de l'Iran semble procéder d'un malentendu. Le paragraphe en cause ne confère pas aux sociétés le droit d'exercer des activités commerciales. Il ne fait que garantir leur reconnaissance en tant que personnes morales, principalement pour qu'elles puissent faire valoir ou défendre leurs droits en justice en tant que personnes morales. En ce sens, le paragraphe 1 est lié au paragraphe 2 [qui porte sur l'accès aux tribunaux]. Aux termes du traité, une société américaine ne peut exercer des activités commerciales en Iran que dans la mesure où ce dernier le permet. Le statut de personne morale doit être reconnu afin de garantir le droit des personnes morales étrangères — celles qui vendent des marchandises ou fournissent des services à l'Iran et celles qui sont autorisées à exercer leurs activités en Iran — d'avoir libre accès aux tribunaux pour recouvrer des créances, protéger des droits attachés à des brevets, faire exécuter des contrats, etc. Si cette explication ne suffit pas à lever la difficulté, demander un exposé du problème plus détaillé.

Paragraphe 3 de l'article III. L'explication de l'ambassade est exacte. Faire aussi référence au long historique d'arbitrage privé auquel il est souvent recouru dans les milieux d'affaires, qui permet d'accélérer le règlement des litiges sans surcharger les tribunaux publics, qui est purement volontaire de la part des parties au contrat. L'Iran n'est pas tenu d'exécuter les décisions en cas d'objections de fond mais simplement ne doit pas appliquer un traitement discriminatoire contre les arbitres étrangers ou le *situs* étranger. On trouve des dispositions comparables dans les traités des Etats-Unis avec le Japon, l'Allemagne, etc.

(Signé) DULLES.

---

ANNEXE 136

**INSTRUCTION EN DATE DU 21 DÉCEMBRE 1953 ADRESSÉE À L'AMBASSADE  
DES ETATS-UNIS À LA HAYE PAR LE DÉPARTEMENT D'ETAT**

*[Traduction]*

Note du département d'Etat

Déclassifié : 1968

N° : A-165 21 décembre 1953

Objet : Traité d'amitié, de commerce et de navigation

Destinataire : Ambassade des Etats-Unis, La Haye.

En référence à la note A-144 du département d'Etat du 27 novembre dans laquelle, en commentaire du paragraphe 3 de l'article XXI, il fournit des instructions supplémentaires concernant la proposition des Pays-Bas consistant à ajouter le critère du «siège» aux règles régissant la nationalité des sociétés. Bien qu'il ressorte du télégramme n° 494 de l'ambassade daté du 4 décembre qu'une telle instruction n'est pas d'une nécessité immédiate, le département d'Etat expose ici ses réflexions sur le critère du «siège», pour mémoire et pour compléter le dossier des questions soulevées dans des dépêches récentes concernant le projet de traité d'amitié, de commerce et de navigation. Ces réflexions peuvent se résumer comme suit :

- 1) Les Pays-Bas n'ont pas donné les raisons pour lesquelles il serait souhaitable ou nécessaire d'ajouter le critère du «siège» ; le critère unique du lieu de constitution proposé par le département d'Etat, qui est celui utilisé dans tous les traités d'amitié, de commerce et de navigation signés par les Etats-Unis avec différents pays depuis la seconde guerre mondiale, devrait être présumé logique et convenable, sauf à apporter la preuve du contraire.
- 2) Le critère unique du lieu de constitution a la vertu de la simplicité et de la facilité de détermination. Il reconnaît la pleine préséance des lois du pays auquel la société doit son existence et dont il tire sa nationalité ; et il rend la détermination de la nationalité d'une société analogue à la détermination de celle d'une personne physique, ce qui est conforme à la logique du traité, qui traite les sociétés comme les personnes physiques, dans la mesure où cela est possible et prudent. D'un point de vue théorique, on ne voit guère pourquoi le lieu où une société a son «siège» devrait régir sa nationalité, pas plus que le lieu de domicile ou de résidence d'un individu ne devrait déterminer sa nationalité. Le critère simple, unique et logique du lieu de constitution contribue, de l'avis du département d'Etat, au bon ordre dans le domaine du statut juridique international des sociétés.
- 3) Il peut être souligné que la définition de la nationalité d'une société est une définition, rien de plus. En elle-même, la définition ne fait qu'imposer à chaque partie l'obligation de concéder et de reconnaître que la société existe effectivement et qu'elle est dotée de la personnalité juridique dès lors que les textes juridiques de l'autre partie l'ont créée et lui ont permis d'exister. C'est dans les dispositions normatives du corps du traité qu'il faut rechercher les droits opposables conférés à la société.
- 4) Le département d'Etat a conscience qu'une partie pourra souhaiter conserver des marges de protection contre d'éventuels abus commis dans l'utilisation de la structure sociale ; il a donc rédigé en conséquence la disposition figurant à l'article XXI (1-e), qui autorise à «percer le voile social» lorsqu'on souhaite priver, indirectement mais tout aussi efficacement, la structure du pays

tiers de certains droits importants conférés par ce traité bilatéral. (Voir le commentaire dans A-144 concernant cette réserve.) Mais les rédacteurs de cette réserve ont veillé à ce qu'il ne soit en aucun cas possible de priver une société de son existence juridique ou de son droit d'ester en justice ; et le paragraphe 2 du protocole est notamment conçu pour empêcher que l'invocation de la disposition XXI (1-e) ne puisse permettre la spoliation des droits de propriété légalement acquis des ressortissants de l'autre partie. L'ajout du critère de «siège» à la définition de l'article XXII (3) aurait des effets très étendus et indiscriminés. On peut douter que les Pays-Bas souhaitent voir une entreprise privée du moindre droit prévu par le traité parce qu'elle ne remplit pas le critère du «siège». La vie réelle nous fournit un exemple de cette situation : les sociétés formées dans le cadre du China Trade Act, dont beaucoup ont été constituées selon la loi du district de Columbia mais qui conservaient leur activité et leurs bureaux de direction (à savoir leur «siège») en Chine. Il serait malencontreux que de telles sociétés ne puissent pas se pourvoir en justice devant les tribunaux des Pays-Bas en cas de rupture de contrat ou de violation de brevet ; et le département d'Etat ne saurait croire que, en dépit du caractère inconditionnel de leur proposition d'ajout de la notion de «siège», les Pays-Bas souhaitent vraiment parvenir à un tel résultat.

- 5) A titre secondaire, le terme «siège» n'existe guère dans la jurisprudence américaine, et son introduction dans le traité produirait un élément d'incertitude dans les affaires dont auraient à connaître les tribunaux américains. Même dans les pays européens, il ne semble pas exister d'approche commune. Le «siège» peut être le bureau légal, le centre d'administration (le «siège social» [en français dans l'original]), ou le centre d'exploitation, lesquels peuvent être situés dans des lieux différents, et il n'est pas toujours évident de déterminer la localisation des sites dans une structure complexe. Dans une affaire française célèbre, la cour avait statué que le «siège social» était en réalité le centre d'exploitation, malgré la règle habituelle qui veut que ce soit le centre d'administration.
- 6) Les Pays-Bas ont déjà accepté le critère du lieu unique de constitution dans deux instruments conclus avec les Etats-Unis : l'accord relatif aux revendications conflictuelles sur les actifs de l'ennemi allemand, signé à Bruxelles le 5 décembre 1947 (annexes, articles 11 et 21), et la convention visant à éviter la double imposition signée à Washington le 29 avril 1948 (article II 1) *c*) et *d*). Les deux pays ont par conséquent un précédent bien établi d'application de cette règle, et semblent avoir réglé ce point entre eux. (Il serait anormal de retenir le critère du «siège» pour le traitement fiscal dans le traité d'amitié, de commerce et de navigation, mais pas dans la convention fiscale.)

(Signé) DULLES.

---

**ANNEXE 137**

**INSTRUCTION EN DATE DU 25 MARS 1957 ADRESSÉE À L'AMBASSADE  
DES ETATS-UNIS À BRUXELLES PAR LE DÉPARTEMENT D'ÉTAT**

[Traduction]

Note du département d'Etat 2426

Diffusion restreinte

N° : A-201 25 mars 1957

Objet : Traité d'amitié, de commerce et de navigation, contre-projet de la Belgique — quatrième version (articles I à V).

Destinataire : Ambassade des Etats-Unis, Bruxelles

Référence : Dépêche de l'ambassade n° 942 du 1<sup>er</sup> février 1957

On trouvera ici un examen des articles I à V de la quatrième version du contre-projet de la Belgique, principalement pour détailler la manière dont le département comprend le statut de ces dispositions qui n'ont pas été commentées dans des notes récentes.

*Préambule* : le préambule de la quatrième version du contre-projet est acceptable tel quel.

*Article I* : acceptable.

*Article II* : acceptable : la note de bas de page au paragraphe 1 suggère que la Belgique souhaite qu'il soit confirmé que les lois d'immigration des Etats-Unis autorisent l'entrée automatique des négociants et investisseurs couverts par le traité. Si la Belgique soulève de nouveau ce point, l'ambassade pourra apporter la réponse suivante : affirmer que l'entrée des négociants et investisseurs est autorisée automatiquement peut être trompeur car cela implique que ces deux catégories de non-immigrants sont dispensés des impératifs et des procédures imposés à tout étranger souhaitant pénétrer sur le territoire des Etats-Unis. Tel n'est évidemment pas le cas. Les négociants et investisseurs couverts par le traité, à l'instar de quiconque qui souhaite entrer aux Etats-Unis, doivent satisfaire aux impératifs en termes de documents d'entrée et doivent donc établir à cette fin qu'ils ne sont pas sous le coup d'une interdiction pour l'un des motifs visés à l'article 212 de la loi sur l'immigration et la nationalité. En outre, ces négociants et investisseurs, de même que quiconque souhaite entrer aux Etats-Unis comme non-immigrant, doivent établir qu'ils relèvent bien de la catégorie spécifique à laquelle ils prétendent pour entrer. Pour cela, il leur faut démontrer qu'ils possèdent les qualifications spéciales stipulées dans la loi et les réglementations administratives relatives à la catégorie qu'ils revendiquent.

Par conséquent, la disposition du traité ne saurait être interprétée comme garantissant que quiconque fait une demande de visa de non-immigrant en qualité de négociant ou d'investisseur couvert par le traité sera admis à entrer sur le territoire américain. Cela étant, imposer aux négociants et aux investisseurs les mêmes impératifs qu'à tous les autres non-immigrants ne constitue rien de plus que l'exercice des pouvoirs normaux de contrôle visant à prévenir les abus du privilège d'entrée. Ces impératifs sont tels qu'un demandeur qui serait de toute façon admis à entrer, s'il peut démontrer qu'il est véritablement négociant ou investisseur, ne devrait rencontrer aucune difficulté pour obtenir le droit d'entrer aux Etats-Unis. Cette conclusion est corroborée par un abondant historique d'application et d'interprétation tolérante de la disposition du traité relative aux négociants. Cette disposition a reçu une autorisation statutaire spécifique en 1924 et, depuis lors, l'entrée aux Etats-

Unis des négociants relevant du traité est soumise à des contrôles administratifs. Année après année, on peut considérer que les autorités de régulation se sont toujours montrées accommodantes. Le concept de négociant au titre du traité s'entend généralement comme englobant différentes activités, comme l'assurance et la banque, qui n'ont qu'un rapport indirect avec l'échange international de marchandises. De même, pour application de cette disposition, la tendance a été de faire preuve de tolérance, conformément à l'objet du traité qui est de favoriser le commerce international, les contrôles administratifs étant utilisés principalement pour prévenir le contournement des lois d'immigration, plutôt que comme un instrument de création de restrictions arbitraires ou d'immixtion dans les affaires commerciales.

*Paragraphe 1 de l'article III* : une révision de la première phrase est proposée dans la note A-171 du département d'Etat du 11 février 1957. Dans la deuxième phrase, il se peut que l'expression «à tous les degrés de juridiction» doive être déplacée. (Voir dépêche n° 642 de l'ambassade du 27 novembre 1956.)

*Paragraphe 2 de l'article III* : la première phrase est acceptable. Une révision de la deuxième phrase est proposée dans la note A-171.

*Paragraphe 3 de l'article III* : la première phrase fait l'objet de la note A-145 du département d'Etat du 16 janvier 1957. A la lumière de la dépêche n° 942 de l'ambassade, il apparaît que les parties se sont mises d'accord sur la deuxième phrase.

*Paragraphe 4 de l'article III* : acceptable, hormis que le premier mot de la deuxième ligne en page 8 devrait être «et».

*Paragraphe 5 de l'article III* : accepté. (Note A-49 du département d'Etat du 21 août 1956.)

*Paragraphe 1 de l'article IV* : accepté. (Note A-134 du département d'Etat du 27 décembre 1956.)

*Paragraphe 2 de l'article IV* : les deux premières phrases sont acceptées. (Dépêches de l'ambassade n° 622 du 21 novembre 1956, n° 942 du 1<sup>er</sup> février 1957.) La troisième phrase est traitée dans la note A-153 du département d'Etat du 24 janvier 1957.

*Paragraphe 3 de l'article IV (nouvelle numérotation)* : accepté. (Dépêche n° 622 de l'ambassade.) Toutefois, l'ordre des paragraphes 3 et 4 a été inversé par inadvertance. Cela ne correspond pas à une intention du département d'Etat : cela divise en deux les dispositions relatives à l'expropriation avec une règle de traitement non discriminatoire s'appliquant aux biens en général. L'intention du département d'Etat était de regrouper les règles générales en début d'article, et d'insérer ensuite les règles plus spécifiques. Dans le cas contraire, une règle générale comme celle énoncée dans ce paragraphe pourrait être interprétée comme s'appliquant uniquement aux éléments spécifiques mentionnés au paragraphe immédiatement précédent plutôt qu'à l'ensemble des droits sur les biens, comme souhaité. De même, l'ambassade devrait proposer, en temps opportun, que ce paragraphe soit placé immédiatement après le paragraphe 1. L'actuel paragraphe 2 deviendrait le paragraphe 3 et les autres conserveraient leur numéro actuel.

*Paragraphes 4 et 5 de l'article IV* : acceptés. (Note A-96 du 29 octobre 1956 du département d'Etat.)

*Paragraphe 6 de l'article IV* : un examen plus approfondi de ce paragraphe indique que le remplacement de «s'engagent» par «expriment leur accord sur le fait qu'il est hautement souhaitable» produit une construction assez difficile à rendre correctement en anglais ; apparemment la version française laisse également à désirer. La solution pourrait consister, soit à trouver une formule acceptable pour remplacer «par voie de coopération et par tous autres moyens», soit de conserver «expriment leur accord sur le fait qu'il est hautement souhaitable», qui se veut vraisemblablement

une traduction littérale de la version anglaise de l'article X 2) du traité avec les Pays-Bas. Le département d'Etat opterait pour la deuxième solution.

*Paragraphe 1 de l'article V* : acceptable. S'agissant du droit pour les sociétés de chacun des deux pays de former des filiales soumises aux lois générales de l'autre en matière de constitution de sociétés (dépêche de l'ambassade n° 622), il peut être observé que la règle qui prévaut aux Etats-Unis, de même qu'en Belgique, est que seules des personnes physiques peuvent constituer une société, même si dans certains Etats et dans certaines circonstances, les sociétés peuvent aussi le faire. En pratique, l'objet de ce traité ne doit pas être de créer un tel droit pour les sociétés étrangères, mais de faire en sorte qu'une telle société soit en mesure, via une personne physique jouant le rôle d'agent ou d'intermédiaire, de constituer une société qui sera sa filiale. De l'avis du département d'Etat, l'inclusion du mot «filiales» dans la deuxième phrase suffit à ce que ce soit le cas, mais il peut être souhaitable, du fait des écarts entre les systèmes juridiques des deux pays, de préciser brièvement l'interprétation commune aux deux parties dans les archives de négociation.

*Paragraphe 2 de l'article V* : la première phrase est acceptable. Dans l'ensemble, la Belgique a raison lorsqu'elle soutient que le paragraphe tel qu'il est formulé actuellement accorde le droit à se livrer à des activités lucratives «directement, via un agent ou au moyen de toute forme d'entité juridique légalement constituée». La référence au moyen par lequel ces opérations seront effectuées n'a d'autre but que d'illustrer la portée de la règle du traitement national. En l'état, il signifie que dans les deux pays, il n'existe en général pas de restrictions sur le choix des moyens employés pour conduire des activités économiques, par exemple de limites sur le recours à des agents ou d'obligation d'opérer exclusivement via une société nationale.

Même s'il faut reconnaître que ces mentions supplémentaires revêtent une importance secondaire, cela peut être utile, en choisissant la bonne formulation, afin : a) d'amplifier et de renforcer l'assurance générale fournie par le traité de conditions favorables à l'investissement ; b) de clarifier utilement la portée de la disposition en question, afin d'aider à son interprétation et à son application ; c) de renforcer grâce à un exemple la définition des normes internationales souhaitable des pratiques à cet égard ; d) de souligner que les Etats-Unis n'ont nullement l'intention de rompre avec la pratique des traités récents de couverture large et détaillée de cette question. Toutefois, la formule employée est de caractère protocolaire et la meilleure solution serait de la modifier pour l'insérer dans le protocole. L'ambassade devrait donc, si cela est faisable, proposer l'inclusion dans le protocole d'une disposition signifiant : «Il est bien entendu que les activités évoquées au paragraphe 2 de l'article V peuvent être effectuées par un agent ou par l'intermédiaire de toute forme d'entité légalement constituée.»

La deuxième phrase a été acceptée. (Notes A-134 et A-171 du département d'Etat.)

*Paragraphe 3 de l'article V* : de l'avis du département d'Etat, il existe de fortes objections à la proposition de la Belgique de conditionner la reconnaissance du statut juridique des sociétés à 1) une réserve pour «l'ordre public» et 2) au critère dit du «siège».

- a) L'objet de cette disposition est de fournir une définition qui permettra une détermination simple, facile et claire de la nationalité des sociétés et des personnes morales similaires. Une telle définition est nécessaire à la bonne interprétation et à la bonne application du traité.
- b) S'agissant d'une définition, cette disposition ne fait qu'imposer à chaque pays l'obligation de reconnaître que la société existe effectivement et qu'elle est dotée de la personnalité juridique dès lors que les textes juridiques de l'autre pays l'ont créée et lui ont permis d'exister.
- c) Le simple fait que l'un des deux pays reconnaisse la personnalité juridique d'une société de l'autre en application de cette disposition ne confère pas à cette société le pouvoir ou la capacité d'effectuer dans ce pays les activités contenues dans ses statuts comme étant son objet social. Les droits effectifs d'une société doivent être cherchés dans le reste du dispositif du traité.

- d) L'objet étant de déterminer la nationalité de la société, non de lui conférer le droit de se livrer à des activités, le test unique du lieu de constitution proposé par le département d'Etat est considéré comme logique et approprié. Il a la vertu de la simplicité et de la facilité de détermination. Il donne toute préséance aux lois du pays auquel la société doit son existence et dont il tire sa nationalité ; et il rend la détermination de la nationalité d'une société analogue à la détermination de celle d'une personne physique, conformément à la logique du traité, qui traite les sociétés comme les personnes physiques, dans la mesure où cela est possible.
- e) Ici encore, étant donné l'objet de la disposition, on ne voit guère pourquoi la détermination de la nationalité d'une société devrait dépendre de considérations qui sont en fait sans rapport avec elle. La localisation du «siège» d'une société ne devrait pas régir sa nationalité davantage que le domicile ou la résidence pour une personne. S'agissant du critère de l'ordre public, la situation est encore plus extrême, car la reconnaissance de la nationalité d'une société est subordonnée à la conformité des statuts et de l'objet social avec les lois d'un Etat étranger.
- f) Ces critères sont sans objet au regard des objectifs poursuivis avec l'inclusion de cette définition dans le traité. Comme la reconnaissance de son statut juridique ne donne pas à une société le droit de se livrer à des activités, le fait que ses statuts ou son objet social soient pleinement conformes avec les lois du pays qui accorde la reconnaissance n'a aucune incidence. Pour que cette reconnaissance ait des effets indésirables, il faudrait qu'elle donne à la société le droit de pratiquer des activités contraires à la loi. Mais le traité ne cautionne pas d'activités illégales, et il écarte la possibilité d'octroi inapproprié d'une prérogative à une société en n'accordant des droits d'exploitation qu'au moyen de dispositions spécifiques et détaillées à cette fin. La jouissance de droits d'exploitation qui ne seraient pas ainsi désignés spécifiquement dépendrait bien sûr entièrement des lois du pays d'accueil.
- g) Toutefois, conscient que chaque partie au traité peut souhaiter conserver une marge de protection supplémentaire contre d'éventuels abus qui résulteraient de l'utilisation de la personnalité morale, le département d'Etat a ajouté, dans le contre-projet dans l'alinéa f) du paragraphe 1 de l'article XXI, une disposition qui permet la «levée du voile social» au cas où il serait souhaitable de refuser à des intérêts de pays tiers un accès indirect mais effectif à certains droits significatifs conférés par un tel traité bilatéral. Mais cette réserve a été rédigée avec soin de manière qu'elle ne puisse pas être invoquée pour dénier l'existence juridique d'une société ou ses droits de justiciable.
- h) L'accès aux cours de justice est le principal droit que le traité fait dépendre de la reconnaissance de la nationalité de la société. L'ajout des critères de l'ordre public et du «siège» aurait des effets si étendus et indiscriminés que presque inévitablement, dans certains cas, des sociétés se verraient dénier leur droits de justiciables pour des motifs purement techniques. On peut douter que la Belgique souhaite vraiment voir une entreprise privée de tous les vestiges des droits qui lui sont conférés par le traité au motif qu'elle ne remplit pas l'un de ces deux critères, ou les deux. La reconnaissance du statut juridique est indispensable pour que les structures puissent agir en justice afin d'établir ou non la validité d'accusations d'illégalité. Une société pourrait se voir privée d'accès à la justice alors que c'est précisément pour faire déterminer juridiquement son statut qu'elle souhaite se rendre au tribunal. Etant donné les grandes incertitudes qui entourent ces deux critères, dans certains cas, le seul moyen de parvenir à une solution satisfaisante serait d'agir en justice, mais ce serait impossible avec la proposition de la Belgique. De plus, même si une société ne répond à aucun de ces deux critères, elle devrait au minimum avoir accès aux tribunaux. Il serait malencontreux que, en cas de rupture de contrat ou de violation de brevet par exemple, une société ne puisse pas tenter de poursuites auprès des tribunaux de Belgique parce qu'un point de ses statuts est incompatible avec les lois belges, alors qu'elle n'exerce pas d'activités en Belgique et n'a pas enfreint la loi de ce pays. Il serait encore plus malencontreux que cette situation advienne simplement parce que la société a, suivant une pratique assez courante, conservé ses centres exécutif et de direction dans un pays tiers (par exemple les sociétés du China

Trade Act). Le département d'Etat ne peut concevoir qu'en dépit du caractère flou de sa proposition, la Belgique souhaite vraiment parvenir à un tel résultat.

- i) Autre point à prendre en considération : l'incidence du critère de l'ordre public sur les sociétés belges aux Etats-Unis. Compte tenu de la multiplicité des instances qui encadrent les activités des sociétés (le gouvernement fédéral, les 48 Etats, le district de Columbia, les territoires et possession des Etats-Unis), il ne peut y avoir convergence de vues sur ce qui est conforme et non conforme à l'ordre public. Cette diversité accroît considérablement la probabilité que les statuts ou l'objet social d'une société belge satisfassent au critère de l'ordre public devant toutes ces instances. En toute probabilité, cette société se retrouvera dans une situation pour le moins inextricable : elle sera reconnue dans certains Etats mais pas dans d'autres, et pour des motifs qui pourront être très différents d'un Etat à l'autre. La situation qui prévaut aux Etats-Unis démontre de manière évidente l'inutilité d'un critère d'ordre public. Certaines activités sont légales dans certains Etats et pas dans d'autres (trafic d'alcool, jeux d'argent), mais ces activités n'ont pas débordé des Etats «tolérants» vers les Etats «intolérants» simplement parce que ces derniers reconnaissaient la personnalité juridique des sociétés des Etats tolérants qui pratiquaient ces activités et leur ont donné accès aux tribunaux.
- j) Concernant le critère du «siège», il n'existe guère dans la jurisprudence américaine, et son introduction dans le traité produirait un élément d'incertitude dans les affaires dont auraient à connaître les tribunaux américains. Même dans les pays européens, il ne semble pas exister d'approche uniforme. Le «siège» peut être le bureau légal, ou le centre d'administration (le «siège social» [en français dans l'original]), ou le centre d'exploitation, qui peuvent être situés dans des lieux différents, et il n'est pas toujours évident de déterminer la localisation des sites dans une structure complexe.
- k) De l'avis du département d'Etat, le seul critère rigoureux et approprié de détermination de la nationalité d'une société est celui, simple, unique et logique, du lieu de constitution. Il offre un élément de sécurité ; il minimise les risques de confusion et d'iniquité et, à ce titre, contribue fortement à une plus grande uniformité de pratique en la matière. La Belgique n'a pas donné une seule raison pour laquelle il serait souhaitable ou nécessaire d'ajouter le critère de l'ordre public ou celui du «siège». Dans le seul échange qui ait eu lieu à ce sujet (dépêche n° 456 de l'ambassade du 11 octobre 1956), elle a évoqué la nécessité de clarifier le statut des sociétés américaines non immatriculées en Belgique et noté que la disposition suggérée par la Belgique existait dans ses traités avec tous les autres pays d'Europe. En revanche, la Belgique a déjà accepté le critère unique du lieu de constitution dans deux instruments conclus avec les Etats-Unis : 1) l'accord relatif aux revendications conflictuelles sur les actifs de l'ennemi allemand, signé à Bruxelles le 5 décembre 1947 (annexes, articles 11 et 21), et la convention visant à éviter la double imposition signée à Washington le 29 avril 1948 (article II, 1) c) et d)). Les deux pays ont par conséquent un précédent bien établi d'application de cette règle, et semblent avoir réglé ce point entre eux. Il serait bien sûr anormal de retenir le critère du «siège» pour le traitement fiscal dans le traité d'amitié, de commerce et de navigation, mais pas dans la convention fiscale.

La question de savoir où insérer cette disposition peut être laissée en suspens pour l'instant. S'il était décidé de la placer dans l'article V, il serait préférable que ce soit immédiatement après le paragraphe 1.

*Paragraphe 4 de l'article V* : accepté. (Note A-134 du département d'Etat.)

*Paragraphes 5, 6 et 7 de l'article V* : acceptés. (Note A-97 du département d'Etat d'octobre 1956). La référence croisée du paragraphe 6 devrait renvoyer aux paragraphes 2 et 4.

*Paragraphe 8 de l'article V* : accepté. (Notes 1-134 et A-171 du département d'Etat.)

Les commentaires du département d'Etat sur les autres articles de la quatrième version du contre-projet feront l'objet d'une communication séparée.

*(Signé)* DULLES.

---

ANNEXE 141

**FIRST NATIONAL CITY BANK V. BANCO PARA EL COMERCIO EXTERIOR DE CUBA,  
COUR SUPRÊME DES ETATS-UNIS, 17 JUIN 1983, 462 US 611 (1983)**

[Traduction]

**FIRST NATIONAL CITY BANK, APPELANTE, C. BANCO  
PARA EL COMERCIO EXTERIOR DE CUBA**

N° 81-984.

Audience du 28 mars 1983.

Arrêt du 17 juin 1983.

**Résumé**

L'Etat cubain a créé la défenderesse en 1960 pour servir d'établissement de crédit officiel autonome pour le commerce extérieur, doté d'une pleine capacité juridique. La défenderesse cherchait à opérer un recouvrement sur une lettre de crédit émise par la banque appelante en faveur de la défenderesse à l'appui d'un contrat de livraison de sucre cubain à un acheteur aux Etats-Unis. Peu après, tous les actifs de l'appelante à Cuba ont été confisqués et nationalisés par les autorités cubaines. Lorsque la défenderesse a saisi un tribunal fédéral de première instance en relation avec la lettre de crédit, l'appelante a introduit une demande reconventionnelle en alléguant un droit à compensation de la valeur de ses actifs cubains saisis. Après le début de l'action en justice mais avant le dépôt de la demande reconventionnelle de l'appelante, la défenderesse a été dissoute et son capital réparti entre Banco Nacional, qui est la banque centrale de Cuba, et diverses entreprises ou maisons de commerce extérieur du ministère cubain du commerce extérieur. Rejetant l'assertion de la défenderesse qui soutenait que le fait qu'elle ait un statut juridique distinct la dégageait de toute responsabilité du fait des actions du Gouvernement cubain, le tribunal fédéral de première instance a conclu que puisque la valeur des actifs cubains de l'appelante excédait la demande de la défenderesse, la compensation pouvait être accordée en faveur de l'appelante et a donc débouté la défenderesse. La cour d'appel a infirmé le jugement en concluant que la défenderesse n'était pas l'*alter ego* de l'Etat cubain aux fins de la demande reconventionnelle de l'appelante.

*Arrêt* : en vertu de principes d'équité communs au droit international et à la *common law* fédérale, l'appelante peut appliquer la compensation demandée, en dépit du fait que la défenderesse constitue une entité juridique distincte (p. 619-633).

- a) La loi de 1976 sur les immunités souveraines étrangères ne règle pas la détermination du droit de l'appelante à appliquer la compensation. La loi n'était pas destinée à affecter le droit substantiel régissant la responsabilité d'un Etat étranger ou de l'un de ses organes, non plus que l'imputation d'une responsabilité à l'un ou l'autre de tels organes (p. 619-621).
- b) Une présomption d'indépendance statutaire doit être reconnue aux entités paraétatiques dûment créées d'un Etat étranger. Cette présomption peut néanmoins être renversée lorsque l'effet de la forme sociale serait de permettre à un Etat étranger d'être l'unique bénéficiaire d'une demande soumise aux tribunaux des Etats-Unis tout en échappant à une responsabilité envers la partie adverse imposée par le droit international (p. 623-630).
- c) Ainsi, en l'espèce, donner effet au statut juridique de la défenderesse, bien que celle-ci ait été dissoute depuis longtemps, permettrait au véritable bénéficiaire de cette action, c'est-à-dire, à

l'Etat cubain, d'obtenir de nos tribunaux une réparation qu'il ne pourrait obtenir par lui-même sans renoncer à son immunité de juridiction et répondre de la confiscation des actifs de l'appelante en violation du droit international. La forme sociale ne sera pas respectée aveuglément dès lors qu'un tel respect entraînerait une injustice. Ayant dissout la défenderesse et transféré ses actifs à des entités susceptibles d'être reconnues responsables sur demande reconventionnelle de l'appelante, Cuba ne peut échapper à une responsabilité pour des actes contraires au droit international simplement en transférant à nouveau des actifs à des entités juridiques distinctes. Conclure différemment reviendrait à permettre aux Etats de se soustraire aux exigences du droit international simplement en créant des entités juridiques lorsque le besoin s'en fait sentir (p. 630-633).

658 F.2d 913 (2nd Cir.1981), infirmation et renvoi.

Henry Harfield, New York, pour l'appelante.

Richard G. Wilkins, Washington, D.C., pour les Etats-Unis, en qualité d'*amicus curiae, pro hac vice*, par autorisation spéciale de la cour.

Michael Krinsky, New York, pour la défenderesse.

Mme le juge O'Connor a rédigé l'opinion de la cour.

1. En 1960, le Gouvernement de la République de Cuba a créé la défenderesse Banco para el Comercio Exterior de Cuba (Bancec) pour servir d'«[é]tablissement officiel autonome de crédit pour le commerce extérieur ... avec pleine capacité juridique ... en propre» (loi n° 793, art. 1 (1960) ; appendice de déclaration d'appel extraordinaire en *certiorari* [Appendix to Petition for a Writ of Certiorari], App. to Pet. for Cert. 2d). En septembre 1960, Bancec a cherché à procéder à un recouvrement sur une lettre de crédit émise par la banque appelante First National City Bank (maintenant Citibank) en sa faveur à l'appui d'un contrat de livraison de sucre cubain à un acheteur aux Etats-Unis. Au cours des jours qui ont suivi la réception par Citibank de la demande de paiement, tous ses actifs à Cuba ont été confisqués et nationalisés par le Gouvernement cubain. Lorsque Bancec a saisi un tribunal fédéral de première instance en relation avec la lettre de crédit, Citibank a introduit une demande reconventionnelle en alléguant un droit à compensation de la valeur de ses actifs cubains saisis. La question qui se pose à nous consiste à déterminer si Citibank peut obtenir une telle compensation bien que Bancec ait été créée sous la forme d'une entité juridique distincte. En application de principes d'équité communs au droit international et à la *common law* fédérale, nous concluons que Citibank peut appliquer une compensation.

2. \* Le règlement de la question présentée par cette affaire nous impose de décrire de manière assez détaillée les événements donnant lieu au différend actuel.

3. Bancec a été créée par la loi n° 793 du 25 avril 1960 en tant que successeur en droit de la Banco Cubano del Comercio Exterior (banque cubaine du commerce extérieur), banque de commerce établie par le Gouvernement cubain en 1954 et propriété conjointe de l'Etat et de banques privées. La loi n° 793 contient des «statuts» détaillés énonçant l'objet, la structure et les modalités d'administration de Bancec. L'objet de Bancec était, selon la loi, «de contribuer et de collaborer à la politique commerciale internationale du gouvernement et à l'application des mesures concernant le commerce extérieur adoptées par la «Banco Nacional de Cuba»», la banque centrale cubaine (Banco Nacional) (art. 1, n° VIII, App. to Pet. for Cert. 4d). Bancec avait le pouvoir d'agir en qualité d'agent exclusif du Gouvernement cubain dans le domaine du commerce extérieur. L'Etat cubain apportait tout son capital et était propriétaire de la totalité de ses actions. Le trésor général de la République recevait la totalité des bénéfices de Bancec, après déduction de montants destinés aux réserves en

capital. Un conseil d'administration composé de représentants de ministères du Gouvernement cubain dirigeait et gérât Bancec. Son président était Ernesto Che Guevara, qui était également ministre d'Etat et président de la Banco Nacional. Un directeur général nommé par le conseil d'administration était chargé de la direction des opérations quotidiennes de Bancec en conformité avec la loi habilitante.

4. Dans des contrats signés le 12 août 1960, Bancec s'engageait à acheter une quantité de sucre à l'Instituto Nacional de Reforma Agraria (INRA), organisme de l'Etat cubain, qui était propriétaire de l'industrie sucrière nationalisée de Cuba, et à la vendre à la Cuban Canadian Sugar Company. Ce contrat de vente était assorti d'une lettre de crédit irrévocable en faveur de Bancec émise par Citibank le 18 août 1960, que Bancec a cédée à Banco Nacional aux fins de recouvrement.

5. Dans l'intervalle, l'Etat cubain a promulgué, en juillet 1960, la loi n° 851 prévoyant la nationalisation des biens cubains de citoyens des Etats-Unis. Par la résolution n° 2 du 17 septembre 1960, le gouvernement a ordonné la nationalisation par expropriation forcée de tous les biens cubains de trois banques américaines, dont Citibank. La «loi de nationalisation bancaire» n° 891 du 13 octobre 1960 proclamait que la fonction bancaire ne pouvait être assurée que par des entités paraétatiques créées par l'Etat, et confiait à Banco Nacional la mission de mener à bien la nationalisation.

6. Vers le 15 septembre 1960, avant la nationalisation des banques, la traite de Bancec a été présentée pour paiement à Citibank par Banco Nacional. Le montant demandé était de 193 280,30 dollars des Etats-Unis en paiement de sucre livré à Pascagoula, Mississippi (Etats-Unis). Le 20 septembre 1960, après nationalisation de la totalité de ses succursales, Citibank a crédité le montant demandé sur le compte du Banco Nacional et appliqué le solde du compte de celui-ci à la compensation de la valeur de ses succursales cubaines.

7. Le 1<sup>er</sup> février 1961, Bancec a engagé cette action impliquant des parties de différentes nationalités en recouvrement de la lettre de crédit auprès du tribunal fédéral de première instance pour la circonscription judiciaire sud de New York.

8. Le 23 février 1961, Bancec a été dissoute par la loi n° 930 et son capital a été réparti entre Banco Nacional et «les entreprises ou maisons de commerce extérieur du ministère du commerce extérieur», créé par la loi n° 934 du même jour<sup>1</sup> (App. to Pet. for Cert. 16d). Tout droit, toute demande et tout avoir de Bancec «propre à l'activité bancaire» était transféré à Banco Nacional, qui héritait également des obligations Bancec en matière bancaire (*ibid.*). Toutes les «fonctions de négociation» de Bancec devaient être assumées par «les entreprises ou maisons de commerce extérieur du ministère du commerce extérieur». La résolution n° 1 du 1<sup>er</sup> mars 1961 du ministère du commerce extérieur créait l'entreprise cubaine d'exportation (Empresa Cubana de Exportaciones, «Empresa»), qui était dotée des pouvoirs requis pour effectuer toutes les transactions commerciales d'exportation relevant auparavant de la compétence de Bancec, en «demeurant subrogée dans les droits et obligations de ladite banque [Bancec] en relation avec les activités commerciales d'exportation» (App. to Pet. for Cert. 26d). Trois cent mille pesos sur les deux millions distribués par le ministère du commerce extérieur à la dissolution de Bancec ont été affectés à l'Empresa (*ibid.*, 27d). Par résolution n° 102 du 31 décembre 1961 et résolution n° 1 du 1<sup>er</sup> janvier 1962, l'Empresa était dissoute et les droits de Bancec en liaison avec le commerce extérieur dans le secteur du sucre étaient attribués

---

<sup>1</sup> La loi n° 934 prévoit que «[t]outes les fonctions à caractère marchand confiées jusqu'ici à [Bancec] sont transférées et confiées par les présentes à des entreprises ou maisons constituées en vertu de cette loi, qui sont subrogées dans les droits et obligations de ladite ancienne Banque conformément au transfert de ces fonctions ordonné par le ministre» (App. to Pet. for Cert., 24d).

à Empresa Cubana Exportadora de Azucar y sus Derivados (Cubazucar), société de négoce d'Etat qui, apparemment, existe toujours.

9. Le 8 mars 1961, après la dissolution de Bancec, Citibank a soumis sa réponse, par laquelle elle demandait compensation au titre de la valeur de ses succursales saisies, et non la réparation expresse de dommages<sup>2</sup>. Le 7 juillet 1961, Bancec a déposé un document de stipulation signé des parties indiquant que Bancec avait été dissoute et que sa demande avait été transférée au ministère du commerce extérieur, et convenant que la République de Cuba pouvait être substituée en qualité de demanderesse. Le tribunal fédéral de première instance a approuvé le document de stipulation, mais aucune demande modifiée n'a été déposée.

10. Apparemment, l'affaire est demeurée en sommeil jusqu'en mai 1975, lorsque la défenderesse a introduit une requête dans le but d'obtenir une ordonnance de substitution de Cubazucar en qualité de demanderesse. La requête était accompagnée d'une déclaration sous serment d'un avocat affirmant que la demande de Bancec était passée à Cubazucar par l'entremise du ministère du commerce extérieur et de l'Empresa, dans tous les cas par effet des lois et résolutions citées plus haut. L'avocat de l'appelante s'est opposé à la requête, et le tribunal fédéral de première instance l'a rejetée en août 1975 en expliquant que «permettre une substitution ... aurait pour effet de multiplier les complications dans ce litige déjà complexe» (demande (*Application*, App.) 160).

11. Un procès sans jury a eu lieu en 1977<sup>3</sup> ; à l'issue de celui-ci, le tribunal fédéral de première instance<sup>4</sup> s'est prononcé en faveur de Citibank (505 F.Supp. 412 (1980)). Le tribunal a rejeté l'argument de Bancec selon lequel son statut juridique distinct la dégageait de sa responsabilité du fait des actions de l'Etat cubain.

12. «Au vu de l'ensemble des éléments pertinents présentés dans ce dossier ... il est clair que Bancec n'était pas une entité indépendante, mais un simple instrument de l'Etat cubain remplissant une fonction purement publique. Le contrôle de Bancec appartenait au seul Etat et Bancec n'avait

---

<sup>2</sup> Dans sa réponse, Citibank alléguait que le procès était «intenté par la République de Cuba, et à son bénéfice, par son entité paraétatique à part entière et agent, et au moyen de celui-ci, ... qui est, en fait et en droit, par sa forme et sa fonction, une partie intégrante de la République de Cuba, impossible à distinguer de celle-ci» (*App.*, 113).

<sup>3</sup> L'essentiel des éléments de preuve présentés lors du procès concernait la question de savoir si la valeur des succursales confisquées de Citibank excédait le montant déjà recouvré par elle auprès de Cuba, y compris une compensation qu'elle avait fait valoir avec succès dans l'affaire *Banco Nacional de Cuba v. First National City Bank* (478 F.2d 191 (CA2 1973) (*Banco I*)), la décision sur arrêt de renvoi de cette Cour dans l'affaire *First National City Bank v. Banco Nacional de Cuba* (406 U.S. 759, 92 S.Ct. 1808, 32 L.Ed.2d 466 (1972)). Seul un témoin, Raul Lopez, a témoigné sur les points touchant à la question présentée. (Un deuxième témoin, Juan Sanchez, a décrit les opérations de l'entité ayant précédé Bancec (*App.*, 185-186)). Lopez, qui était cité par Bancec, avait représenté Banco Nacional en qualité d'avocat de 1953 à 1965, date à laquelle il est entré au ministère du commerce extérieur. Il a déclaré, dans son témoignage, que «Bancec était une organisation autonome supervisée par le Gouvernement cubain, mais non contrôlée par lui» (*App.*, 197). Selon Lopez, en vertu du droit cubain, Bancec jouissait d'un statut juridique indépendant, et pouvait ester en justice et y être poursuivie. Lopez a déclaré que le capital de Bancec avait été apporté par l'Etat cubain, et que ses bénéfices nets après réserves étaient payés au trésor de Cuba, mais que Bancec ne payait pas d'impôt à l'Etat (*ibid.*, p. 196).

Le tribunal fédéral de première instance a également admis à titre de preuve des traductions des lois et résolutions cubaines, ainsi que la stipulation de juillet 1961 pour autorisation d'introduire une requête aux fins de dépôt de demande modifiée substituant la République de Cuba en qualité de demanderesse. Le tribunal a déclaré que la stipulation serait prise «pour ce qu'elle valait», et a pris note de la déclaration de la défenderesse selon laquelle [ladite stipulation] était basée sur une interprétation «erronée» du droit de Cuba (*ibid.*, p. 207-209).

<sup>4</sup> Le juge van Pelt Bryan, qui présidait au procès, est décédé avant de rendre une décision. Avec l'accord des parties, le juge Bricant a jugé l'affaire sur la base du dossier de la procédure antérieure (505 F.Supp. 412, 418 (1980)).

été créée que pour permettre à l'Etat de poursuivre ses objectifs. Bancec dépendait en outre entièrement de l'Etat pour son financement et devait remettre à l'Etat la totalité de ses profits.

13. ....

14. Bancec n'était pas une simple société privée dont le capital appartenait à l'Etat cubain, mais bien une agence de l'Etat cubain pour la conduite d'affaires qui, même dans un pays caractérisé par une économie de marché, sont d'ordinaire supervisées et gérées par l'Etat. Lorsque les considérations d'équité penchent si fortement en faveur des parties défenderesses à la demande reconventionnelle, ainsi que tel est le cas en l'espèce, il convient que le tribunal reconnaisse les aspects pratiques des transactions. ... Le tribunal conclut que Bancec est un *alter ego* de l'Etat cubain» (*ibid.*, p. 427-428).

15. Sans déterminer la valeur exacte des actifs de Citibank saisis par Cuba, le tribunal a jugé que «la valeur des succursales confisquées ... excéd[ait] significativement les sommes déjà recouvrées, et qu'ainsi, la compensation invoquée en l'espèce [pouvait] être accordée en totalité en faveur de Citibank» (*ibid.*, p. 467). Il a donc rendu un jugement rejetant la requête<sup>5</sup>.

16. La cour d'appel fédérale [United States Court of Appeal] du second circuit a infirmé le jugement (658 F.2d 913 (2nd Cir.1981)). Tout en se déclarant d'accord avec la «description des fonctions de Bancec [par le tribunal] et son statut d'entité paraétatique cubaine», la cour a conclu que «Bancec n'était pas un *alter ego* de l'Etat cubain aux fins des demandes reconventionnelles [de Citibank]» (*ibid.*, p. 917). Elle a indiqué que, de manière générale, les tribunaux devaient respecter l'identité indépendante d'une entité paraétatique créée «en tant que personne morale séparée et différente en vertu du droit de l'Etat qui en est propriétaire», excepté «lorsque l'objet de la demande reconventionnelle susceptible d'être introduite contre l'Etat est une conduite de celui-ci dans laquelle l'entité paraétatique a joué un rôle clé» (*ibid.*, p. 918). A titre d'exemple d'une telle situation, la cour d'appel citait l'affaire *Banco Nacional de Cuba v. First National City Bank* (478 F.2d 191 (CA2 1973)), dans laquelle elle avait jugé que Banco Nacional pouvait être tenue pour responsable, par compensation, de la valeur d'actifs cubains de Citibank saisis en raison du rôle qu'elle avait joué dans les expropriations. La cour a cependant refusé de considérer qu'«une société de négoce appartenant entièrement à un Etat étranger, mais créée et opérant en tant que personne morale

---

<sup>5</sup> Le tribunal fédéral de première instance a déclaré que les événements entourant la dissolution de Bancec «soulevaient naturellement, dans l'analyse de la demande de Bancec, la question de la «véritable partie intéressée», mais qu'il n'accordait «aucune importance ni validité aux arguments basés sur cette notion» (505 F.Supp., p. 425). Il a précisé que, lorsque Bancec a été dissoute, la créance au titre de la lettre de crédit constituait «le type d'actif, de droit et de créance propre à l'activité bancaire, et [qu'elle] devait, sans doute, de ce fait, être considéré[e] comme attribué[e] à Banco Nacional» (*ibid.*, p. 424). Prenant note du fait que la cour d'appel avait, dans son arrêt *Banco I*, confirmé un jugement selon lequel Banco Nacional pouvait être considérée comme responsable, par voie de compensation, de la valeur des actifs cubains de Citibank saisis, le tribunal concluait :

«[L]a dévolution de la demande [de Bancec], quel que soit l'angle sous lequel on la considère, la place entre les mains du ministère [du commerce extérieur] ou de Banco Nacional, qui sont chacun un *alter ego* de l'Etat cubain ... [N]ous admettons l'allégation actuelle de l'avocat de la demanderesse selon laquelle la décision de ce tribunal du 6 juillet [1961], sans néanmoins, selon toute apparence, exiger, la signification d'une demande modifiée dans laquelle la République de Cuba elle-même apparaîtrait en qualité de demanderesse en lieu en place de Bancec, était basée sur une hypothèse erronée de l'avocat, ou une interprétation erronée des lois et résolutions régissant la dévolution des actifs de Bancec. Même en présumant que tel soit le cas, il s'agit d'un point marginal. Le ministère du commerce extérieur ne diffère pas du gouvernement auquel appartient son ministre» (*ibid.*, p. 425 (les italiques sont dans l'original).

distincte, [était] un *alter ego* de cet Etat aux fins de réparation de fautes de l'Etat sans lien avec les opérations, la conduite ou l'autorité de l'entité paraétatique» (658 F.2d, 920)<sup>6</sup>.

17. Citibank a introduit une requête en réexamen, en soutenant notamment que les juges avaient ignoré le fait que Bancec avait été dissoute en février 1961. La requête, de même que la suggestion d'un réexamen en assemblée plénière, a été rejetée. Cette cour a fait droit à l'appel extraordinaire en *certiorari* (---U.S.---, 103 S.Ct. 253, 74 L.Ed.2d 198 (1982)). Nous infirmons l'arrêt d'appel et renvoyons l'affaire pour que la procédure se poursuive.

18. Tout d'abord, Bancec soutient que la loi de 1976 sur les immunités souveraines étrangères [Foreign Sovereign Immunities Act] (FSIA), articles 1602 à 1611 du titre 28 du code des Etats-Unis [United States Code, «U.S.C.»] (28 U.S.C. §§ 1602-1611 (1976 éd.)) protège les entités paraétatiques des Etats étrangers de procès sur demande reconventionnelle sur la base de mesures prises par ledit Etat. Bancec reconnaît justement qu'en vertu du paragraphe *c*) de l'article 1607 du titre 28 du code des Etats-Unis<sup>7</sup>, une entité paraétatique d'un Etat étranger engageant une action devant une juridiction des Etats-Unis n'a pas droit à l'immunité «en relation avec une demande reconventionnelle ... dans la mesure où la demande reconventionnelle ne vise pas à obtenir une réparation dont le montant excède celui demandé par l'[entité paraétatique] ou dont la nature diffère de celle de la réparation demandée par cette dernière». Elle soutient cependant que, sur le fond, la loi sur les immunités souveraines étrangères interdit de tenir une entité paraétatique appartenant à un Etat étranger et contrôlée par lui pour responsable d'actions de cet Etat.

19. Nous ne sommes pas d'accord. Le texte et l'histoire de la loi sur les immunités souveraines étrangères montrent clairement que la loi n'était pas destinée à affecter le droit sur le fond régissant la responsabilité des Etats étrangers ou d'entités paraétatiques, ni la détermination de la responsabilité entre les entités paraétatiques d'un Etat étranger. L'article 1606 de la loi sur les immunités souveraines étrangères prévoit, dans sa partie pertinente, que «[c]oncernant toute demande de réparation en relation avec laquelle un Etat étranger n'a pas droit à immunité ..., l'Etat étranger sera responsable de la même manière, et dans la même mesure, qu'une personne privée dans des circonstances identiques». Le rapport de la Chambre des représentants relatif à la loi sur les immunités souveraines étrangères indique que :

20. «[I]a loi n'a pas vocation à affecter le droit sur le fond régissant la responsabilité. Il n'est pas, non plus, destiné à affecter ... la détermination de la responsabilité entre ou parmi les entités paraétatiques d'un Etat étranger ; par exemple, si une entité propre d'un Etat étranger a été poursuivie, ou si une entité poursuivie est, en totalité ou en partie, responsable du dommage invoqué»

---

<sup>6</sup> La cour d'appel faisait référence, dans une note de pied de page, à la dissolution de Bancec et énumérait ses successeurs, mais son opinion n'attachait aucune importance à cet événement (658 F.2d, 916, n. 4).

<sup>7</sup> Dans sa partie pertinente, l'article 1607 du titre 28 du code des Etats-Unis [United States Code, «U.S.C.»] (28 U.S.C. § 1607) prévoit, dans sa partie pertinente :

«[d]ans toute action intentée par un Etat étranger ... devant un tribunal fédéral ou d'Etat, l'immunité ne sera accordée à l'Etat étranger en relation avec aucune demande reconventionnelle.

.....

*c)* dans la mesure où la demande reconventionnelle ne recherche pas une réparation excédant le montant, ou différant par sa nature, de celle recherchée par l'Etat étranger».

Tel qu'utilisé dans l'article 1607 du titre 28 du code des Etats-Unis, l'expression «Etat étranger» inclut une «agence ou entité paraétatique d'un Etat étranger» (paragraphe *a*) de l'article 1603 du titre 28 du code des Etats-Unis).

Le paragraphe *c*) de l'article 1607 du titre 28 du code des Etats-Unis codifie l'arrêt de la Cour suprême *National City Bank v. Republic of China*, 348 U.S. 356, 75 S.Ct. 423, 99 L.Ed. 389 (1955). Voir *H.R.Rep.* n° 94-1487, p. 23 (1976).

(rapport de la Chambre des représentants n° 94-1487 (*H.R.Rep. No. 94-1487*), p. 12 (1976), *U.S. Code Cong. & Admin. News* 1976, p. 6604, 6610)<sup>8</sup>.

21. Nous concluons donc que la loi sur les immunités souveraines étrangères ne détermine pas si Citibank peut compenser la valeur de ses actifs cubains saisis contre une créance de Bancec. Néanmoins, nous nous guidons, pour apporter une solution à cette question, sur les politiques énoncées par le Congrès lors de l'adoption de la loi sur les immunités souveraines étrangères (voir ci-dessous, p. 627-628).

22. Nous devons ensuite décider quel aspect de la loi détermine l'effet à donner au statut juridique distinct de Bancec. Cette dernière affirme que des principes en matière de conflit de lois internationalement reconnus exigent l'application de la loi de l'Etat créateur d'une entité paraétatique (en l'espèce, Cuba) pour déterminer si celle-ci peut être tenue pour responsable des actions de l'autorité souveraine.

23. Nous ne saurions en convenir. De manière générale, le droit de l'Etat de constitution régit normalement les questions touchant aux affaires *intérieures* d'une personne morale. L'application de ce droit répond au besoin de certitude et de prévisibilité du résultat tout en protégeant, de manière générale, les attentes justifiées de parties possédant des intérêts dans la personne morale (voir *Restatement (Second) of Conflict of Laws*, § 302, commentaires a et e, (1971) ; cf. *Cort v. Ash*, 422 U.S. 66, 84, 95 S.Ct. 2080, 2090, 45 L.Ed.2d 26 (1975)). Des principes en matière de conflits de lois s'appliquent, néanmoins, lorsque les droits de tiers *extérieurs* à la personne morale sont en cause (voir *Restatement (Second) of Conflict of Laws*, ci-dessus, § 301)<sup>9</sup>. Donner un effet concluant à la loi de l'Etat de constitution pour déterminer si le statut juridique de son entité paraétatique doit être respecté reviendrait à permettre à l'Etat de violer impunément les droits de tiers en vertu du droit

---

<sup>8</sup> Voir également *H.R.Rep. n° 94-1487*, p. 28, *U.S.Code Cong. & Admin.News* 1976, p. 6627 (pour décider si des biens d'un Etat étranger situés aux Etats-Unis bénéficient d'une immunité de saisie et d'exécution en vertu de l'alinéa 2) du paragraphe *a*) de l'article 1610 du titre 28 du code des Etats-Unis, «[I]es tribunaux devront déterminer si le bien se trouve «sous la garde» d'une agence ou entité paraétatique, si un bien détenu par une agence doit être réputé être un bien d'une autre, [et] si un bien détenu par une agence est un bien de l'Etat étranger»).

<sup>9</sup> Voir également Hadari, *The Choice of National Law Applicable to the Multinational Enterprise and the Nationality of Such Enterprises*, 1974 Duke L.J. 1, 15-19.

international, tout en le protégeant effectivement d'une responsabilité devant les tribunaux étrangers<sup>10</sup>. Nous nous refusons à permettre un tel résultat<sup>11</sup>.

24. Bancec soutient, alternativement, que le droit international doit régir la réponse à la question soumise. Citibank suggère, de son côté, que la *common law* fédérale s'applique. La demande pour expropriation contre laquelle Bancec cherche à interposer son statut juridique distinct est fondée sur le droit international qui, ainsi que nous l'avons souvent réitéré, «fait partie de notre droit...» (*The Paquete Habana*, 175 U.S. 677, 700, 20 S.Ct. 290, 299, 44 L.Ed. 320 (1900)). Ainsi que nous y revenons plus loin (voir ci-dessous, p. 624-630, et n° 19-20), les principes qui régissent cette affaire sont communs au droit international et à la *common law* fédérale qui, dans ces circonstances, est nécessairement éclairé à la fois par les principes du droit international et les politiques énoncées par le Congrès.

25. Avant d'en venir aux principes applicables, une remarque liminaire s'impose. Les parties et *amici [curiae]* ont à maintes reprises fait référence à des expressions qui ont eu tendance à dominer les débats concernant l'indépendance statutaire d'entités juridiques constituées distinctement, débattant de l'existence d'un «abus de personnalité morale», de la nature d'«*alter ego*» ou de «simple entité paraétatique» de l'Etat cubain de Bancec. Dans l'affaire *Berkey v. Third Avenue Railway Co.* (244 N.Y. 84, 155 N.E. 58 (1926)), le juge de la Cour suprême (qui ne l'était pas encore) Cardozo nous a mis en garde contre la tendance, dans des circonstances similaires à celles existant en l'espèce, à remplacer une analyse rigoureuse par des épithètes usées.

26. «Tout le problème de la relation entre société-mère et filiale demeure enveloppé dans les brumes de la métaphore. Il convient, en droit, de faire montre de vigilance à l'endroit des métaphores car, créées pour libérer la pensée, elles finissent souvent par la réduire en esclavage» (*ibid.*, 94, 155 N.E., 58).

---

<sup>10</sup> Voir *Anderson v. Abbott*, 321 U.S. 349, 365, 64 S.Ct. 531, 539, 88 L.Ed. 793 (1944) (arrêt par lequel la Cour a refusé d'appliquer le droit de l'Etat de constitution pour déterminer si une société bancaire s'était conformée aux exigences des lois fédérales en matière bancaire au motif qu'«aucun Etat ne saurait doter les personnes morales de sa création du pouvoir de se placer elles-mêmes au-dessus du Congrès des Etats-Unis et de déroger à la politique fédérale relative aux banques nationales édictée par le Congrès»).

<sup>11</sup> Bancec soutient également autrement, en soulignant que l'article 1606 du titre 28 du code des Etats-Unis (voir *ante*, 620) comporte des dispositions identiques à celles de la loi américaine sur la responsabilité civile de l'Etat fédéral [Federal Tort Claims Act, «FTCA»] (28 U.S.C. § 2674 (1976 éd.)), que la loi sur les immunités souveraines étrangères prévoit, comme celle sur la responsabilité civile de l'Etat fédéral, l'application de la loi de l'Etat du for (en l'espèce New York), y compris ses principes en matière de conflit de lois. Nous ne le pensons pas. L'article 1606 prévoit que «[d]ans le cas de toute demande de réparation en relation avec laquelle un Etat étranger n'a pas droit à immunité ..., il sera responsable de la même manière et dans la même mesure qu'une personne privée dans des circonstances identiques». Ainsi, lorsque la loi de l'Etat contient une règle régissant la responsabilité des personnes privées, la loi sur les immunités souveraines étrangères requiert l'application de cette règle aux Etats étrangers dans des circonstances similaires. La loi ne dit toutefois rien des règles qui régissent l'attribution de responsabilité *entre* entités d'un Etat étranger. Dans l'affaire *Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino* (376 U.S. 398, 425, 84 S.Ct. 923, 938, 11 L.Ed.2d 804 (1964)), cette Cour a refusé d'appliquer la doctrine de l'Act of State de l'Etat de New York dans une *diversity action* impliquant des parties de nationalités différentes concernant un ressortissant des Etats-Unis et une entité paraétatique d'un Etat étranger, et a conclu que les questions ayant une incidence sur les relations internationales du pays «ne [devaient] pas être abandonnées à des interprétations étatiques divergentes et peut-être inspirées par un certain esprit de clocher». En adoptant la loi sur les immunités souveraines étrangères, le Congrès a souligné expressément «l'importance de l'élaboration d'un ensemble juridique uniforme» concernant la capacité d'une entité souveraine étrangère à ester en justice aux Etats-Unis (*H.R.Rep.* n° 94-1487, p. 32 ; voir *Verlinden B.V. v. Central Bank of Nigeria*, ---U.S.---, ---, 103 S.Ct. 1962, 1969, 75 L.Ed.2d 81 (1983)). A notre avis, ces mêmes considérations interdisent l'application du droit de l'Etat de New York en l'espèce.

27. En conservant ceci à l'esprit, nous nous pencherons brièvement sur la nature des entités paraétatiques<sup>12</sup>.

28. De plus en plus, au cours de ce siècle, les Etats du monde entier ont créé des personnes morales constituées de manière distincte pour exécuter des tâches diverses<sup>13</sup>. L'organisation et le contrôle de ces entités diffèrent considérablement, mais beaucoup d'entre elles ont en commun un certain nombre de caractéristiques. Une entité paraétatique type, si tant est qu'une telle chose existe, naît d'une loi en portant création qui énonce ses pouvoirs et obligations, et prévoit que la direction en sera assurée par un conseil dont les membres seront nommés par l'Etat conformément à la loi lui conférant ses pouvoirs. L'entité paraétatique est habituellement créée sous la forme d'une personne morale distincte dotée du pouvoir de détenir et de céder des biens, ainsi que d'ester en justice et d'être elle-même poursuivie. A l'exception de dotations d'apport en capital ou destinées à combler des pertes, l'entité paraétatique est fondamentalement responsable de ses propres finances. L'entité paraétatique fonctionne comme une entreprise économique distincte ; elle n'est, bien souvent, pas soumise aux exigences budgétaires et en termes de personnel que celles auxquelles doivent se conformer les agences publiques<sup>14</sup>.

29. Ces caractéristiques distinctives permettent aux entités paraétatiques de gérer leurs opérations comme des entreprises, tout en leur conférant une flexibilité accrue et une indépendance les libérant d'un contrôle politique étroit, excédant celle dont jouissent les agences publiques<sup>15</sup>. Ces mêmes caractéristiques incitent fréquemment les Etats des pays en développement à créer des personnes morales distinctes comme support par le biais duquel obtenir les ressources financières nécessaires à des investissements nationaux à grande échelle.

30. «[L]'entreprise publique, en grande partie sous la forme de sociétés de développement, est devenue un instrument essentiel du développement économique dans les pays en retard au plan économique qui ne disposent pas de capitaux privés suffisants pour développer les services collectifs et secteurs considérés comme prioritaires dans le plan national de développement. Il n'est pas rare que ces sociétés publiques de développement ..., directement ou par le biais de leurs filiales, participent à des partenariats avec des entreprises publiques ou privées, ou qu'elles fassent appel public à l'épargne» (Friedmann, «Government Enterprise: A Comparative Analysis», in *Government Enterprise: A Comparative Study*, 333-334 (W. Friedmann & J. F. Garner, eds. 1970)).

---

<sup>12</sup> Bien qu'il n'ait jamais été demandé à cette Cour de prendre en compte le statut distinct d'une entité paraétatique étrangère, elle s'est penchée sur le statut juridique au regard du droit fédéral d'entités paraétatiques fédérales américaines dans divers contextes, dont aucun n'est pertinent en l'espèce (voir, par exemple, l'affaire *Keifer & Keifer v. Reconstruction Finance Corp.*, 306 U.S. 381, 59 S.Ct. 516, 83 L.Ed. 784 (1939)) (dans laquelle la Cour a jugé que le Congrès n'avait pas l'intention de doter les sociétés constituées par la Reconstruction Finance Corporation d'une immunité de poursuites)).

<sup>13</sup> Friedmann, «Government Enterprise: A Comparative Analysis», in *Government Enterprise: A Comparative Study*, 306-307 (W. Friedmann & J. F. Garner eds. 1970) ; voir D. Coombes, *State Enterprise: Business or Politics?* (1971) (Royaume-Uni) ; Dallmayr, «Public and Semi-Public Corporations in France», 26 *Law & Contemp. Prob.* 755 (1961) ; J. Quigley, *The Soviet Foreign Trade Monopoly*, 48-49, 119-120 (1974) ; Seidman, «Government-sponsored Enterprise in the United States», in *The New Political Economy* 85 (B. Smith ed. 1975) ; Supranowitz, «The Law of State-Owned Enterprises in a Socialist State», 26 *Law & Contemp. Prob.* 794 (1961) ; Département des affaires économiques et sociales des Nations Unies, *Organization, Management and Supervision of Public Enterprises in Developing Countries*, 63-69 (1974) (ci-après, l'«étude des Nations Unies») ; A. H. Walsh, *The Public's Business: The Politics and Practices of Government Corporations*, 313-321 (1978) (Europe).

<sup>14</sup> Friedmann, *supra*, 334 ; étude des Nations Unies, *supra*, 63-65.

<sup>15</sup> Le président Franklin D. Roosevelt a décrit la Tennessee Valley Authority, sans doute la mieux connue des entreprises américaines de droit public, comme «une société investie du pouvoir de la puissance publique, mais possédant la flexibilité et la liberté d'initiative d'une entreprise privée» (77 *Cong.Rec.* 1423 (1933). Voir également J. Thurston, *Government Proprietary Corporations in the English-Speaking Countries*, 7 (1937)).

31. La personnalité morale distincte a été décrite comme «un aspect quasiment indispensable de la société de droit public» (Friedmann, ci-dessus, p. 314). Des dispositions de l'acte constitutif prévoyant que l'entité paraétatique peut ester en justice et y être elle-même poursuivie ont été interprétées comme valant renonciation au régime d'immunité souveraine reconnu à nombre d'activités publiques, permettant ainsi aux tiers de traiter avec l'entité paraétatique en sachant qu'ils peuvent se tourner vers les tribunaux pour obtenir réparation<sup>16</sup>. De même, l'actif et le passif des entités paraétatiques doivent-ils être considérés comme séparés de ceux de leur autorité souveraine pour faciliter les transactions de crédit avec des tiers (*ibid.*, p. 315.). Ainsi, les propos de la cour en relation avec les entreprises privées dans l'affaire *Anderson v. Abbott* (321 U.S. 349, 64 S.Ct. 531, 88 L.Ed. 793 (1944)) sont-ils également vrais pour les sociétés publiques :

32. «[L]a responsabilité limitée est la règle, et non l'exception ; et sur cette prémisse sont échafaudés de grands projets, lancés de vastes entreprises et réunis des capitaux considérables» (*ibid.*, p. 362, 64 S.Ct., 537).

33. Le fait d'ignorer ouvertement le statut distinct d'entités paraétatiques engendrerait une incertitude importante quant au détournement éventuel de leurs actifs en réponse à une demande à l'encontre de l'autorité souveraine, et pourrait ainsi conduire les tiers à hésiter avant de consentir un crédit à une entité paraétatique sans la garantie de l'Etat<sup>17</sup>. Il ne fait guère de doute que les efforts de nations souveraines pour organiser les activités de leurs autorités publiques nationales comme elles le jugent bon pour promouvoir le développement économique et une administration efficace en seraient certainement rendus vains. Le nécessaire respect des mesures prises par les autorités souveraines étrangères et de la courtoisie internationale (voir *Hilton v. Guyot*, 159 U.S. 113, 163-164, 16 S.Ct. 139, 143, 40 L.Ed. 95 (1895)) nous conduit à conclure (ainsi que l'ont fait les tribunaux britanniques dans d'autres circonstances<sup>18</sup>) que les entités paraétatiques créées en tant que personnes

---

<sup>16</sup> J. Thurston, *supra*, 43-44. Ce principe est connu depuis longtemps dans les pays de *common law*. Voir *Bank of the United States v. Planters' Bank of Georgia*, (22 U.S.) 9 Wheat. 904, 6 L.Ed. 244 (1824) ; *Tamlin v. Hannaford*, [1950] 1 K.B. 18, 24 (C.A.).

<sup>17</sup> Voir *Posner*, «The Rights of Creditors of Affiliated Corporations», 43 *U.Chi.L.Rev.* 499, 516-517 (1976) (analysant les sociétés de droit privé).

<sup>18</sup> Les tribunaux britanniques, en application de principes que nous ne considérons pas comme universellement acceptables, se sont montrés particulièrement réticents à l'idée d'imputer les actes d'un Etat étranger à une entité paraétatique appartenant à cet Etat. Dans l'arrêt *I Congreso del Partido* ([1983] A.C. 244), décision analysant la doctrine dite «restrictive» de l'immunité souveraine et son application à trois entreprises d'Etat cubaines, dont Cubazucar, lord Wilberforce a décrit en ces termes le statut juridique des entités paraétatiques :

«[L]es entreprises contrôlées par l'Etat, dotées de la personnalité morale, de la capacité requise pour exercer une activité commerciale et conclure des contrats de droit privé, bien que pleinement sous le contrôle de l'Etat, sont des figures familières sur la scène commerciale moderne. La distinction entre elles et l'Etat qui les régit peut sembler artificielle, mais elle est reconnue par le droit anglais et celui d'autres pays.

Les considérations relatives à une entreprise contrôlée par un Etat agissant sur instructions du gouvernement, d'une part, et celles afférentes à un Etat exerçant des fonctions souveraines, de l'autre, sont relativement différentes.» (*Ibid.*, p. 258 (citation omise).)

morales différentes et indépendantes de leurs autorités souveraines doivent normalement être traitées comme telles.

34. L'histoire législative de la loi sur les immunités souveraines étrangères s'inscrit à l'appui de cette conclusion. Lors de ses délibérations, le Congrès a clairement manifesté son intention que les entités paraétatiques dûment créées d'Etats étrangers soient présumées indépendantes. Dans son analyse du paragraphe *b*) de l'article 1610 de la loi sur les immunités souveraines étrangères, qui est la disposition qui traite des circonstances dans lesquelles un créancier judiciaire peut faire procéder à une exécution sur les actifs d'une entité paraétatique d'un Etat étranger, le rapport de la Chambre des représentants indique que :

35. «[l]e paragraphe *b*) de l'article 1610 ne permettra pas d'exécution sur les biens d'une agence ou d'une entité paraétatique en vertu d'une décision de justice rendue contre une autre agence ou entité paraétatique. Il existe à cela des raisons convaincantes. Si le droit des Etats-Unis ne respecte pas l'identité juridique distincte de diverses agences ou entités paraétatiques, il est possible que des pays ou territoires étrangers soient encouragés à ignorer les divisions juridiques entre diverses sociétés américaines, ou entre une société américaine et une filiale indépendante de celle-ci. Un tribunal peut néanmoins juger qu'un bien détenu par une agence est en réalité la propriété d'une autre» (rapport de la Chambre des représentants n° 94-1487 (*H.R.Rep. No. 94-1487*), p. 29-30, *U.S.Code Cong. & Admin.News* 1976, p. 6628-6629 (citation omise)).

36. Ainsi, la présomption selon laquelle un Etat étranger considère qu'un statut juridique distinct doit être reconnu à son entité paraétatique est-elle renforcée par ce choix du Congrès. Nous examinons ensuite la possibilité d'inverser cette présomption dans certaines circonstances.

37. Dans leur analyse du statut juridique des sociétés *privées*, les tribunaux américains<sup>19</sup> et étrangers<sup>20</sup> ont admis qu'une entité dotée de la personnalité morale (décrite par le président Marshall

---

Plus loin dans son opinion, lord Wilberforce a rejeté l'allégation selon laquelle des transactions commerciales conclues par des organisations appartenant à l'Etat pouvaient être attribuées à l'Etat cubain. «Nos tribunaux connaissent bien le statut de ces organisations et n'ont jamais considéré que l'Etat concerné [était], en droit, responsable de ses actions» (*ibid.*, voir également l'affaire *Trendtex Trading Corp. v. Central Bank of Nigeria* ([1977] Q.B. p. 529) dans laquelle la cour d'appel a jugé que la banque centrale du Nigeria n'était pas un «*alter ego* ni un organe» de l'Etat nigérian pour déterminer si elle pouvait invoquer une immunité souveraine (*ibid.*, p. 559). Dans l'affaire *C. Czarnikow, Ltd. v. Rolimpex* ([1979] A.C. 351), la Chambre des lords a confirmé une décision selon laquelle Rolimpex, entreprise d'Etat polonaise de négoce vendant du sucre polonais à l'étranger, pouvait à bon droit invoquer un moyen de défense fondé sur la force majeure dans une action pour rupture de contrat de vente de sucre. La défense opposée par Rolimpex était basée sur le fait que l'Etat polonais avait édicté une interdiction de vente à l'étranger du sucre polonais. Lord Wilberforce s'est déclaré en accord avec la conclusion du tribunal, ci-après, selon laquelle, en l'absence de «preuve claire et de conclusions certaines» quant au fait que le gouvernement étranger avait adopté la mesure «uniquement dans le but de permettre à une entreprise d'Etat d'échapper à sa responsabilité contractuelle», l'entreprise ne saurait être considérée comme un organe de l'Etat. Rolimpex, a-t-il conclu, «n'est pas à ce point liée à l'Etat polonais qu'il lui soit interdit d'invoquer l'interdiction [de ventes à l'étranger] comme une intervention de l'Etat» (*ibid.*, p. 364).

<sup>19</sup> Voir I. W. M. Fletcher, *Cyclopedia of the Law of Private Corporations*, § 41 (éd. perm. rév., 1974) : «[u]ne société sera, en règle générale, considérée comme une personne morale, et à moins qu'une raison contraire suffisante n'émerge ; mais lorsque la notion de personne morale est utilisée pour porter atteinte à un service collectif, justifier la faute, protéger la fraude ou défendre le crime, la loi considérera la société comme une association de personnes» (*ibid.*, 166 (notes de pied de page omises)). Voir, de manière générale, H. Henn, *Handbook of the Law of Corporations*, § 146 (2d ed. 1970) ; I. M. Wormser, *Disregard of the Corporate Fiction and Allied Corporate Problems*, 42-85 (1927).

<sup>20</sup> Dans l'affaire relative à la *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, arrêt, *C.I.J. Recueil* 1970, p. 3, la Cour internationale de Justice a reconnu qu'en droit international le statut distinct d'une entité dotée de la personnalité morale pouvait, dans des circonstances exceptionnelles, être ignoré :

comme «un être artificiel, invisible, incorporel et existant uniquement dans la réflexion juridique»<sup>21</sup>) ne devait pas être considérée comme juridiquement distincte de ses propriétaires en toutes circonstances. Ainsi, lorsqu'une entité dotée de la personnalité morale est contrôlée si minutieusement par son propriétaire qu'il en résulte un rapport de mandant à agent, nous avons jugé que l'un pouvait être tenu pour responsable des actions de l'autre (voir *NLRB v. Deena Artware, Inc.*, 361 U.S. 398, 402-404, 80 S.Ct. 441, 443, 44 L.Ed.2d 400 (1960)). La jurisprudence de la Cour suprême a, en outre, admis de longue date «le principe équitable plus général selon laquelle la doctrine de l'entité dotée de la personnalité morale, généralement admise dans la plupart des cas, ne sera pas prise en compte lorsqu'il en résulterait une fraude ou une injustice» (*Taylor v. Standard Gas Co.*, 306 U.S. 307, 322, 59 S.Ct. 543, 550, 83 L.Ed. 669 (1939)). Voir *Pepper v. Litton*, 308 U.S.295, 310, 60 S.Ct. 238, 246, 84 L.Ed. 281 (1940)). La Cour a notamment systématiquement refusé de donner effet à la forme sociale lorsque celle-ci fait obstacle à la *lege ferenda*. Nous avons, par exemple, *Anderson v. Abbot*, ci-dessus, 321 U.S., 362-363, 64 S.Ct., 537-38 ; et *Bangor Punta Operations, Inc. v. Bangor & Aroostook Railroad Co.*, 417 U.S. 703, 94 S.Ct. 2578, 41 L.Ed.2d 418 (1974)), conclut que :

38. «Bien qu'une société et ses actionnaires soient, dans la plupart des cas, considérés comme des entités distinctes, la forme sociale peut être ignorée dans l'intérêt de la justice lorsqu'elle est utilisée pour faire échec à un principe prépondérant d'ordre public ... [L]orsque l'équité interdirait aux actionnaires de poursuivre l'action en vertu de leur propre droit, la société en serait également empêchée ... [L]a principale bénéficiaire de tout recouvrement, elle-même hors d'état, du fait du principe d'interdiction, de se contredire au détriment d'autrui [*estoppel*], d'invoquer les fautes supposées de la requérante, ne saurait se soustraire à la prescription de l'équité en se réfugiant derrière le paravent d'une procédure au nom de ... sociétés dont elle est propriétaire et qu'elle contrôle» (*ibid.*, 713, 94 S.Ct., 2584 (citations omises)).

39. Nous concluons aujourd'hui que des principes d'équité similaires doivent s'appliquer en l'espèce. Dans l'affaire *National City Bank v. Republic of China* (348 U.S. 356, 75 S.Ct. 423, 99 L.Ed. 389 (1955)), la Cour a jugé que lorsqu'une autorité souveraine étrangère saisissait un tribunal américain d'une demande, «l'impératif de loyauté» interdisait à l'Etat d'opposer une défense fondée sur son immunité souveraine à une compensation ou demande reconventionnelle (*ibid.*, 365, 75 S.Ct., 429 ; voir 28 U.S.C. § 1607(c)). De manière générale, l'Etat cubain ne pouvait engager un procès devant un tribunal américain sans devoir également faire face à la demande reconventionnelle de la

---

«[i]l s'est trouvé parfois que la forme de la société anonyme et sa personnalité morale n'aient pas été employées aux seules fins initialement prévues; parfois la société anonyme n'a pu protéger les droits de ceux qui lui confiaient leurs ressources financières. Il en est inévitablement résulté un risque d'abus, comme cela a été le cas pour bien d'autres institutions juridiques. Là comme ailleurs, le droit a dû devant la réalité économique prévoir des mesures protectrices et des recours, aussi bien dans l'intérêt de ceux qui font partie de la société que de ceux qui, se situant au dehors, ont à traiter avec elle: le droit a reconnu que l'existence indépendante de la personnalité morale ne saurait être considérée comme un absolu. C'est dans cette perspective que l'on a estimé justifié et équitable de «lever le voile social» ou de «faire abstraction de la personnalité juridique» dans certaines circonstances ou à certaines fins. Les nombreux précédents du droit local montrent que le voile est levé, par exemple, pour empêcher qu'on abuse des privilèges de la personne morale, comme dans des cas de fraude ou d'agissements coupables, pour protéger des tiers tels que le créancier ou l'acheteur, ou pour assurer le respect de prescriptions légales ou d'obligations.

.....

Conformément au principe énoncé ci-dessus, on peut admettre que la levée du voile, procédé exceptionnel admis par le droit interne à l'égard d'une institution qu'il a lui-même créée, joue un rôle analogue en droit international» (*ibid.*, p. 38-39).

Concernant l'application de ces principes par les tribunaux européens, voir Cohn and Simitis, «Lifting the Veil' in The Company Laws of the European Continent», 12 *Int. & Comp.L.Q.* 189 (1963) ; Hadari, «The Structure of the Private Multinational Enterprise», 71 *Mich.L.Rev.* 729, 771, n. 260 (1973).

<sup>21</sup> *Trustees of Dartmouth College v. Woodward*, (17 U.S.) 4 Wheat. 514, 636, 4 L.Ed. 629 (1819).

partie adverse. Dans cette affaire, il n'est, selon toute apparence, pas contesté que, ainsi qu'en a jugé le tribunal fédéral de première instance, et comme la cour d'appel l'a apparemment confirmé (658 F.2d, 916, n° 4), «la dévolution de la créance [de Bancec], quel que soit l'angle sous lequel on la considère, la place entre les mains du ministère [du commerce extérieur] ou de Banco Nacional», la responsabilité de l'un et de l'autre pouvant être engagée au titre de l'expropriation d'actifs de Citibank (505 F.Supp., 425<sup>22</sup> ; voir *Banco Nacional de Cuba v. First National City Bank*, ci-dessus, 478 F.2d, 194). Bancec a été dissoute avant même que Citibank ne dépose sa réponse dans cette affaire, apparemment pour «consolider et mettre en œuvre les conquêtes économiques et sociales de la Révolution», et notamment la nationalisation des banques prévue par la loi n° 891<sup>23</sup>. Ainsi, l'Etat cubain et Banco Nacional, et non un tiers susceptible de s'être fié à l'identité de personne morale distincte de Bancec, seraient seuls bénéficiaires d'un quelconque recouvrement<sup>24</sup>.

40. A notre avis, cette situation est similaire à celle en l'affaire *Republic of China*.

41. «Nous sommes en présence d'un Etat étranger se prévalant de notre droit, mais résistant à une demande le visant qui, équitablement, limiterait le recouvrement opéré par lui. Il revendique le bénéfice de notre droit, comme tout autre plaideur, mais veut notre droit exempt de demande pour que justice soit rendue» (*ibid.*, 361-362, 75 S.Ct., 427 (note de pied de page omise))<sup>25</sup>.

---

<sup>22</sup> Soulignant le fait que les parties n'avaient pas cherché, devant le tribunal fédéral de première instance, à obtenir de conclusions sur les faits concernant la dissolution de Bancec et ses répercussions, Bancec soutient que la décision du tribunal fédéral de première instance rejetant sa requête en substitution de Cubazucar en qualité de partie demanderesse interdit le plus ample examen des effets de la dissolution. S'il est exact que le tribunal fédéral de première instance n'a pas entendu de témoignage quant à *quelle* agence ou entité paraétatique de l'Etat cubain a, en vertu du droit cubain, reçu la créance de Bancec sur Citibank au titre de la lettre de crédit, le règlement de cette question est sans incidence sur notre analyse. Nous nous appuyons uniquement sur le fait que Bancec a été dissoute par l'Etat cubain, et que ses actifs ont été transférés à des entités dont la responsabilité peut être suite à la demande reconventionnelle de Citibank, autant de faits incontestés dont la réalité peut être établie directement sur la base des textes de lois et décisions cités devant le tribunal fédéral de première instance par Bancec à l'appui de sa requête en substitution de Cubazucar.

<sup>23</sup> La loi n° 930, portant dissolution de Bancec, comporte le préambule ci-après :

«VU QUE les mesures adoptées par le Gouvernement révolutionnaire en vertu du Programme de la Révolution ont entraîné, en un temps très court, de profonds changements sociaux et de considérables transformations institutionnelles de l'économie nationale ;

VU QUE l'une de ces transformations institutionnelles, la nationalisation des banques ordonnées par la loi n° 891, du 13 octobre 1960, en vertu de laquelle les fonctions bancaires seront désormais de la compétence exclusive de l'Etat cubain, revêt une importance particulière du fait de sa transcendance dans les domaines économique et financier ;

VU QUE la consolidation et la mise en œuvre des conquêtes économiques et sociales de la Révolution requiert la réorganisation en un système bancaire unique et centralisé, géré par l'Etat, constitué par le [Banco Nacional], qui encouragera le développement et la stimulation de la totalité des activités productives de la Nation par l'accumulation des ressources financières de celle-ci, ainsi que par leur utilisation la plus économique et raisonnable» (App. to Pet. for Cert., 14d-15d).

<sup>24</sup> Les parties conviennent que, en vertu de la réglementation relative au contrôle des actifs cubains [Cuban Assets Control Regulations] (art. 515 du titre 31 du code américain de réglementation fédérale [Code of Federal Regulations, «CFR»] (31 CFR Part 515) (1982), toute décision de justice rendue en faveur d'une entité paraétatique de l'Etat cubain serait gelée dans l'attente d'un règlement des demandes opposant les Etats-Unis et Cuba.

<sup>25</sup> Voir également *Banco Nacional de Cuba v. First National City Bank*, *supra*, 406 U.S., 770-773, 92 S.Ct., 1814-1816 (juge Douglas, opinion concordante) ; *Federal Republic of Germany v. Elicofon*, 358 F.Supp. 747 (EDNY 1972), *affd.*, 478 F.2d 231 (CA2 1973), *cert. denied*, 415 U.S. 931, 94 S.Ct. 1443, 39 L.Ed.2d 489 (1974). Dans l'affaire *Elicofon*, le tribunal fédéral de première instance a jugé qu'une personne morale distincte d'un Etat étranger non reconnu par les Etats-Unis ne pouvait comparaître devant un tribunal fédéral. Conclure autrement, a conclu le tribunal, «permettrait à des Etats non reconnus d'user de nos tribunaux à leur gré en créant des «personnes morales» lorsque le besoin s'en fait sentir» (358 F.Supp., 757).

42. Dans ces circonstances, donner effet au statut juridique distinct de Bancec, même si elle est dissoute depuis longtemps, permettrait au véritable bénéficiaire d'une telle action, le Gouvernement de la République de Cuba, d'obtenir de nos tribunaux une réparation qu'il ne pourrait obtenir en propre sans renoncer à son immunité souveraine ni répondre de la saisie d'actifs de Citibank, saisie que la cour d'appel a considéré précédemment comme une violation du droit international<sup>26</sup>. Nous nous refusons à respecter aveuglément la forme sociale lorsqu'il en résulterait une injustice (voir *Bangor Punta Operations, Inc. v. Bangor & Aroostook Railroad Co.*, ci-dessus, 417 U.S., 713, 94 S.Ct., 2584).

43. La défenderesse soutient néanmoins que le transfert d'actifs appartenant à Bancec du ministère du commerce extérieur à Banco Nacional, puis à Empresa et à Cubazucar a effectivement pour effet de l'isoler de la demande reconventionnelle de Citibank. Nous ne sommes pas d'accord. Ayant dissout Bancec et transféré ses actifs à des entités dont la responsabilité peut être engagée suite à la demande reconventionnelle de Citibank, Cuba ne peut échapper à sa responsabilité du fait d'actes commis en violation du droit international simplement en transférant à nouveau les actifs à des personnes morales distinctes. Toute conclusion différente reviendrait à permettre aux Etats de se soustraire aux exigences du droit international simplement en créant des personnes morales lorsque le besoin s'en fait sentir (cf. *Federal Republic of Germany v. Elicofon*, 358 F.Supp. 747, 757 (EDNY 1972), affd, 478 F.2d 231 (CA2 1973), cert. denied, 415 U.S. 931, 94 S.Ct. 1443, 39 L.Ed.2d 489 (1974) ; voir n° 25, ci-dessus). Nous jugeons donc que Citibank peut compenser la valeur de ses actifs saisis par l'Etat cubain contre le montant réclamé par Bancec.

44. Notre décision de ce jour ne comporte pas de formule mécanique permettant de déterminer les circonstances dans lesquelles le statut juridique, normalement distinct, d'une entité paraétatique doit être ignoré<sup>27</sup>. Elle est en fait le produit de l'application de principes d'équité admis internationalement pour éviter l'injustice qui découlerait du fait de permettre à un Etat étranger de profiter de nos tribunaux, tout en se soustrayant aux obligations du droit international<sup>28</sup>.

45. Le tribunal fédéral de première instance a conclu que la valeur des actifs cubains de Citibank excédait la demande de Bancec. Cette dernière a contesté cette décision en appel, mais la cour d'appel n'en a pas traité. Elle demeure donc ouverte pour renvoi. L'arrêt de la cour d'appel est infirmé et l'affaire est renvoyée pour que la procédure continue, conformément à la présente opinion.

---

<sup>26</sup> Voir *Banco I*, supra, 478 F.2d, 194.

<sup>27</sup> Le tribunal fédéral de première instance a adopté, et aussi bien Citibank que l'avocat général [*Solicitor General*] pressent la Cour d'en faire autant, un critère sur la base duquel la décision de donner, ou non, effet au statut juridique distinct d'une entité paraétatique s'articule en partie sur le fait qu'elle ait, ou non, rempli une «fonction étatique». Nous refusons de faire nôtre ce critère en l'espèce, notre décision reposant sur d'autres fondements. Nous remarquons que la notion de fonction étatique «habituelle» ou «adéquate» fluctue dans le temps et diffère d'un pays à un autre. Cf. *New York v. United States*, 326 U.S. 572, 580, 66 S.Ct. 310, 313, 90 L.Ed. 326 (1945) (opinion du juge Frankfurter) («[f]aire reposer le pouvoir fédéral de lever l'impôt sur ce qui relève «normalement» de l'entreprise privée par opposition aux fonctions étatiques «habituelles» revient à créer un socle trop mouvant pour la détermination d'un pouvoir constitutionnel et trop complexe en termes d'opportunité pour qu'il puisse servir de critère juridique fiable»); *ibid.*, 586, 66 S.Ct., 316 (juge Stone, opinion concordante); *ibid.*, 591, 66 S.Ct., 318 (juge Douglas, opinion dissidente). Voir également Friedmann, «The Legal Status and Organization of the Public Corporation», 16 *Law & Contemp.Prob.* 576, 589-591 (1951).

<sup>28</sup> Bancec ne suggère pas, et nous ne pensons pas, que la doctrine de l'Act of State (voir, par exemple, *Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino*, 376 U.S. 398, 84 S.Ct. 923, 11 L.Ed.2d 804 (1964)) interdise à la Cour de déterminer si Citibank peut compenser la valeur de ses actifs cubains contre la demande de Bancec. Bancec ne soutient pas que la doctrine interdise à la Cour de s'enquérir des motifs pour lesquels l'Etat cubain a créé Bancec (mémoire de la défenderesse, p. 16-18). Nous n'avons cependant pas à aborder cette allégation, notre conclusion ne reposant sur aucune évaluation de ce type.

46. *Il en est ordonné ainsi.*

47. L'opinion du juge Stevens, auquel se joignent le juge Brennan et le juge Blackmun, est en partie concordante en partie dissidente.

48. C'est à bon droit que la Cour rejette aujourd'hui l'idée selon laquelle les tribunaux américains devraient sans ambages «percer l'écran social» de personnes morales distinctes créées par des Etats étrangers pour remplir des fonctions étatiques. Je rejoins donc la Cour dans les parties I, II, III-A et III-B de son opinion. Je suis néanmoins respectueusement en désaccord en ce qui concerne la partie III-C dans laquelle la Cour s'efforce d'appliquer les principes généraux qu'elle a énoncés. Contrairement à elle, j'annulerais l'arrêt et renverrais l'affaire à la cour d'appel pour que la procédure se poursuive.

49. Ainsi que le reconnaît la Cour, les éléments de preuve présentés au tribunal fédéral de première instance n'étaient pas centrés sur la question de fait que la Cour considère maintenant comme déterminante. Un seul témoin a témoigné sur des points se rapportant au statut juridique de Bancec et à son autonomie opérationnelle. Le dossier soumis au tribunal fédéral de première instance comprenait également des traductions en anglais de diverses lois et résolutions cubaines, mais aucun témoignage expert n'a été apporté quant à la portée de ces documents juridiques étrangers. Enfin, ainsi que le souligne la Cour, le dossier inclut une stipulation des parties de juillet 1961 et une déclaration sous serment d'un avocat de la défenderesse de mai 1975 (*ante*, 616-617, n. 3). Il est clair pour moi que les pièces du dossier qui ont été mises à la disposition de cette Cour ne sont pas suffisantes pour nous permettre de déterminer les droits des parties.

50. La Cour s'appuie lourdement sur l'affirmation du tribunal fédéral de première instance selon laquelle «la dévolution de la demande [de Bancec], quel que soit l'angle sous lequel on la considère, la place entre les mains du ministère [du commerce extérieur] ou de Banco Nacional». Cet énoncé ne devrait cependant pas être considéré comme décisif, car le tribunal fédéral de première instance ne s'est en aucune manière enquis de la capacité en laquelle l'une ou l'autre des entités a pu assumer la demande de Bancec. Si le ministère du commerce extérieur avait détenu la créance en propre, il est probable que Citibank aurait pu invoquer un droit à compensation contre l'Etat cubain. Mais il est clair que le ministère n'a détenu ladite créance qu'au plus durant six jours, durant l'intervalle entre la promulgation des lois n° 930 et n° 934, du 23 février 1961, et l'émission de la résolution n° 1, du 1<sup>er</sup> mars. Il est donc possible que ces textes normatifs aient reflété un plan intégré unique de réorganisation sociale mis en œuvre sur une période de six jours dont le résultat a été l'apport à Empresa, une nouvelle personne morale, autonome d'un point de vue juridique, d'actifs spécifiés de Bancec<sup>29</sup>. La défenderesse soutient que le ministère a joué le rôle de fiduciaire «auquel était confié le transfert d'actifs de Bancec à la nouvelle *empresa* [entreprise de commerce extérieur], tenu par la loi d'y procéder. ... La République ayant agi en qualité de fiduciaire, il ne saurait y avoir

---

<sup>29</sup> La loi n° 930 prévoyait notamment que les «fonctions commerciales [de Bancec] ser[ai]ent assumées par les entreprises ou maisons de commerce extérieur du ministère du commerce extérieur» (App. to Pet. for Cert. 16d, *App.* 104). La loi n° 934 prévoyait en conséquence que «[t]outes les fonctions à caractère commercial confiées précédemment à ladite Banque du commerce extérieur de Cuba sont transférées et confiées par la présente loi aux entreprises ou maisons de commerce extérieur prévues par celles-ci, qui sont subrogées dans les droits et obligations de ladite ex-Banque, conformément au transfert de ces fonctions ordonné par le ministère» (App. to Pet. for Cert., 24d). Le préambule de la résolution n° 1 de 1961, promulguée le 1<sup>er</sup> mars 1961, expliquait que la loi n° 934 prévoyait «que toutes les fonctions de nature commerciale confiées à l'ancienne Banque cubaine du commerce extérieur [étaient] transférées à des entreprises ou maisons de commerce extérieur subrogées dans les droits et obligations de ladite Banque». Rien dans la déclaration déposée par la défenderesse en mai 1975 n'éclaire la nature précise de ces transactions, ni n'explique comment les fonctions commerciales auparavant confiées à Bancec ont été exercées lors de l'intervalle de six jours (*App.*, 132-137).

de demande reconventionnelle sur la base de ses actes en qualité individuelle» (mémoire de la défenderesse, p. 57).

51. Il va de soi qu'il est possible que la Cour ait évalué correctement les transactions en cause. Je n'en demeure pas moins convaincu qu'elle n'aurait pas dû décider de questions de faits qui peuvent être réglées plus exactement et plus efficacement par d'autres juges fédéraux, en particulier lorsque le dossier soumis à cette Cour est si peu abondant et éclairant<sup>30</sup>.

---

---

<sup>30</sup> Je ne suis pas non plus d'accord avec l'affirmation selon laquelle un résultat contraire «causerait une telle injustice» (*ante*, 632). La requérante n'est que l'un des nombreux citoyens américains dont des biens ont été nationalisés par le Gouvernement cubain. Elle cherche à minimiser ses pertes en conservant une somme de 193 280,30 USD déposée auprès d'elle par un acheteur de sucre cubain dans le but de payer la marchandise, laquelle a été livrée en temps utile. Ayant remporté ce procès, la requérante conservera simplement ces fonds. Si les prétentions de la requérante dans cette affaire avaient été rejetées, les fonds auraient été placés dans un fonds constitué d'actifs cubains gelés, à répartir équitablement entre tous les Américains victimes de nationalisations cubaines (*ante*, 632, n. 24). Même si la requérante a été victime d'une grave injustice causée par l'Etat cubain, rien ne plaide pour que cette requérante se voit accorder une préférence par rapport à d'autres victimes du simple fait de sa participation à une transaction commerciale discrète et terminée, impliquant la vente d'un chargement de sucre cubain.

Nations Unies

A/CN.4/672\*\*



## Assemblée générale

Distr. générale  
22 mai 2014  
Français  
Original : anglais

### Commission du droit international

Soixante-sixième session

Genève, 5 mai-6 juin et 7 juillet-8 août 2014

## Deuxième rapport sur la détermination du droit international coutumier

Présenté par Michael Wood, Rapporteur spécial\*\*\*

### Table des matières

	<i>Page</i>
I. Introduction .....	2
II. Délimitation du sujet et forme des résultats des travaux de la Commission .....	5
III. Emploi des termes .....	5
IV. Approche fondamentale : deux éléments constitutifs .....	7
V. Pratique générale .....	16
VI. « Acceptée comme étant le droit » .....	46
VII. Futur programme de travail .....	70
Annexe	
Projets de conclusions sur l'identification du droit international coutumier .....	72

\*\* Deuxième nouveau tirage pour raisons techniques (1<sup>er</sup> octobre 2014).

\*\*\* Nous tenons à remercier Omri Sender pour le concours inestimable qu'il a bien voulu nous apporter à l'occasion de l'établissement du présent rapport.



## I. Introduction

1. Ayant inscrit le sujet « Formation et identification du droit international coutumier » à son programme de travail en 2012, la Commission du droit international (CDI) a organisé un débat préliminaire sur la base d'un rapport du Rapporteur spécial<sup>1</sup>. Toujours en 2012, à l'issue du débat à la Sixième Commission, l'Assemblée générale a noté avec satisfaction la décision de la CDI d'inscrire le sujet à son programme de travail<sup>2</sup>.

2. À sa soixante-cinquième session, en 2013, la CDI a tenu un débat général<sup>3</sup> sur la base du premier rapport du Rapporteur spécial, qui avait essentiellement valeur d'introduction<sup>4</sup>, et d'une étude du Secrétariat sur les éléments des travaux antérieurs de la Commission pouvant être particulièrement utiles pour ce sujet<sup>5</sup>. À la lumière du débat et suite à des consultations officieuses, la Commission a décidé de changer l'intitulé du sujet comme suit : « Détermination du droit coutumier international ». Il s'agissait ainsi en partie d'éviter les difficultés de traduction du mot « evidence » dans les autres langues officielles des Nations Unies et de souligner que le sujet avait pour finalité première de fournir des orientations à ceux qui sont appelés à déterminer l'existence de telle ou telle règle de droit international coutumier et ce, étant entendu que les questions relatives à ce qu'un membre de la Commission a appelé « éléments de la formation » et celles relatives à la preuve du droit international coutumier demeuraient dans le champ du sujet<sup>6</sup>.

3. En outre, du débat et des consultations officieuses, nous avons dégagé les conclusions suivantes<sup>7</sup> :

a) Les membres de la CDI étaient généralement favorables à l'approche binaire dite « des deux éléments », c'est-à-dire à l'idée que, pour déterminer telle ou telle règle de droit international coutumier, on interrogera à la fois la pratique générale et l'acceptation de cette pratique comme étant le droit. Presque tous ceux qui ont pris la parole ont expressément souscrit à cette approche, qui est par ailleurs étayée par la grande diversité des matériaux examinés dans le premier rapport, et aucun participant ne l'a mise en doute. Cependant, on a reconnu que les deux

<sup>1</sup> Voir A/CN.4/653, Note sur la formation et l'identification du droit international coutumier, par. 1.

<sup>2</sup> Résolution 67/92 de l'Assemblée générale, en date du 14 décembre 2012, par. 4.

<sup>3</sup> Voir les comptes rendus analytiques A/CN.4/SR.3181, 3182, 3183, 3184, 3185 et 3186 (17, 18, 19, 23, 24 et 25 juillet 2013); voir A/68/10, Rapport de la Commission du droit international sur sa soixante-cinquième session (6 mai-7 juin et 8 juillet-9 août 2013), par. 66 à 107.

<sup>4</sup> A/CN.4/663.

<sup>5</sup> A/CN.4/659 (ci-après, « Mémoire du Secrétariat »).

<sup>6</sup> A/CN.4/SR.3186 (25 juillet 2013), p. 5. Il n'est pas inutile de rappeler à cet égard l'observation de Jennings selon laquelle « in international law the questions of whether a rule of customary law exists, and how customary law is made, tend in practice to coalesce » : R. Jennings, « What is International Law and How Do We Tell It When We See It? », *Annuaire suisse de droit international*, 37, (1981), 59-60; voir également K. Wolfke, *Custom in Present International Law*, 2<sup>e</sup> éd. (Martinus Nijhoff Publishers, 1993), 116 (« The ascertainment and formation of customary international law are of necessity closely interrelated, since, on the one hand, the process of formation determines the means of identification of customary rules, and on the other, the action of ascertaining custom or its elements influences its further development. This interdependence is already evident from the content of Article 38.1 (b) of the Statute of the [International] Court »).

<sup>7</sup> A/CN.4/SR.3186, *ibid.*, p. 3 à 6.

éléments peuvent parfois être « étroitement imbriqués » et que l'importance relative à accorder à chacun peut varier selon les circonstances;

b) Les membres de la CDI se sont accordés à dire que les sources principales d'indications sur le sujet seraient certainement la démarche des États ainsi que la jurisprudence des juridictions internationales, au premier rang desquelles la Cour internationale de Justice;

c) Les membres de la CDI se sont accordés à considérer que les résultats des travaux sur le sujet devraient revêtir un caractère pratique et la forme d'un ensemble de « conclusions » assorties de commentaires, ces conclusions ne devant pas être revêtues d'un caractère par trop impératif;

d) De l'avis général, la Commission devrait, dans une certaine mesure, s'intéresser aux liens entre le droit international coutumier et d'autres sources de droit international, en particulier les traités et les principes généraux du droit, mais également au droit international coutumier « spécial » ou « régional »;

e) La plupart des membres de la Commission étaient d'avis que le *jus cogens* ne devrait pas être envisagé dans le cadre du présent sujet.

4. Au cours du débat à la Sixième Commission en 2013, les délégations ont souscrit à l'approche binaire dite des « deux éléments » tout en insistant sur la nécessité d'étudier la question de l'importance relative à accorder à la pratique des États et à l'*opinio juris*. Les avis ont divergé quant à l'opportunité d'envisager le *jus cogens* à l'occasion du présent sujet. On s'est largement félicité que la Commission se propose d'examiner les rapports entre le droit international coutumier et d'autres sources du droit international, même si l'on a fait observer qu'il fallait traiter séparément la question de la hiérarchie des sources. On a souligné l'intérêt d'examiner le droit international coutumier « spécial » ou « régional », y compris la coutume bilatérale<sup>8</sup>.

5. Les délégations ont à nouveau souligné qu'il importait d'interroger, autant que possible, la pratique des États de toutes les régions du monde pour déterminer le droit international coutumier, tout en notant cependant que les États sont relativement peu nombreux à recueillir et publier systématiquement leur pratique. On a suggéré de procéder en toute prudence à l'analyse de la pratique des États, en particulier s'agissant des décisions des tribunaux internes et régionaux. On a en outre suggéré d'examiner la pratique des organisations internationales<sup>9</sup>.

6. Une ou deux délégations ont suggéré à la Commission de surseoir à se prononcer sur la forme à donner au résultat final des travaux. Néanmoins, la solution de « conclusions » assorties de commentaires a recueilli une large adhésion. On a souligné qu'il importait de ne pas donner une forme par trop impérative au résultat de ses travaux et de conserver sa souplesse au droit international coutumier<sup>10</sup>.

7. À sa session de 2013, la CDI a demandé aux États « de lui donner, avant le 31 janvier 2014, des informations sur leur pratique relative à la formation du droit international coutumier et aux types d'éléments pouvant servir à identifier ce droit

<sup>8</sup> Voir A/CN.4/666, *Résumé thématique des débats tenus par la Sixième Commission de l'Assemblée générale à sa soixante-huitième session*, par. 43 et 44.

<sup>9</sup> Ibid., par. 45 et 46.

<sup>10</sup> Ibid., par. 47.

dans une situation donnée. Cette pratique pourrait être reflétée dans : a) des déclarations officielles faites devant des corps législatifs, des juridictions ou des organisations internationales; et b) des décisions de juridictions nationales, régionales ou sous-régionales »<sup>11</sup>. Nous savons gré aux neuf États<sup>12</sup> qui, à la date de la rédaction du présent rapport, avaient apporté leurs contributions écrites. Des contributions supplémentaires seraient à tout moment les bienvenues.

8. Nous pensons que toutes contributions d'institutions universitaires seraient utiles à la réflexion sur le sujet. Ces deux dernières années, plusieurs institutions ont organisé des réunions, à la fois enrichissantes, sur divers aspects du sujet. Depuis la soixante-cinquième session de la Commission, il y a également eu divers nouveaux ouvrages de doctrine, de même qu'une jurisprudence internationale nouvelle dignes d'intérêt évoqués dans le présent rapport.

9. Dans notre premier rapport, nous avons traité des principaux documents à consulter aux fins du présent sujet et de certaines questions préliminaires. Nous nous intéresserons ici aux questions centrales ayant trait à la démarche à retenir pour déterminer les règles du droit international coutumier « général », en particulier les deux éléments constitutifs de la coutume et la manière d'en apprécier l'existence. Dans la section II du présent rapport, consacrée à la portée des travaux et à la forme des résultats, nous expliquons que les projets de conclusions traitent de la méthode de détermination des règles du droit international coutumier sans s'intéresser au contenu de ces règles. Dans la section III, consacrée à la terminologie, nous proposons une définition du droit international coutumier qui s'inspire du libellé de l'alinéa b) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, sans s'y référer directement. Dans la section IV nous décrivons en termes généraux l'approche de base dite « des deux éléments » que sont « une pratique générale » qui soit « acceptée comme étant le droit » (communément appelés « la pratique des États » et « *opinio juris* », respectivement) et dont nous ferons dans les sections V et VI une analyse plus détaillée, analyse que nous poursuivrons dans notre troisième rapport comme il est dit dans la section VII sur le programme de travail futur.

10. Il nous semble souhaitable de traiter dans le même rapport de la pratique et de l'*opinio juris*, étant donné le lien étroit qui les unit même si nous sommes ainsi conduits à explorer tout un terrain sans le bénéfice de débats approfondis à la CDI et à la Sixième Commission de l'Assemblée générale. Les sections V et VI revêtant ainsi forcément un caractère préliminaire, nous serons sans doute amenés à revoir et affiner le texte et les projets de conclusions dans notre prochain rapport.

11. Le présent rapport contient 11 projets de conclusions, dont le texte figure à l'annexe. Comme il y est dit, nous proposons de les articuler en quatre parties (introduction; deux éléments constitutifs; pratique générale; acceptée comme étant le droit) selon l'économie générale envisagée. Nous proposerons d'autres projets de conclusions dans notre prochain rapport, mais – toujours sous réserve des vues des membres de la Commission – ceux-ci seront sans doute sans incidence sur l'économie générale du projet.

---

<sup>11</sup> A/68/10, *supra* note 3, par. 26.

<sup>12</sup> Allemagne, Belgique, Botswana, Cuba, El Salvador, Fédération de Russie, Irlande, République tchèque et Royaume-Uni.

## II. Délimitation du sujet et forme des résultats des travaux de la Commission

12. Les débats à la CDI et à la Sixième Commission en 2013 sont venus confirmer l'intérêt du présent sujet, dont la finalité est de fournir des orientations pratiques à ceux qui sont appelés en quelque qualité à déterminer l'existence de telles ou telles règles de droit international coutumier, singulièrement ceux qui ne sont pas forcément des spécialistes du droit international public général. Une certaine clarté s'impose dans l'application pratique de cet aspect fondamental du droit international, même s'il faut reconnaître que le processus coutumier est souple par définition. De l'aveu général, « la question des sources est éminemment importante; et les vives controverses jurisprudentielles et doctrinales ne sont pas d'intérêt purement théorique. S'il est naturel de les trouver passionnantes et de s'y livrer, on n'oubliera cependant pas que l'intérêt de ces controverses est la preuve, s'il en est, des lacunes du système juridique considéré »<sup>13</sup>.

13. Bien entendu, le présent sujet a pour objet non pas tant de se prononcer sur la substance des règles de droit international coutumier, ou de répondre à l'importante question de savoir qui est lié par telle ou telle règle (États, organisations internationales, autres sujets du droit international) que de traiter de la seule question méthodologique de la détermination du droit international coutumier.

14. Le présent sujet et toutes conclusions qui en découleraient sont sans préjudice des travaux en cours sur d'autres sujets. Nous nous garderons donc d'évoquer à cette occasion les questions relatives aux autres sources du droit international, notamment les principes généraux du droit (Art. 38, 1. c) du Statut de la Cour internationale de Justice). Les travaux seront également sans préjudice des questions relatives au *jus cogens*, qui pourraient être envisagées séparément.

15. Vu ce qui précède, nous proposons le projet de conclusion suivant :

### Projet de conclusion 1

#### *Portée*

1. Les présents projets de conclusions intéressent la méthodologie à suivre pour déterminer l'existence et le contenu des règles de droit international coutumier.

2. Les présents projets de conclusions sont sans préjudice de la méthodologie concernant d'autres sources du droit international et les questions relatives aux normes impératives de droit international (*jus cogens*).

## III. Emploi des termes

16. Dans notre premier rapport, nous proposons une définition du « droit international coutumier » sous forme de simple renvoi à l'alinéa b) du paragraphe 1

<sup>13</sup> R. Higgins, *Problems and Process: International Law and How We Use It* (Clarendon Press, 1994), p. 17.

de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice<sup>14</sup>. Certains membres de la Commission ont estimé qu'un renvoi n'était pas entièrement satisfaisant, tant parce que le texte n'était pas autonome que parce que l'on pourrait considérer qu'il repose trop sur le Statut, qui s'applique en principe à la seule Cour<sup>15</sup>.

17. Nous proposons donc à la Commission d'adopter une définition du droit international coutumier qui s'inspire du texte du Statut de la Cour internationale de Justice sans le viser expressément, cette solution présentant l'intérêt de conserver les concepts clefs (« pratique générale », « acceptée comme étant le droit »), qui forment le socle de l'approche suivie non seulement par la Cour internationale elle-même mais aussi par d'autres cours et tribunaux ainsi que les États<sup>16</sup>. Le texte de l'alinéa b) du paragraphe 1 de l'Article 38, aujourd'hui presque centenaire, reste une source très largement invoquée et n'a pris aucune ride. En fait, comparée aux expressions (« pratique des États » et « *opinio juris* ») sans doute d'usage plus courant de nos jours, la formulation du Statut semble moins problématique et plus moderne. Quoi qu'il en soit, le dédoublement résultant du Statut, « constitue un outil extrêmement utile pour “découvrir” les règles coutumières<sup>17</sup> ».

18. L'autre expression qu'il serait peut-être utile de définir est celle d'« organisation internationale ». Il serait bon d'adopter la définition résultant de la Convention de Vienne sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel<sup>18</sup> et de la Convention de Vienne sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales<sup>19</sup>, où l'expression « organisation internationale » s'entend de l'« organisation intergouvernementale ». Comme il ressort du commentaire de la Commission, la définition plus élaborée figurant au projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales a été dégagée dans

<sup>14</sup> A/CN.4/663, *supra* note 1, par. 45.

<sup>15</sup> Mais voir *ibid.*, par. 32 (« Le paragraphe 1 de l'Article 38 a fréquemment été mentionné ou reproduit dans des instruments ultérieurs. Même si [sa] formulation ne s'applique qu'à la Cour internationale de Justice, les sources qui y sont définies sont généralement considérées comme valables pour les autres juridictions internationales, sous réserve de toutes règles expressément énoncées dans les statuts respectifs de ces dernières » [références omises]). Il ressort clairement du chapeau de l'Article 38.1, tel qu'adopté en 1945 [« La Cour, dont la mission est de régler conformément au droit international les différends qui lui sont soumis, applique » (non souligné dans le texte)] que cette disposition vient énumérer les sources du droit international.

<sup>16</sup> Voir par. 24 et 25 ci-après.

<sup>17</sup> A. Pellet, « Article 38 », A. Zimmermann *et al.* (dir.), *Le Statut de la Cour internationale de Justice : commentaire*, 2<sup>e</sup> éd. in (Oxford University Press, 2012), p. 731 et 813; voir également G. M. Danilenko, « The theory of international customary law », *German Yearbook of International Law*, 31 (1988), p. 9 et 10 à 11 (« the definition of custom provided by Art. 38 of the statute is extremely important for the theory and practice of customary international law. In the first place, Art. 38 reaffirms the recognition by all States of international custom as one of the main sources of international law [...] Secondly, Art. 38 reflects the agreement of all members of the international community on basic constituent elements required for the formation and operation of customary rules of international law, namely, practice, on the one hand, and acceptance of this practice as law, on the other »); G. Arangio-Ruiz, « Customary law: A Few More Thoughts about the Theory of 'Spontaneous' International Custom », in N. Angelet (dir.), *Droit du pouvoir, pouvoir du droit : mélanges offerts à Jean Salmon* (Bruylant, 2007), p. 93 et 105.

<sup>18</sup> Art. 1, par. 1, 1).

<sup>19</sup> Art. 2, par. 1, a) i).

le contexte particulier dudit sujet<sup>20</sup>. Dans le présent contexte, la définition plus générale et plus large semblerait préférable.

19. Nous apprécierons en cours de travaux l'opportunité de définir d'autres termes. Si l'on retenait l'idée de consacrer une disposition à « l'emploi des termes », sans doute il y aurait-il lieu d'y insérer une clause de sauvegarde semblable à celles envisagées dans des textes antérieurs issus de projets de la CDI, comme l'article 2.3 de la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens<sup>21</sup>.

20. Vu ce qui précède, nous proposons le projet de conclusion suivant :

## **Projet de conclusion 2**

### *Emploi des termes*

**Aux fins des présents projets de conclusions :**

**a) L'expression « droit international coutumier » s'entend des règles de droit international qui découlent et sont l'expression d'une pratique générale acceptée comme étant le droit;**

**b) L'expression « organisation internationale » s'entend de toute organisation intergouvernementale;**

**c) ...**

## **IV. Approche fondamentale : deux éléments constitutifs**

21. Nous partons ici du principe que, pour déterminer l'existence de telle ou telle règle de droit international coutumier, il faut interroger la pratique et l'acceptation de cette pratique comme étant le droit (approche binaire dite « des deux éléments »)<sup>22</sup>. Cette approche a recueilli une large adhésion pendant les débats tenus en 2013<sup>23</sup> au sein de la CDI et à la Sixième Commission. Comme on le verra ci-après, on la retrouve de fait généralement dans la pratique des États et la jurisprudence des juridictions internationales, dont la Cour internationale de Justice, et elle jouit de la faveur de la doctrine.

22. Selon cette approche, il existerait une règle de droit international coutumier dès lors qu'on est en présence d'une « pratique générale » qui est « acceptée comme étant le droit », ces deux éléments, « les critères, qu'elle [la Cour internationale de Justice] a maintes fois énoncés, permettant d'identifier une règle de droit international coutumier »<sup>24</sup>, devant être réunis en toutes circonstances pour autoriser

<sup>20</sup> Articles sur la responsabilité des organisations internationales (2011), art. 2 a) et commentaire, par. 1 à 15 (*Rapport 2011 de la CDI*, p. 73 à 78).

<sup>21</sup> Aux termes de cet article : « Les dispositions des paragraphes 1 et 2 concernant l'emploi des termes dans la présente Convention n'affectent pas l'emploi de ces termes ni le sens qui peut leur être donné dans d'autres instruments internationaux ou dans le droit interne d'un État. »

<sup>22</sup> Voir également *supra*, par. 3 a).

<sup>23</sup> Voir également *infra*, par. 24.

<sup>24</sup> *Immunités juridictionnelles de l'État [Allemagne c. Italie; Grèce (intervenant)]*, arrêt, C.I.J. Recueil 2012, p. 99, p. 122, par. 55; dans le même paragraphe, la Cour internationale de Justice a précisé qu'« une "pratique effective" assortie d'une *opinio juris* est en particulier requise pour

à conclure à l'existence d'une règle de droit coutumier international. Par suite, pour conclure en toute certitude à l'existence de telle ou telle règle de droit coutumier, « il faudrait avoir l'assurance qu'une telle règle répond aux conditions requises pour que prenne naissance une coutume internationale »<sup>25</sup>.

23. Ces deux éléments sont en effet indispensables à toute règle de droit international coutumier à proprement parler. Comme l'a dit un auteur, en l'absence de toute pratique (*consuetudo*), l'expression « droit international coutumier » serait impropre dans la mesure où la pratique constitue précisément la principale *differentia specifica* de cette branche du droit international. En revanche, en l'absence de l'élément subjectif de l'acceptation de la pratique comme étant le droit, la coutume internationale ne se distinguerait pas du simple usage (*usus*) ou d'autres règles de conduite non juridiques<sup>26</sup>.

24. L'approche des deux éléments est largement consacrée par la pratique des États. Pour ne citer que quelques exemples récents, les États-Unis d'Amérique, le Rwanda et l'Uruguay sont convenus, dans des traités d'investissement bilatéraux, que le droit international coutumier résulte d'une pratique générale et constante des États, que ceux-ci suivent comme y étant juridiquement tenus<sup>27</sup>. De même, selon les Pays-Bas et le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, les deux éléments constitutifs du droit international coutumier sont la pratique généralisée et constante des États (pratique des États) et le sentiment que le respect de la règle de droit est obligatoire (*opinio juris*)<sup>28</sup>. L'ensemble des États membres de l'Union européenne ont adopté la même position dans les *Lignes directrices de l'Union*

---

qu'existe une telle règle »; voir également *Plateau continental de la mer du Nord, arrêt, C.I.J. Recueil 1969*, p. 3, p. 44, par. 77 (« [...] deux conditions doivent être remplies. Non seulement les actes considérés doivent représenter une pratique constante, mais en outre ils doivent témoigner, par leur nature ou la manière dont ils sont accomplis, de la conviction que cette pratique est rendue obligatoire par l'existence d'une règle de droit »); *Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne/Malte), arrêt, C.I.J. Recueil 1985*, p. 13, p. 29 (« Il est bien évident que la substance du droit international coutumier doit être recherchée en premier lieu dans la pratique effective et l'*opinio juris* des États »); *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique), fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986*, p. 14, p. 97 (« [...] la Cour doit maintenant identifier les règles du droit international coutumier applicables au présent différend. Pour cela, elle doit examiner la pratique et l'*opinio juris* des États »); P. Tomka, « Custom and the International Court of Justice », *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 12 (2013), p. 195 et 197 (« In fact, the Court has never abandoned its view, firmly rooted in the wording of the Statute, that customary international law is "general practice accepted as law" »).

<sup>25</sup> *Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande), fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1974*, p. 3, p. 47 (opinion individuelle collective des juges Forster, Bengzon, Jiménez de Aréchaga, Nagendra Singh et Ruda).

<sup>26</sup> K. Wolfke, *supra* note 6, p. 40 et 41.

<sup>27</sup> Annexe A du Traité entre le Gouvernement des États-Unis d'Amérique et le Gouvernement de la République du Rwanda concernant la promotion et la protection réciproque de l'investissement (2008) et annexe A du Traité entre les États-Unis d'Amérique et la République orientale d'Uruguay concernant la promotion et la protection réciproque de l'investissement (2005), dans lesquelles les parties sont convenues que le droit international coutumier en général et tel que défini à l'article 5 et à l'annexe B résulte d'une pratique générale et constante des États, qu'ils suivent comme y étant juridiquement tenus.

<sup>28</sup> Mémoire des Gouvernements du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et du Royaume des Pays-Bas en qualité d'*amici curiae* à l'appui des défendeurs dans l'affaire *Esther Kiobel et al. c. Royal Dutch Petroleum Co. et al.* (3 février 2012), Cour suprême des États-Unis, p. 8 à 11.

européenne concernant la promotion du droit humanitaire international, qui voient dans le droit international coutumier une source du droit international qui découle de la pratique des États à laquelle ceux-ci reconnaissent un caractère contraignant<sup>29</sup>. La Cour suprême singapourienne a jugé que la pratique fréquente et pratiquement uniforme des États associée à l'*opinio juris* était requise pour conférer à une règle donnée valeur de règle de droit international coutumier<sup>30</sup>, et la Cour constitutionnelle slovène a également considéré que telle norme peut revêtir le caractère de règle contraignante de droit international coutumier dès lors qu'elle est appliquée par un grand nombre d'États comme étant une règle de droit international coutumier à respecter<sup>31</sup>. La Cour constitutionnelle et la Cour suprême tchèques ont également considéré que les deux éléments étaient essentiels<sup>32</sup>, de même que la Cour d'appel néo-zélandaise, qui a observé que le droit international coutumier, les règles (non écrites) du droit international liant tous les États, apparaissent quand les États suivent certaines pratiques, généralement et constamment, comme y étant juridiquement tenus<sup>33</sup>. Le fait qu'une pratique générale et l'acceptation de cette pratique comme étant le droit soit requis pour la formation et la détermination du droit international coutumier a en outre été reconnu notamment par l'Afrique du Sud, l'Autriche, la Fédération de Russie, l'Inde, Israël, la Malaisie, les pays nordiques, le Portugal, la République islamique d'Iran et le Viet Nam dans leurs interventions lors des débats consacrés par la Sixième Commission aux rapports de la CDI de 2012 et de 2013<sup>34</sup>. Dans des conclusions déposées récemment devant la Cour internationale de Justice, des États ont continué de fonder leur argumentation sur l'approche dite des deux éléments<sup>35</sup>.

<sup>29</sup> *Lignes directrices de l'Union européenne mises à jour concernant la promotion du droit humanitaire international* (2009/C/303/06), par. 7.

<sup>30</sup> *Yong Vui Kong v. Public Prosecutor* [2010] 3 S.L.R. 489 [2010] SGCA 20 (Cour suprême singapourienne – Cour d'appel, 14 mai 2010), par. 96 à 98.

<sup>31</sup> Décision n° U-I-146/07, en date du 13 novembre 2008, par. 19; voir également affaire n° Up-13/99, décision du 8 mars 2001, par. 14.

<sup>32</sup> Dossier n° II. ÚS 214/98 (30 janvier 2001) et dossier n° 11 Tcu 167/2004 (16 décembre 2004), respectivement.

<sup>33</sup> *Attorney General c. Zaouvi*, CA20/04, jugement (30 septembre 2004), par. 34.

<sup>34</sup> Les déclarations faites par les représentants des divers États pendant ces débats sont disponibles en ligne sur le portail de la Plateforme d'écopublication PaperSmart de l'Organisation des Nations Unies et à l'adresse suivante : [www.un.org/fr/ga/sixth/](http://www.un.org/fr/ga/sixth/).

<sup>35</sup> À titre d'exemple, dans l'affaire *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie)*, l'Allemagne a considéré qu'« il n'existe pas de pratique générale, soutenue par l'*opinio juris*, élargissant la dérogation au principe de l'immunité des États aux cas de violations du droit humanitaire commises par des forces armées pendant un conflit armé » et l'Italie, qui n'invoquait pas le droit international coutumier, a considéré dans son contre-mémoire que la question en cause en l'espèce n'était pas de savoir s'il y avait une pratique répandue et constante, adossée à l'*opinio juris*, montrant l'existence d'une règle coutumière internationale autorisant généralement le déni d'immunité en présence de violations graves du droit international humanitaire ou du droit international des droits de l'homme (mémoire de la République fédérale d'Allemagne (12 juin 2009), par. 55; contre-mémoire de l'Italie (22 décembre 2009), par. 4.108). Pour un autre exemple récent, voir l'affaire *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, en particulier les *Questions posées par des membres de la Cour au terme de l'audience tenue le 16 mars 2012 : compilation des réponses écrites ou orales et des observations écrites sur ces réponses*, p. 20 à 48, notamment p. 24 et 25 (Belgique) – Question posée à la Belgique – le Sénégal étant invité à faire des observations – par le juge Greenwood au terme de l'audience du 16 mars 2012. De même, dans d'autres affaires, si des États n'ont pas cherché à démontrer l'existence d'une règle

25. D'autres juridictions internationales ont également admis que, pour déterminer l'existence de telle ou telle règle de droit international coutumier, il fallait s'attacher aux deux éléments. Comme nous l'avons fait observer dans notre premier rapport, quel que soit le contexte dans lequel ces autres juridictions travaillent, elles s'appuient généralement sur l'approche et la jurisprudence de la Cour permanente de Justice internationale et de la Cour internationale de Justice, notamment sur le rôle constitutif attribué aux deux éléments que sont la pratique des États et l'*opinio juris*<sup>36</sup>.

26. La plupart des auteurs souscrivent également à l'approche des deux éléments, comme il ressort d'ouvrages et traités de droit international public<sup>37</sup> et monographies consacrées à la coutume ou s'y rapportant, que ces ouvrages traitent

---

de droit international coutumier en invoquant l'existence soit de la seule pratique soit de la seule *opinio juris*, ils n'ont pas cherché à mettre en doute l'existence d'une prétendue règle de droit international coutumier en faisant valoir que l'approche des deux éléments était erronée d'un point de vue théorique.

<sup>36</sup> A/CN.4/663, *supra* note 1, par. 66 à 82.

<sup>37</sup> Voir, par exemple, R. Jennings et A. Watts (dir.), *Oppenheim's International Law*, vol. I, 9<sup>e</sup> éd., (Longmans, 1991), p. 25 à 31; A. Cassese, *International Law*, 2<sup>e</sup> éd. (Oxford University Press, 2005), p. 153 à 169 (« the fundamental elements constituting custom: State practice (*usus or diuturnitas*) and the corresponding views of States (*opinio juris* or *opinio necessitatis*) »); P.-M. Dupuy et Y. Kerbrat, *Droit international public*, 10<sup>e</sup> éd. (Dalloz, 2010), p. 364 (« La bivalence du phénomène coutumier trouve un écho direct dans la représentation qu'en donnent les différents courants de la doctrine, aussi bien objectiviste que volontariste. Pour les uns comme pour les autres, confortés par le texte précité de l'Article 38 b) du statut de la Cour de La Haye (CPJI puis CIJ), la réunion de deux éléments est nécessaire pour que naisse la coutume en tant que règle de droit »); M. Bos, *A Methodology of International Law* (North Holland, 1984), p. 109 (« for a custom to exist one merely has to ascertain the existence of the alleged factual aspects of it, i.e. its material and psychological components, and to put these to the test of the definition of custom »); V. Lowe, *International Law* (Oxford University Press, 2007), p. 36 à 63; M. N. Shaw, *International Law*, 6<sup>e</sup> éd. (Cambridge University Press, 2008), p. 72 à 93 (« it is possible to detect two basic elements in the make-up of a custom. These are the material facts, that is, the actual behaviour of states and the psychological or subjective belief that such behaviour is law »); L. Damrosch, L. Henkin, S. Murphy et H. Smith, *International Law: Cases and Materials*, 5<sup>e</sup> éd. (West, 2009), p. 59 (« What is clear is that the definition of custom comprises two distinct elements [...] »); P. Daillier, M. Forteau et A. Pellet, *Droit international public*, 8<sup>e</sup> éd. (L.G.D.J., 2009), p. 352 à 379 (« Il est certes admis par tous que le processus coutumier n'est parfait que par la réunion de deux éléments »); S. Murphy, *Principles of International Law*, 2<sup>e</sup> éd. (West, 2012), p. 92 à 101 (« States through their practice, and international lawyers through writings and judicial decisions, have agreed that customary international law exists whenever two key requirements are met: (1) a relatively uniform and consistent state practice regarding a particular matter; and (2) a belief among states that such practice is legally required »); A. Clapham, *Brierly's Law of Nations: An Introduction to the Role of Law in International Relations*, 7<sup>e</sup> éd. (Oxford University Press, 2012), p. 57 à 63; J. Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, 8<sup>e</sup> éd. (Oxford University Press, 2012), p. 23 à 30 (« the existence of custom is [...] the conclusion of someone (a legal adviser, a court, a government, a commentator) as to two related questions: (a) is there a general practice; (b) is it accepted as international law? »); M. Díez de Velasco, C. Escobar Hernández (dir.), *Instituciones de Derecho Internacional Public*, 18<sup>e</sup> éd. (Tecnos, 2013), p. 136 à 141 (« una práctica seguida por los sujetos internacionales y generalmente aceptada por éstos como derecho »); J. Klabbers, *International Law* (Cambridge University Press, 2013), p. 26 à 34 (« two main requirements: there must be a general practice, and this general practice must be accepted as law [...] »); C. Santulli, *Introduction au droit international* (Pedone, 2013), p. 45 [« la doctrine classique des deux éléments de la coutume : la pratique, qui constitue l'élément matériel, et l'acceptation ou *opinio juris*, qui constitue l'élément volontaire (ou "psychologique") »].

spécialement des sources du droit international<sup>38</sup> ou de toute autre question ayant trait à celui-ci<sup>39</sup>. À titre d'exemple, selon Oppenheim, aux termes de l'alinéa b) du paragraphe 1 de l'Article 38, la coutume est constituée de deux éléments essentiels, à savoir la pratique et l'*opinio juris*<sup>40</sup>. Il résulte de la dernière édition de l'ouvrage intitulé *Brierly's Law of Nations: An Introduction to the Role of Law in International Relations*, que la coutume, au sens juridique, signifie davantage que la simple habitude ou l'usage, que c'est un usage considéré comme obligatoire par ceux qui le suivent et, qu'aux termes de l'alinéa b) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut, il convient d'examiner si la coutume supposée est le fruit d'une « pratique générale acceptée comme étant le droit »<sup>41</sup>.

27. Ainsi qu'il est dit dans notre premier rapport, certains auteurs ont tenté de dégager d'autres approches, généralement axées sur un élément constitutif au détriment de l'autre, que ce soit la pratique ou l'*opinio juris*, voire en excluant complètement un élément<sup>42</sup>. De même, dans une certaine mesure, dans ses travaux, qui ont abouti en 2000 à la Déclaration de Londres sur les principes applicables à la formation du droit international coutumier général<sup>43</sup>, l'Association de droit international tend à minimiser le rôle de l'élément subjectif<sup>44</sup>. Si tous ces écrits présentent un intérêt, ne sauraient laisser indifférent et sont (et doivent être) dûment pris en compte, il n'en demeure pas moins qu'ils ne semblent pas avoir véritablement influencé l'approche adoptée par les États et les juridictions. L'approche des deux éléments demeure prédominante<sup>45</sup>.

28. Dans notre premier rapport, nous avons recherché s'il existait différentes approches permettant de déterminer des règles de droit international coutumier dans

<sup>38</sup> Voir, par exemple, L. Millán Moro, *La « Opinio juris » en el Derecho Internacional Contemporáneo* (Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1990); H. Thirlway, *The Sources of International Law* (Oxford University Press, 2014), chap. III (« The traditional criteria in international law for the recognition of a binding custom are that there should have been sufficient State practice [...] and that this should have been accompanied by, or be backed by, evidence of what is traditionally called *opinio juris* or *opinio juris sive necessitatis* »).

<sup>39</sup> Par exemple, O. Corten, *Le droit contre la guerre*, 2<sup>e</sup> éd. (Bruylant, 2014), chap. 1; pour une édition antérieure en anglais, voir O. Corten, *The Law Against War: The Prohibition on the Use of Force in Contemporary International Law* (Hart, 2010), chap. 1.

<sup>40</sup> R. Jennings, A. Watts (dir.), *supra* note 37, p. 27.

<sup>41</sup> A. Clapham, *supra* note 37, p. 57.

<sup>42</sup> Voir A/CN.4/663, *supra* note 1, par. 97 à 101.

<sup>43</sup> *Déclaration de Londres sur les principes applicables à la formation du droit international coutumier général*, assortie d'observations, adoptée par l'Association de droit international dans sa résolution 16/2000 relative à la formation du droit international coutumier général, en date du 29 juillet 2000, à sa soixante-neuvième conférence, tenue à Londres du 25 au 29 juillet 2000; voir également A/CN.4/663, *supra* note 1, par. 89 à 91.

<sup>44</sup> La Déclaration de Londres sur les principes applicables à la formation du droit international coutumier général parle de la présumée nécessité de l'« élément subjectif » (voir introduction, par. 10, et Part III).

<sup>45</sup> Voir également O. Sender, M. Wood, « The emergence of customary international law: between theory and practice », in Y. Radi et C. Brölmann (dir.) *Research Handbook on the Theory and Practice of International Law-Making*, (Edward Elgar, à paraître) (« the two-element approach has [...] enabled the formation and identification of rules of international law that have for the most part won wide acceptance, while allowing customary international law to retain its characteristic flexibility. It has proven to be both useful and stable, and it remains authoritative through the ICJ Statute, which is binding on 193 States. Other theories on how a rule of customary international law emerges are, essentially, policy approaches; as such they may be instructive, but they remain policy, not law. »).

les différentes branches du droit<sup>46</sup>. À titre d'exemple, on a fait valoir en doctrine<sup>47</sup> – thèse adossée çà et là à la pratique<sup>48</sup> – dans les branches du droit international dont, notamment, le droit international des droits de l'homme, le droit international humanitaire et le droit international pénal, un seul élément, à savoir l'*opinio juris*, suffirait pour qu'il y ait règle de droit international coutumier<sup>49</sup>. Il est toutefois plus juste de dire qu'il n'existe pas différentes approches<sup>50</sup>, mais des variations dans la

<sup>46</sup> A/CN.4/663, *supra* note 1, par. 19.

<sup>47</sup> A/CN.4/663, *supra* note 1, voir notes de bas de page 32 à 34; voir également R. Kolb, « Selected problems in the theory of customary international law », *Netherlands International Law Review*, vol. 50 (2003), p. 119 et 128 (« [...] the time has come to put à plat the theory of custom and to articulate different types (and thus elements) of it in relation to different subject matters and areas. There is not one international custom; there are many international customs whose common family-bond is still to be shown. Consequently, a new map of international customary law has to be drawn, reflecting the various contours of international life, instead of artificially pressing the growing diversity of that experience into the Procrustean bed of traditional practice and *opinio juris* »); A. Cassese, *supra* note 37, p. 160 et 161 (voir note de bas de page 37 du présent rapport) (« *Usus* and *opinio*, as elements of customary law, play a different role in a particular branch of international law, the humanitarian law of armed conflict [...] In consequence [of the wording of the Martens Clause] it is logically admissible to infer (and is borne out by practice) that the requirement of State *practice* may not need to apply to the formation of a principle or a rule based on the laws of humanity or the dictates of public conscience [...] »).

<sup>48</sup> Voir, par exemple, *Le Procureur c. Kupreškić et consorts* (jugement), affaire n° IT-95-16-T (Chambre de première instance du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie), jugement du 14 janvier 2000, par. 527 (« les principes du droit international humanitaire peuvent, par processus coutumier, naître de la pression des exigences de l'humanité ou de celles de la conscience publique, même lorsque la pratique des États est rare ou contradictoire. L'autre élément, l'*opinio necessitatis*, qui se cristallise sous l'effet des impératifs de l'humanité ou de la conscience publique, pourrait bien se révéler être l'élément décisif annonciateur de l'émergence d'une règle ou d'un principe général du droit humanitaire »); voir également arrêt des Chambres extraordinaires des tribunaux cambodgiens (Chambre de la Cour suprême), affaire n° 001/18-07-2007-ECCC/SC (3 février 2012), par. 93 (en ce qui concerne le droit international coutumier, la Chambre de la Cour suprême considère que, s'agissant d'apprécier s'il existe quelque principe ou règle générale concernant telle conduite violant les droits de l'homme ou la voix de la conscience collective en particulier, l'exigence classique d'une pratique des États étendue et pratiquement uniforme peut être en fait moins impérieuse que dans d'autres branches du droit international, l'exigence de l'*opinio juris* pouvant primer sur l'élément matériel de la coutume).

<sup>49</sup> De même, on a fait valoir que l'on pourrait recourir à une échelle mobile pour établir l'existence de telle règle de droit international coutumier à partir d'une pratique constante des États, en l'absence même de toute preuve de l'acceptation de cette pratique comme étant le droit, et ou de l'acceptation clairement établie de telle règle comme étant le droit, en l'absence même de toute preuve d'une pratique établie, par référence à l'activité considérée et au caractère raisonnable de la règle coutumière supposée [voir F. L. Kirgis, Jr., « Custom on a sliding scale », *American Journal of International Law*, 81 (1987), p. 146 à 151 (le modèle vise également les cas de figure où l'un ou l'autre élément n'a guère d'existence)].

<sup>50</sup> Voir également les interventions faites au nom de l'Afrique du Sud, de la Chine, de la Fédération de Russie, de l'Iran, d'Israël, de la Pologne et de Singapour pendant les débats que la Sixième Commission a consacrés en 2013 aux travaux de la CDI (disponibles à l'adresse suivante : [www.un.org/fr/ga/sixth/](http://www.un.org/fr/ga/sixth/)), à l'occasion desquelles toutes les délégations ont préconisé l'adoption d'une approche unifiée; T. Treves, « Customary International Law », in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (2012), par. 3 (« The essential characteristic which customary international law rules have in common is the way they have come into existence and the way their existence may be determined »); J. Kammerhofer, « Orthodox generalists and political activists in international legal scholarship », in M. Happold (dir.), *International Law in a Multipolar World*, (Routledge, 2012), p. 138 à 157.

mise en œuvre de l'approche des deux éléments, selon la branche du droit (ou, peut-être plus précisément, selon le type de règle) : par exemple, il se peut que, « aux fins de telle ou telle affaire donnée, la pratique des États la plus pertinente<sup>51</sup> serait constatée dans telle ou telle forme, à laquelle on conférerait « un rôle majeur »<sup>52</sup>.

<sup>51</sup> *Immunités juridictionnelles de l'État [Allemagne c. Italie; Grèce (intervenant)]*, arrêt, C.I.J. Recueil 2012, p. 99, p. 132, par. 73.

<sup>52</sup> Ibid., p. 162, par. 4 (opinion dissidente du juge Keith); voir, par exemple, *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2007, p. 582, p. 614, par. 88 (« en droit international contemporain, la protection des droits des sociétés et des droits de leurs actionnaires, et le règlement des différends y afférents sont essentiellement régis par des accords bilatéraux ou multilatéraux en matière de protection des investissements étrangers, tels les accords sur la promotion et la protection des investissements étrangers, et la Convention de Washington du 18 mars 1965 sur le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États investisseurs, qui a créé un Centre international de règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), ainsi que par des contrats entre les États et les investisseurs étrangers. Dans ce contexte, le rôle de la protection diplomatique s'est estompé, celle-ci n'étant en pratique appelée à intervenir que dans les rares cas où les régimes conventionnels n'existent pas ou se sont révélés inopérants. »); *Le Procureur c. Dusko Tadić*, alias « Dule », affaire n° IT-94-1, arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence (Chambre d'appel du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie), 2 octobre 1995, par. 99 [« Avant de relever certains des principes et règles du droit coutumier qui sont apparus dans la communauté internationale pour régler la guerre civile, il convient d'élever une mise en garde sur le processus d'adoption des lois dans le domaine du droit des conflits armés. Quand on s'efforce d'évaluer la pratique des États en vue d'établir l'existence d'une règle coutumière ou d'un principe général, il est difficile, pour ne pas dire impossible, de préciser le comportement effectif des troupes sur le terrain dans le but d'établir si elles respectent ou ignorent en fait certaines normes de conduite. Cet examen est considérablement compliqué par le fait que non seulement l'accès au théâtre des opérations militaires est normalement refusé aux observateurs indépendants (souvent même au CICR) mais aussi parce que les renseignements sur la conduite effective des hostilités sont dissimulés par les parties au conflit; pis encore, il est souvent recouru à la désinformation dans le but de tromper l'ennemi ainsi que l'opinion publique et les gouvernements étrangers. Lorsqu'on évalue la formation de règles coutumières ou de principes généraux, il convient par conséquent d'être conscient que, du fait du caractère intrinsèque de ce domaine, on doit s'appuyer essentiellement sur des éléments comme les déclarations officielles des États, les manuels militaires et les décisions judiciaires. »]; voir également *Le Procureur c. Dusko Tadić*, alias « Dule », affaire n° IT-94-1-A, arrêt (Chambre d'appel du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie), 15 juillet 1999, par. 194. Voir également B. Conforti, B. Labella, *An Introduction to International Law* (Martinus Nijhoff, 2012), p. 32 (« The weight given to the acts depends on the content of the international customary rule. For example, treaties have great importance in matters of extradition, while domestic court decisions have more weight in questions of the jurisdictional immunities of foreign States and foreign State organs, etc. »); cf. *Plateau continental de la mer du Nord*, arrêt, C.I.J. Recueil 1969, p. 3, p. 175, 176 et 178 (opinion dissidente du juge Tanaka) (« Déterminer si ces deux facteurs sont réunis ou non dans le processus de formation d'un droit coutumier soulève des problèmes délicats et difficiles à résoudre. [...] Ainsi, il ne faut pas interpréter de manière trop rigide les deux éléments [...] mais au contraire les apprécier en fonction des circonstances et donc avec une certaine souplesse; en d'autres termes, il faut se placer dans une perspective téléologique. [...] En bref, comme je l'ai indiqué plus haut, le mode de formation d'une règle coutumière est différent selon qu'il s'agit de tel ou tel domaine du droit. Le facteur temps (la durée de la coutume) est relatif; il en va de même du facteur numérique (la pratique des États). Non seulement faut-il évaluer chacun des facteurs qui contribuent à la naissance d'une règle coutumière compte tenu de toutes les circonstances, mais encore considérer la formation du droit dans son ensemble comme un processus organique et dynamique. On ne doit pas envisager les conditions requises pour l'existence d'un droit coutumier d'un point de vue

Mais, au fond, l'approche est la même : les deux éléments sont requis. Procéder autrement, ce serait risquer de diviser artificiellement le droit international en plusieurs branches distinctes, ce qui le remettrait en cause en tant que système<sup>53</sup>. En tout état de cause, comme on le verra ci-après, il est souvent malaisé d'envisager les deux éléments séparément<sup>54</sup>.

29. Il faut replacer tous les éléments de preuve dans leur contexte<sup>55</sup>. Il convient de procéder avec le plus grand soin s'agissant d'apprécier l'existence des deux éléments constitutifs, que ce soit en interrogeant des preuves primaires ou des moyens subsidiaires. La plus grande prudence s'impose<sup>56</sup> en présence de preuves provenant de sources diverses. Pour ce qui est d'apprécier la pratique pertinente et dans quelle mesure elle est acceptée comme étant le droit<sup>57</sup>, on s'attachera aux circonstances de l'espèce et on pourrait relativiser le poids de telle ou telle preuve. Ainsi, présenteront un intérêt particulier toutes manifestations d'une pratique qui vont à l'encontre des intérêts de l'État dont ils proviennent, ou qui entraînent pour l'État en question des coûts politiques, militaires, économiques ou autres non négligeables, dans la mesure où il est moins probable qu'ils soient dictés par des considérations politiques, d'opportunité ou de courtoisie, notamment<sup>58</sup>. On retiendra de même, le soin entourant telle ou telle déclaration; on accordera moins d'importance à toutes prises de position spontanées, faites sur le vif.

30. Déterminer si telle ou telle règle de droit international coutumier existe, c'est rechercher une « pratique acceptée si largement par les États que l'on peut

---

purement formaliste et oublier ce faisant le point de vue de la nécessité sociale, c'est-à-dire l'importance des buts et des objectifs de la règle coutumière considérée. »).

<sup>53</sup> Comme l'a souligné d'entrée de jeu l'étude de 2006 consacrée à la fragmentation du droit international, « Le droit international est un système juridique », Rapport 2006 de la CDI, par. 251, conclusion 1. Voir également A. Boyle, C. Chinkin, *The Making of International Law* (Oxford University Press, 2007), p. 285 (« [w]hen courts ignore the traditional requirements for customary international law or fail to subject them to any strict scrutiny they risk giving tacit weight to what has been called "the rush to champion new rules of law" [...] [In such cases] [s]cant regard is given to the niceties of state consent or the likelihood of compliance with such easily pronounced norms » (citations omises).

<sup>54</sup> Voir également H. Thirlway, *supra* note 38, p. 62 (« Practice and *opinio juris* together supply the necessary information for it to be ascertained whether there exists a customary rule, but the role of each – practice and *opinio* – is not uniquely focused; they complement one another »); *Déclaration de Londres de l'Association de droit international*, p. 7 (Dans les faits, il est souvent difficile, voire impossible, de distinguer les deux éléments).

<sup>55</sup> Voir également, *Affaire relative aux droits des ressortissants des États-Unis d'Amérique au Maroc, arrêt du 27 août 1952 : C.I.J. Recueil 1952*, p. 176, p. 200 (« On trouve dans la correspondance diplomatique des expressions isolées qui, prises hors de leur contexte, peuvent être considérées comme la reconnaissance des prétentions des États-Unis d'exercer la juridiction consulaire et autres droits capitulaires. Mais d'autre part, la Cour ne peut ignorer la teneur générale de la correspondance [...] »).

<sup>56</sup> J. L. Kunz, « The nature of customary international law », *American Journal of International Law*, 47 (1953), p. 662 et 667.

<sup>57</sup> Voir également T. Treves, *supra* note 50, par. 28 (« [manifestations of practice] help in ascertaining what is customary international law in a given moment. In performing such a task, caution and balance are indispensable, not only in determining the right mix of what States say and do, want and believe, but also in being aware of the ambiguities with which many elements of practice are fraught »).

<sup>58</sup> T. Treves, *supra* note 50, par. 30.

considérer qu'il existe, en droit international général, une obligation »<sup>59</sup>. L'entreprise peut en être ardue et complexe<sup>60</sup>, singulièrement parce que toute prétendue règle de droit coutumier doit [naturellement] être prouvée pour être une règle de droit international valide, et non une proposition sans fondement<sup>61</sup>. Comme on le verra ci-après, cette entreprise requiert prudence et mesure, le but étant non seulement de déterminer le savant dosage de ce que les États disent et font, veulent et croient, mais également de ne pas méconnaître les ambiguïtés dont sont de nombreux éléments de la pratique<sup>62</sup>.

31. Compte tenu de ce qui précède, nous proposons les projets de conclusion ci-après :

### Projet de conclusion 3

#### *Approche fondamentale*

**Pour déterminer l'existence d'une règle de droit international coutumier et son contenu, il est nécessaire de rechercher s'il existe une pratique générale acceptée comme étant le droit.**

### Projet de conclusion 4

#### *Appréciation de la preuve*

**Pour apprécier si telle pratique générale est acceptée comme étant le droit, il faut tenir compte du contexte, notamment des circonstances de l'espèce.**

<sup>59</sup> Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (*Argentine c. Uruguay*), arrêt, *C.I.J. Recueil 2010*, p.14, p. 83, par. 204.

<sup>60</sup> E. Petrič, « Customary International law in the case law of the Constitutional Court of the Republic of Slovenia » (sera publié prochainement par le Conseil de l'Europe); voir également Mémoire des Gouvernements du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et du Royaume des Pays-Bas en qualité d'*amici curiae* à l'appui des défendeurs dans l'affaire *Esther Kiobel et al. c. Royal Dutch Petroleum Co. et al.*, *supra* note 28, p. 13 (« The methodology of determining what constitutes a new rule of international law is therefore [...] no straightforward matter and requires painstaking analysis to establish whether the necessary elements of State practice and *opinio juris* are present. »); *Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande)*, fond, arrêt, *C.I.J. Recueil 1974*, p. 3, p. 100 (opinion individuelle du juge De Castro) (« Il n'est pas facile de prouver l'existence d'une pratique générale acceptée comme étant le droit »); J.L. Kunz, *supra* note 56, p. 667 (« The ascertainment whether the two conditions of the custom procedure have been fulfilled in a concrete case [...] is a difficult task »).

<sup>61</sup> M.N. Shaw, *supra* note 37, p. 144.

<sup>62</sup> T. Treves, *supra* note 50, par. 28 ; voir également A. Boyle et C. Chinkin, *supra* note 53, p. 279 (« applying the criteria for establishing custom is not a scientific process, the accuracy of which can be measured. Rather it requires an evaluation of the facts and arguments »); P.W. Birnie et A. E. Boyle, *International Law and the Environment*, 2<sup>e</sup> éd. (Oxford University Press, 2002), p. 16 (« the identification of customary law has always been, and remains, particularly problematical, requiring the exercise of skill, judgment, and considerable research »).

## V. Pratique générale

32. La pratique<sup>63</sup>, souvent décrite comme l'élément « matériel » ou « objectif », joue un « rôle essentiel » dans la formation et la détermination du droit international coutumier<sup>64</sup>. On peut y voir la « matière première » du droit international coutumier, celui-ci naissant de la pratique, qui « la définit et la limite »<sup>65</sup>. Elle consiste en actes « matériels et détectables »<sup>66</sup> de sujets de droit international, et ce sont ces « comportements »<sup>67</sup> qui peuvent former une « trame de précédents »<sup>68</sup> dont on peut dégager une constante.

33. *De la « pratique générale » à la « pratique des États ».* Les États demeurent les principaux sujets de droit international<sup>69</sup>. La pratique des États joue plusieurs rôles importants en droit international, notamment la pratique ultérieure, élément (ou moyen) d'interprétation des traités au sens des articles 31, paragraphe 3 b), et 32 de la Convention de Vienne sur le droit des traités<sup>70</sup>. Le comportement des États est

<sup>63</sup> La pratique est souvent appelée, entre autres et parfois indifféremment, « usage », « *usus* », « *consuetudo* » ou « *diuturnitas* ».

<sup>64</sup> Comme la Cour l'a fait observer dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, « La Cour, à laquelle l'Article 38 du Statut prescrit entre autres d'appliquer la coutume internationale "comme preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit", ne peut ignorer le rôle essentiel d'une pratique générale » (*Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 14, p. 97 et 98, par. 184).

<sup>65</sup> Voir l'opinion dissidente du juge Percy Spender en l'*Affaire du droit de passage sur le territoire indien (fond)*, arrêt du 12 avril 1960 : C.I.J. Recueil 1960, p. 6, p. 99 (« La méthode à suivre pour mesurer la nature et la portée d'une telle coutume, si elle est démontrée, est de considérer la pratique qui elle-même, tout ensemble, la définit et la limite. Le premier élément d'une coutume est l'existence d'une pratique constante et uniforme qui doit être établie avant qu'on puisse définir une coutume »).

<sup>66</sup> François Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif* (1899), sect. 110 (évoquant l'« usage » comme élément constitutif du droit international coutumier, cité dans A. A. D'Amato, *The Concept of Custom in International Law* (Cornell University Press, 1971), p. 49).

<sup>67</sup> *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 14, p. 108; voir aussi la définition de Weisburd : « various types of activity [...] practice means just that » (A. M. Weisburd, « Customary international law: the problem of treaties », *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 21 (1988), p. 1 et 7).

<sup>68</sup> *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, arrêt, C.I.J. Recueil 1970, p. 3, p. 329 (opinion individuelle du juge Ammoun); voir aussi *Affaire du détroit de Corfou*, arrêt du 9 avril 1949, C.I.J. Recueil 1949, p. 4, p. 83 et 99 (opinion dissidente du juge Azevedo) (« La coutume est faite de précédents reconnus [...] [de] faits significatifs et constants permettant de considérer que les États ont accepté de reconnaître un droit coutumier »); *Plateau continental de la mer du Nord*, arrêt, C.I.J. Recueil 1969, p. 3, p. 175 (opinion dissidente du juge Tanaka) (qui parle d'« un usage ou [...] la répétition persistante d'une même catégorie d'actes [...] C'est [l']aspect quantitatif [du droit coutumier] »); B. Stern, « Custom at the heart of international law », *Duke Journal of Comparative and International Law*, 11 (2001), p. 89 et 95 (« it is very generally admitted that the material element is constituted by the repetition of a certain number of facts for a certain length of time, these different variables being modulated according to different situations »).

<sup>69</sup> Voir aussi C. Walter, « Subjects of International Law », in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (2012), par. 5.

<sup>70</sup> Point examiné actuellement par la Commission au titre du sujet « Accords et pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités » : voir en particulier les projets de conclusions 4, par. 2, et 5, Rapport de la CDI de 2013; voir aussi A.M. Weisburd, « The International Court of

de première importance pour la formation et la détermination du droit international coutumier, l'élément matériel de ce dernier étant ainsi communément appelé « pratique des États », au sens d'un comportement qui leur est attribuable<sup>71</sup>. « [L]a pratique effective [est] suivie par les États pour traduire ou créer des règles de droit coutumier »<sup>72</sup>. Comme la Cour l'a toujours souligné, c'est « [de] la pratique des États [que] découle le droit international coutumier »<sup>73</sup>.

34. *Attribution de la pratique à l'État.* Comme dans d'autres contextes, tels que la responsabilité de l'État et la pratique ultérieure concernant l'interprétation des traités, la pratique doit pouvoir être attribuée à l'État pour contribuer à la formation de droit international coutumier<sup>74</sup>. À cette fin, on pourra retenir les actes de tous les

---

Justice and the concept of state practice », *University of Pennsylvania Journal of International Law*, 31 (2009), p. 295 et 299 (faisant observer : « The significance of State practice in international law is difficult to overstate »); W. J. Aceves, « The economic analysis of international law: transaction cost economics and the concept of state practice », *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, 17 (1996), p. 995 à 1068; C. Parry, « The practice of States », *Transactions of the Grotius Society*, 44 (1958), p. 145 et 165 (« One looks to the practice of States, that is to say, for evidence of new rules on new topics of international law, or of changes in the earlier law »).

<sup>71</sup> Voir aussi M. Wood et O. Sender, « State practice », in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (version 2014); Y. Dinstein, « The interaction between customary law and treaties », 322 *Recueil des Cours* (2006), p. 242 et 266 (« The general practice constituting the *font et origo* of customary international law is, in essence, that of States »); M. H. Mendelson, « The formation of customary international law », 272 *Recueil des Cours* (1998), p. 155 et 201 (« what is conveniently and traditionally called State practice [...] is, more precisely, the practice of subjects of international law »). Sur le développement historique de la doctrine de la pratique des États, voir A. Carty, « Doctrine versus State practice », in B. Fassbender et A. Peters (dir.), *The Oxford Handbook of the History of International Law* (Oxford University Press, 2012), p. 972 à 996.

<sup>72</sup> *Plateau continental (Tunisie/Jamahiriya arabe libyenne)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1982*, p. 18, p. 46, par. 43.

<sup>73</sup> *Immunités juridictionnelles de l'État [Allemagne c. Italie; Grèce (intervenant)]*, arrêt, 3 février 2012, p. 99, p. 143, par. 101. L'expression « pratique internationale » renvoie donc à la pratique des États : voir, par exemple, *Interprétation des traités de paix (deuxième phase)*, avis consultatif, *C.I.J. Recueil 1950*, p. 221, p. 242 (opinion dissidente du juge Read); *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1970*, p. 3, p. 261 (opinion individuelle du juge Padilla Nervo) et p. 344 (opinion dissidente du juge Riphagen); *Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande)*, fond, arrêt, *C.I.J. Recueil 1974*, p. 3, p. 83 (opinion individuelle du juge De Castro); *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1997*, p. 7, p. 236 (opinion dissidente du juge Skubiszewski); *Compétence en matière de pêcheries (Espagne c. Canada)*, compétence de la Cour, arrêt, *C.I.J. Recueil 1998*, p. 432, p. 554 (opinion dissidente du juge Ranjeva); *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2002*, p. 3, p. 75 et 76 (opinion individuelle commune des juges Higgins, Kooijmans et Buergenthal); *Immunités juridictionnelles de l'État [Allemagne c. Italie; Grèce (intervenant)]*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2012*, p. 99, p. 170 (opinion individuelle du juge Keith); *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2012*, p. 422, p. 457.

<sup>74</sup> Voir les articles sur la responsabilité de l'état pour fait internationalement illicite élaborés par la Commission (2001), première partie, chap. II; et les projets de conclusions sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités, projet de conclusion 5; voir aussi I. Brownlie, « Some problems in the evaluation of the practice of states as an element of custom », in *Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio Ruiz*, vol. I (2004), p. 313 et 318 (renvoyant aux articles 4, 5 et 8 des articles de 2001 en disant : « [n]o doubt analogous principles should apply to the identification of organs and persons competent to

pouvoirs (qu'ils exercent des fonctions exécutives, législatives, judiciaires ou autres)<sup>75</sup>. Le comportement de tel organe de facto de l'État, c'est-à-dire de telle personne ou entité devant être considérée comme organe de l'État au regard du droit international même si le droit interne ne la décrit pas comme telle<sup>76</sup>, peut aussi être retenu comme pratique de l'État<sup>77</sup>, « quelle que soit la position qu'il occupe dans l'organisation de l'État, et quelle que soit sa nature en tant qu'organe du gouvernement central ou d'une collectivité territoriale de l'État »<sup>78</sup>.

35. Déterminer la pratique des États est chose malaisée. L'éparpillement et le siège de la pratique restent source de problème pratique majeur dans le monde d'aujourd'hui, en dépit de l'évolution des ressources informatiques et

---

produce statements or materials which qualify as State practice »). Les règles d'attribution ne seront pas nécessairement les mêmes dans différents contextes; voir, par exemple, H. Thirlway, *The Law and Procedure of the International Court of Justice: Fifty Years of Jurisprudence*, vol. II (Oxford University Press, 2013), p. 1190 (« The practice supportive of the existence of a rule of customary law must be State practice, that is to say the practice of organs of the State, though the test is not the same as that for establishing the responsibility of a State »).

<sup>75</sup> Selon l'article 4 des articles sur la responsabilité des États pour fait internationalement illicite, « [l]e comportement de tout organe de l'État est considéré comme un fait de l'État d'après le droit international, que cet organe exerce des fonctions législative, exécutive, judiciaire ou autres [...] » ; J. Crawford, *State Responsibility. The General Part* (Cambridge University Press, 2013), deuxième partie (Attribution to the state), en particulier les pages 113 à 126; voir aussi *Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1999*, p. 62, p. 87 (« Selon une règle bien établie du droit international, le comportement de tout organe d'un État doit être regardé comme un fait de cet État »); *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda), arrêt, C.I.J. Recueil 2005*, p. 168, p. 242; 2 BvR 1506/03, décision de la deuxième chambre, 5 novembre 2003 (Cour constitutionnelle fédérale allemande), par. 51 (« À cette fin [consulter la pratique des États pertinente], la Cour se penche sur le comportement des organes de l'État qui sont compétents pour les relations juridiques en droit international; en règle générale, il s'agira du gouvernement ou du chef de l'État. La pratique de l'État peut cependant aussi résulter d'actes d'autres organes détenant l'autorité de l'État, tels que des organes législatifs ou judiciaires, dans la mesure où ce comportement intéresse directement le droit international »); M. Bos, *supra* note 37, p. 229 (« practice can be anything within the scope of a State's jurisdiction. All actions or, more generally, forms of behaviours so qualified are eligible to become the basis of a customary rule »); *Déclaration de Londres de l'Association de droit international*, p. 17. La thèse selon laquelle seuls comptent comme pratique de l'État les actes de ceux désignés pour représenter l'État à l'extérieur (« organes internationaux de l'État »), exprimée antérieurement (par exemple, par K. Strupp, « Règles générales du droit de la paix », 47 *Recueil des Cours* (1934), p. 313 à 315) n'est plus généralement acceptée.

<sup>76</sup> P. Palchetti, « De facto organs of a State », in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (2012), par. 2.

<sup>77</sup> Voir aussi K. Zemanek, « What is "State practice" and who makes it? », in U. Beyerlin et coll. (dir.), *Festschrift für Rudolf Bernhardt*, (Springer Verlag, 1995), p. 289 et 305 (« the constitutional authority of the organs performing the acts is immaterial as long as the conduct appears to foreign States, assessing it with due diligence and good faith, as attributable to the State in question and expressing or implementing its attitude towards a rule of customary law »).

<sup>78</sup> Voir l'article 4 des articles sur la responsabilité de l'État. L'idée de la Commission de l'Association de droit international selon laquelle, dans les États à structure fédérale, le fait d'entités territoriales de l'État ne jouissant pas d'une personnalité juridique internationale distincte ne vaut normalement pas pratique de l'État à moins qu'il ne soit accompli au nom de celui-ci ou adopté (ratifié) par lui (*Déclaration de Londres de l'Association de droit international*, p. 16) semble inexacte.

télématiques<sup>79</sup>. Comme il est dit ci-après à la section VII, nous reviendrons sur cette question – que la Commission a examinée il y a plusieurs décennies sous l’intitulé « Moyens susceptibles de rendre plus accessible la documentation relative au droit international coutumier » – dans notre troisième rapport.

36. Nous proposons les projets de conclusions suivants :

### **Projet de conclusion 5**

#### *Rôle de la pratique*

**L'exigence d'une pratique générale en tant qu'élément du droit international coutumier signifie que c'est avant tout la pratique des États qui contribue à la création ou à l'expression de règles de droit international coutumier.**

### **Projet de conclusion 6**

#### *Attribution de comportement*

**La pratique de l'État consiste dans le comportement qui lui est attribuable, dans l'exercice d'une fonction exécutive, législative, judiciaire ou autre.**

37. *Manifestations de la pratique.* On a parfois dit que la « pratique des États » ne devrait être considérée comme telle aux fins du droit international coutumier que lorsqu'elle se rapporte à tel type de situation relevant du domaine des relations internationales<sup>80</sup>, ou à tel fait donnant lieu à réclamation (par opposition à une affirmation *in abstracto*)<sup>81</sup>. C'est là une approche trop restrictive; on peut dire en effet que « dans le système international [...] tout acte de l'État est potentiellement un acte législatif »<sup>82</sup>. Il peut s'agir de comportements tant matériels que verbaux (écrits et oraux) : le point de vue inverse, selon lequel « les réclamations elles-

<sup>79</sup> S. Rosenne, *Practice and Methods of International Law* (Oceana Publications, 1984), p. 56 (« The evidence of customary law [remains] ... scattered, elusive and on the whole unsystematic »).

<sup>80</sup> J.L. Kunz, *supra* note 56, p. 666; *Déclaration de Londres de l'Association de droit international*, p. 9 (affirmant à raison, toutefois, que le fait de savoir si telle question concerne les relations juridiques internationales de l'État ou seulement la compétence interne dépend de l'état de développement du droit international et des relations à ce moment); S. Rosenne, *ibid.*, p. 56.

<sup>81</sup> Voir, par exemple, H. W. A. Thirlway (écrivant en 1972), *International Customary Law and Codification* (Sijthoff, 1972), p. 58 (« State practice as the material element in the formation of custom is, it is worth emphasizing, *material*: it is composed of acts by States with regard to a particular person, ship, defined area of territory, each of which amounts to the assertion or repudiation of a claim relating to a particular apple of discord »).

<sup>82</sup> A.M. Weisburd, *supra* note 67, p. 31; voir aussi I. Brownlie, *supra* note 74, p. 313 et 314 (voir *supra*, note 74) (disant notamment : « the materials not related to sudden crises are more likely to represent a mature and consistent view of the law »); V. D. Degan, *Sources of International Law* (Martinus Nijhoff, 1997), p. 149 (notant que certains auteurs avaient limité les éléments de coutume aux faits pouvant lier l'État internationalement mais que « cependant, des règles de droit coutumier peuvent naître d'un ensemble d'actes législatifs ou autres pris unilatéralement par plusieurs États, ou que même certaines décisions de juridictions internes peuvent influencer sur la pratique »).

mêmes peuvent *exprimer* une norme juridique mais ne peuvent constituer l'élément matériel d'une coutume »<sup>83</sup>, est trop restrictif<sup>84</sup>. On pourrait aussi considérer

<sup>83</sup> A.A. D'Amato, *supra* note 66, p. 88 (expliquant : « a state has not done anything when it makes a claim; until it takes enforcement action, the claim has little value as a prediction of what the state will actually do »); voir aussi l'affaire des *Pêcheries*, arrêt du 18 décembre 1951 : *C.I.J. Recueil 1951*, p. 116, p. 191 (opinion dissidente du juge Read) (« On ne saurait démontrer [le droit international coutumier] en citant les cas dans lesquels les États riverains ont formulé d'amples revendications mais ne les ont pas maintenues sous la forme d'une affirmation réelle de leur souveraineté à l'encontre des navires étrangers [...] La seule preuve convaincante de la pratique des États est fournie par les saisies, l'État riverain affirmant sa souveraineté sur les eaux dont il s'agit en arrêtant les navires étrangers et en maintenant son point de vue au cours des négociations diplomatiques et d'arbitrages internationaux »). A. D'Amato, « Custom and treaty: a response to Professor Weisburd », *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 21 (1988), p. 459 et 465 (« what governments say is at best a theory about international law, and not international law itself »). K. Wolfke, *supra* note 6, p. 42 (« customs arise from acts of conduct and not from promises of such acts »); G. J. H. van Hoof, *Rethinking the Sources of International Law* (Kluwer Law and Taxation Publishers, 1983), p. 108. Une position extrême était celle de Conradie J dans *S c. Petane*, 1988 (3) SA 51 (C), 59F-G, 61D-E (Division provinciale du Cap, Afrique du Sud) (« customary international law is founded on practice, not on preaching ... One must ... look for state practice at what states have done on the ground in the harsh climate of a tempestuous world, and not at what their representatives profess in the ideologically overheated environment of the United Nations where indignation appears frequently to be a surrogate for action »).

<sup>84</sup> Voir aussi M. E. Villiger, *Customary International Law and Treaties*, 2<sup>e</sup> éd. (Kluwer Law International, 1997), p. 19 et 20 (« there is much merit in qualifying verbal acts as State practice. First, and most important ... States themselves as well as courts regard comments at conferences as constitutive of State practice »); C. Parry, *supra* note 70, p. 168 (« very often there is very little difference between what a State does and what it says because its actions may consist only in pronouncements »); M. Akehurst, « Custom as a source of international law », *British Yearbook of International Law*, 47 (1977), p. 1 et 53 (« State practice means any act or statement by a State from which views about customary law can be inferred »); R. Müllerson, « On the nature and scope of customary international law », *Austrian Review of International and European Law*, 2 (1997), p. 341 et 342 (« even if one would be eager to make a clear-cut distinction between "actual" practice and other forms of practice (non-actual?) it is not easy and sometimes it is simply impossible »); R. Bernhardt, « Custom and treaty in the law of the sea », 205 *Recueil des cours* (1987), p. 247, 265 et 267 (« It has also sometimes been said that only factual deeds and not words are relevant State practice [...] Words, declarations, communications, even signals must be included in the great variety of practices which can be constitutive for customary law [...] it is legally unacceptable to exclude communications, written and spoken words, from the world of State practice. There is no *numerus clausus* of State acts and State practice which are exclusively necessary or decisive for the creation and coming into force of customary law. On the other hand, it must be admitted that verbal declarations cannot create customary rules if the real practice is different »); K. Skubiszewski, « Elements of custom and the Hague Court », *ZaöRV*, 31 (1971), p. 810, p. 812 [« the practice of States is built of their actions and reactions. It is "a process of reciprocal interaction". This does not mean that the picture of State practice is composed exclusively of actions *sensu stricto*. Words and inaction are also evidence of the conduct of States » (*citations omitted*)]; R. R. Baxter, « Multilateral treaties as evidence of customary international law », *British Yearbook of International Law*, 41 (1965-1966), p. 275, p. 300 (« The firm statement by the State of what it considers to be the rule is far better evidence of its position than what can be pieced together from the actions of that country at different times and in a variety of contexts »). Il convient également de rappeler dans ce contexte la *Déclaration de Londres de l'Association de droit international*, qui reconnaît ce qui suit : « [v]erbal acts, and not only physical acts, of States count as State practice », p. 13 et 14 : « When defining State practice [...] it is necessary to take account of the distinction between what conduct counts as State practice, and the weight to be

qu'accepter un tel point de vue encourage l'affrontement et même dans certains cas l'usage de la force<sup>85</sup>. En tout état de cause, on ne saurait nier que la méthode de communication entre États s'est élargie. Ces chers actes « réels » deviennent moins fréquents parce que le droit international, et la Charte des Nations Unies en particulier, impose de plus en plus de contraintes aux États à cet égard<sup>86</sup>. De plus, l'adjectif « pratique » (selon l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice) est assez général – rejoignant ainsi la souplesse du droit coutumier lui-même – pour recouvrir tout acte ou comportement de l'État, et on voit mal ce qui manquerait aux actes verbaux de l'État pour qu'ils ne puissent être attribués au comportement de cet État<sup>87</sup>. En même temps, comme on le verra ci-après, la prudence est de mise pour jauger les propos des États (et des organisations internationales) : on ne peut pas toujours prendre les mots pour argent comptant.

38. Dès lors que les actes tant matériels que verbaux sont reconnus comme formes de pratique aux fins de la détermination du droit international coutumier, les distinctions entre « actes constitutifs » et « preuve d'actes constitutifs » semblent artificielles et arbitraires<sup>88</sup>. Nous nous garderons d'opérer de telles distinctions dans le présent rapport. Comme il a été dit lors du débat de la Commission en 2013, « Les documents [à consulter pour identifier le droit international coutumier] peuvent établir l'existence de la règle de droit coutumier et dans certaines situations peuvent également être la source de la pratique [...] elle-même »<sup>89</sup>. Par conséquent, la preuve [aux fins d'apprécier si une règle de droit international coutumier a vu le jour ou non] peut revêtir diverses formes, dont celle du comportement – ce qui importe, c'est que la source soit fiable et sans équivoque, et reflète la position constante de l'État concerné<sup>90</sup>.

---

given to it [...] Discussion of the objective element in custom has been bedeviled by a failure to make this distinction ».

<sup>85</sup> Voir aussi R. Müllerson, « The interplay of objective and subjective elements in customary law », in K. Wellens (dir.), *International Law: Theory and Practice – Essays in Honour of Eric Suy*, (Martinus Nijhoff, 1998), p. 161 et 162 (« [...] if only seizures, invasions, genocide and other similar acts were state practice then in some areas of international law (for example international humanitarian law) only so-called rogue states would contribute to the development of customary law [...] it would [also] increase even more the role of powerful states in the process of international law-making. Finally [...] in many [] areas of international law only a few states may have such ["actual"] practice or states may become involved in "actual" practice only occasionally. »).

<sup>86</sup> K. Zemanek, *supra* note 77, p. 306.

<sup>87</sup> M.E. Villiger, *supra* note 84, p. 21.

<sup>88</sup> K. Zemanek, *supra* note 77, p. 292 (expliquant que « one may disguise the other » et que « Furthermore, one might never know of a "constitutive" act if it were not recorded »); voir aussi A.A. D'Amato, *supra* note 66, p. 268 (« ... a rule of law is not something that exists in the abstract, nor is *opinio juris* something that we can lay our hands upon. Rules of law and states of mind appear *only* as manifestations of conduct; they are generalizations we make when we find recurring patterns of behavior or structured legal arguments. If the term "evidence" must be used, we may say that rules of law are expressed *only* in "evidence"; if the evidence is truly evidence of the rule of law, then it is an outward expression of the rule itself. Evidence is a necessary, and not a dispensable, component of the rule. But because of the confusions resulting from its use, the term "evidence", along with the term "sources", is best relegated to the domain of counterproductive terminology »).

<sup>89</sup> 3183<sup>e</sup> séance de la Commission, le 19 juillet 2013 (Hmoud).

<sup>90</sup> I. Brownlie, *supra* note 74, p. 318 (*non souligné dans l'original*); voir aussi A. Clapham, *supra* note 37, p. 58 (« Such evidence [for an alleged custom] will obviously be voluminous and also diverse. There are multifarious occasions on which persons who act or speak in the name of a

39. La pratique (et la preuve de son existence) se présente sous diverses formes, puisque, loin de se limiter dans leurs relations et leurs communications ... à tels ou tels types d'actes définis arbitrairement, les États utilisent toutes formes servant leurs fins<sup>91</sup>. La Commission elle-même interroge diverses sources pour analyser la pratique des États en vue de déterminer l'existence de toute règle de droit international coutumier<sup>92</sup>.

40. Plusieurs auteurs ont dressé des listes des principales formes que peut revêtir la pratique. Par exemple, *Brownlie's Principles of Public International Law* contient la liste non exhaustive suivante :

correspondance diplomatique, déclarations de politique générale, communiqués de presse, avis de conseillers juridiques de gouvernements, manuels officiels sur des questions juridiques (par exemple, manuels de droit militaire), décisions et pratiques du pouvoir exécutif, instructions aux forces militaires (par exemple, règles d'engagement), observations de gouvernements sur des projets de textes de la CDI et commentaires correspondants, législation, jurisprudence internationale et interne, considérants de traités et d'autres instruments internationaux (en particulier sous la forme « tous les États »), termes identiques revenant dans une série de traités, pratique d'organisations internationales et résolutions d'organes des Nations Unies, notamment l'Assemblée générale, sur des questions juridiques<sup>93</sup>.

---

state, do acts, or make declarations, which either express or imply some view on a matter of international law. Any such act or declaration may, so far as it goes, be some evidence that a custom, and therefore that a rule of international law, does or does not exist. But, of course, its value as evidence will altogether be determined by the occasion and the circumstances »).

<sup>91</sup> K. Zemanek, *supra* note 77, p. 299. En outre, « no rule of international law describes what the facts are whose occurrence leads to the formation of a custom ... there are no specific factual elements whose only occurrence prove the existence of a rule » : L. Fumagalli, « Evidence before the International Court of Justice: issues of fact and questions of law in the determination of international custom », in N. Boschiero et coll. (dir.), *International Courts and the Development of International Law: Essays in Honour of Tullio Treves* (Asser Press, 2013), p. 137 et 146.

<sup>92</sup> *Mémorandum du Secrétariat*, p. 14 (« La Commission interroge diverses sources pour analyser la pratique des États en vue d'identifier une règle de droit international coutumier »).

<sup>93</sup> J. Crawford, *supra* note 37, p. 24 (notes de bas de page omises); l'auteur ajoute : « the value of these sources varies and will depend on the circumstances ». On trouve d'autres listes, par exemple dans L. Ferrari Bravo, « Méthodes de recherche de la coutume internationale dans la pratique des États », 192 *Recueil des Cours* (1985), p. 233, et 257 à 287; M. E. Villiger, *supra* note 84, p. 17; A. Pellet, *supra* note 17, p. 815 et 816. On trouve une liste similaire sur le site Web du Ministère irlandais des affaires étrangères : « in the absence of a treaty governing relations between two or more states as to what the law should be, or, in other words, state practice combined with recognition that a certain practice is obligatory, if sufficiently widespread and consistent, such practice and consensus may constitute customary international law. Evidence of custom may be found among the following sources: diplomatic correspondence; opinions of official legal advisers, statements by governments; United Nations General Assembly resolutions; comments by governments on drafts produced by the International Law Commission; the decisions of national and international courts »; voir aussi *Margellos et consorts c. République fédérale d'Allemagne* (Cour suprême spéciale de Grève, arrêt n° 6/2002), 17 septembre 2002, 129 *International Law Reports*, p. 525 et 528, par. 9; K. Wolfke, « Some persistent controversies regarding customary international law », *Netherlands Yearbook of International Law*, 24 (1993), p. 1 et 15 (« As regards these ways and means of proving whether a custom already exists no full list of guidelines can be drawn up »).

41. Étant donné la rapidité et l'inéluctabilité de l'évolution politique et technologique, il n'est ni possible ni souhaitable de tenter de dresser une liste exhaustive de ces « sources matérielles » du droit international coutumier : il demeure impossible pour la Commission, comme il l'était en 1950, « d'énumérer les nombreuses catégories de documents révélant la pratique suivie par les États pour le règlement de chacun des multiples problèmes qui se posent dans les relations internationales »<sup>94</sup>. Il serait cependant bon de mentionner certains des principaux types de pratique invoqués par les États, la jurisprudence et la doctrine. La liste qui suit n'est donc pas exhaustive; de plus, certaines des catégories visées ci-après se recourent, de sorte que tel exemple ou tel type de pratique des États peut fort bien relever de plusieurs d'entre elles :

a) *Actes matériels des États*, c'est-à-dire leur comportement « sur le terrain »<sup>95</sup>. On peut en citer comme exemples le passage de navires dans des cours d'eau internationaux<sup>96</sup>; le passage sur un territoire<sup>97</sup>; la saisie de navires de pêche; l'octroi de l'asile diplomatique<sup>98</sup>; le comportement sur un champ de bataille ou lors d'opérations; la conduite d'essais nucléaires atmosphériques ou le déploiement d'armes nucléaires<sup>99</sup>;

b) *Actes du pouvoir exécutif*. Il peut s'agir d'ordonnances, de décrets<sup>100</sup> et d'autres « mesures administratives »<sup>101</sup>, ainsi que de prises de position officielles du Gouvernement telles que déclarations<sup>102</sup>, proclamations<sup>103</sup>, déclarations gouvernementales devant le parlement<sup>104</sup>, thèses défendues par l'État devant des

<sup>94</sup> *Annuaire de la Commission du droit international*, 1950, vol. II, p. 368.

<sup>95</sup> Le juge Read parle d'« affirmation réelle de [la] souveraineté » dans son opinion dissidente en l'*Affaire des pêcheries, arrêt du 18 décembre 1951* : *C.I.J. Recueil 1951*, p. 116, p. 191.

<sup>96</sup> *Affaire du détroit de Corfou, arrêt du 9 avril 1949* : *C.I.J. Recueil 1949*, p. 4, p. 99 (opinion dissidente du juge Azevedo).

<sup>97</sup> *Affaire du droit de passage sur le territoire indien (fond), arrêt du 12 avril 1960* : *C.I.J. Recueil 1960*, p. 6, p. 40 et 41.

<sup>98</sup> *Affaire Colombo-péruvienne relative au droit d'asile, arrêt du 20 novembre 1950* : *C.I.J. Recueil 1950*, p. 266, p. 276.

<sup>99</sup> *Essais nucléaires (Australie c. France), arrêt, C.I.J. Recueil 1974*, p. 253, p. 305 (opinion individuelle du juge Petrén); *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996*, p. 226, p. 312 (opinion dissidente du juge Schwebel).

<sup>100</sup> Voir, par exemple, *Plateau continental de la mer du Nord, arrêt, C.I.J. Recueil 1969*, p. 3, p. 104 et 107 (opinion individuelle du juge Ammoun).

<sup>101</sup> Voir, par exemple, *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua), arrêt, C.I.J. Recueil 2009*, p. 213, p. 280 (opinion individuelle du juge Sepúlveda-Amor).

<sup>102</sup> Voir, par exemple, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996*, p. 226, p. 295 (opinion individuelle du juge Ranjeva); *Plateau continental de la mer du Nord, arrêt, C.I.J. Recueil 1969*, p. 3, p. 104 (opinion individuelle du juge Ammoun); *Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande), compétence de la Cour, arrêt, C.I.J. Recueil 1973*, p. 3, p. 43 (opinion dissidente du juge Padilla Nervo); *Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande), fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1974*, p. 3, p. 84 (opinion individuelle du juge De Castro).

<sup>103</sup> Voir, par exemple, *Plateau continental de la mer du Nord, arrêt, C.I.J. Recueil 1969*, p. 3, p. 104, 105, 107 et 126 (opinion individuelle du juge Ammoun); *Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande), fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1974*, p. 3, p. 84 (opinion individuelle du juge De Castro).

<sup>104</sup> Voir, par exemple, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, arrêt, C.I.J. Recueil 1970*, p. 3, p. 197 (opinion individuelle du juge Jessup).

juridictions internes ou internationales (notamment dans des mémoires d'*amicus curiae*)<sup>105</sup> et de déclarations d'intérêt international<sup>106</sup>;

c) *Actes et correspondance diplomatiques*<sup>107</sup>. Il s'agit des protestations contre la pratique d'autres États et d'autres sujets de droit international. La correspondance diplomatique peut prendre diverses formes (notes verbales, circulaires, notes de tiers, voire notes libres, etc.);

---

<sup>105</sup> Voir, par exemple, *Immunités juridictionnelles de l'État [Allemagne c. Italie; Grèce (intervenant)]*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2012*, p. 99, p. 123, par. 55; voir aussi I. Brownlie, *supra* note 74, p. 315 (« it seems obvious that statements made by Agents and Counsel before international tribunals constitute State practice »).

<sup>106</sup> Voir, par exemple, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif*, *C.I.J. Recueil 1996*, p. 226, p. 312 (opinion dissidente du juge Schwebel).

<sup>107</sup> Voir, par exemple, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1970*, p. 3, p. 197 (opinion individuelle du juge Jessup) et p. 298 et 299 (opinion individuelle du juge Fouad Ammoun).

d) *Actes législatifs*. Des constitutions aux projets de loi<sup>108</sup>, « [l]a législation constitue un aspect important de la pratique étatique »<sup>109</sup>. Comme la Cour permanente de justice internationale l'a fait observer en 1926, « Au regard du droit international et de la Cour qui en est l'organe, les lois nationales sont de simples faits, manifestations de la volonté et de l'activité des États, au même titre que les décisions judiciaires ou les mesures administratives »<sup>110</sup>. On rappellera utilement l'avis exprimé par la CDI dans ce contexte en 1950 : « Le terme "légalisation" est employé ici dans son sens large : il englobe les constitutions des États, les dispositions adoptées par leurs organes législatifs, ainsi que les règlements et déclarations promulgués par les organes exécutifs et administratifs. Il n'exclut aucune des dispositions ayant un caractère de règlement qui ont pu être prises par une autorité publique »<sup>111</sup>;

<sup>108</sup> Voir, par exemple, *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2002, p. 3, p. 24; *Immunités juridictionnelles de l'État [Allemagne c. Italie; Grèce (intervenante)]*, arrêt, C.I.J. Recueil 2012, p. 99, p. 123, par. 55; *Affaire relative aux droits des ressortissants des États-Unis d'Amérique au Maroc, arrêt du 27 août 1952*, C.I.J. Recueil 1952, p. 176, p. 220 (opinion dissidente des juges Hackworth, Badawi, Levi Carneiro et Sir Benegal Rau); *Plateau continental de la mer du Nord, arrêt*, C.I.J. Recueil 1969, p. 3, p. 105, 107, 129 (opinion individuelle du juge Ammoun, qui dit, notamment, « Le projet de loi [soumis à la Chambre belge des représentants] [...] exprime [...] le point de vue officiel du gouvernement. Il constitue un de ces actes de l'ordre juridique intérieur pouvant être comptés au nombre des précédents à retenir, le cas échéant, pour la reconnaissance de la coutume »), et p. 228 (opinion dissidente du juge Lachs); *Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande), compétence de la Cour, arrêt*, C.I.J. Recueil 1973, p. 3, p. 44 (opinion dissidente du juge Padilla Nervo), et p. 51 (opinion individuelle commune des juges Forster, Bengzon, Jiménez de Aréchaga, Nagendra Singh et Ruda) et p. 84 (opinion individuelle du juge De Castro); Tribunal spécial pour le Liban, affaire n° STL-11-01/1, décision préjudicielle sur le droit applicable : terrorisme, complot, homicide, commission, concours de qualifications (Chambre d'appel), 16 février 2011, par. 87 et 91 à 98; *Le Procureur c. Norman*, affaire n° SCSL-2004-14-AR72(E), *Decision on Preliminary Motion based on Lack of Jurisdiction* (Tribunal spécial pour la Sierra Leone, Chambre d'appel), 31 mai 2004, p. 13, par. 18; *Genny de Oliveira c. Embaixada da República Democratica Alemã* (Cour suprême fédérale du Brésil), *Apelação Cível n° 9.696-3/SP*, 31 mai 1989, p. 4 et 5; *République démocratique du Congo c. FG Hemispheric Associates LLC*, Cour d'appel de la Région administrative spéciale de Hong Kong statuant en dernier ressort, affaires n°s 5, 6 et 7 de 2010 (civil), 8 juin 2011, par. 68 (« However that may be, a rule of domestic law in any given jurisdiction may happen to result from a rule of customary international law or it may happen to precede and contribute to the crystallisation of a custom into a rule of customary international law »). Sur les dispositions constitutionnelles en particulier comme pratique des États (et élément d'*opinio juris*), voir R. Crootoof, « Constitutional convergence and customary international law », *Harvard International Law Journal* (en ligne), 54 (2013), p. 195 à 203.

<sup>109</sup> *Immunités juridictionnelles de l'État [Allemagne c. Italie; Grèce (intervenante)]*, arrêt, C.I.J. Recueil 2012, p. 99, p. 310, par. 3 (opinion dissidente du juge ad hoc Gaja). Selon Gaja : « Elle est également pertinente lorsqu'une règle de droit international a pour objet le comportement des autorités judiciaires, comme c'est le cas en ce qui concerne l'exercice par les juridictions de leur compétence ».

<sup>110</sup> *Affaire relative à certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise*, Cour permanente de justice internationale, *Recueil des arrêts*, série A, n° 7, p. 19.

<sup>111</sup> « Ways and means for making the evidence of customary international law more readily available », Rapport de la Commission du droit international sur sa deuxième session (A/CN.4/34), *Annuaire de la Commission du droit international, 1950*, vol. II, p. 370.

e) *Jurisprudence interne*. La jurisprudence des tribunaux internes peut contribuer à établir la pratique des États<sup>112</sup> et « constitue une précieuse source de documentation pour ce qui est de la pratique des États dont relèvent ces tribunaux, même si elles ne peuvent être considérées, par ailleurs, comme source du droit international coutumier » lui-même<sup>113</sup>. Toutefois, en évaluant la jurisprudence des tribunaux internes, il convient de tenir compte de la place du droit international coutumier dans l'ordre juridique considéré, et des dispositions et procédures spéciales permettant, à différents échelons internes, de déterminer l'existence de règles du droit international coutumier<sup>114</sup>. De plus, l'intérêt de ces décisions varie considérablement, certaines pouvant procéder d'une vision étriquée des choses ou d'une mauvaise utilisation des sources<sup>115</sup>. La jurisprudence des juridictions suprêmes a évidemment plus de poids. Les décisions infirmées sur la matière considérée ne seront sans doute plus considérées comme ressortissant à la pratique;

f) *Publications officielles dans des domaines du droit international*, tels que manuels militaires ou instructions à l'intention de diplomates<sup>116</sup>;

<sup>112</sup> Voir, par exemple, *Affaire du « Lotus » (France c. Turquie)*, C.P.I.J. 1927, *Recueil des arrêts* (série A), n° 10, p. 28 et 29; *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, arrêt, C.I.J. *Recueil* 2002, p. 3, p. 24; *Immunités juridictionnelles de l'État [Allemagne c. Italie; Grèce (intervenant)]*, arrêt, C.I.J. *Recueil* 2012, p. 99, p. 123, par. 55; *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif*, C.I.J. *Recueil* 1996, p. 226, p. 292 (opinion individuelle du juge Guillaume); *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, exceptions préliminaires*, arrêt, C.I.J. *Recueil* 1964, p. 6, p. 63 (opinion individuelle du juge Wellington Koo); *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, arrêt, C.I.J. *Recueil* 2002, p. 3, p. 88 (opinion individuelle commune des juges Higgins, Kooijmans et Buergenthal); *Le Procureur c. Tadić*, affaire n° IT-94-1-A, arrêt (Chambre d'appel du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie), 15 juillet 1999, par. 255 à 270; *Chambres extraordinaires des tribunaux cambodgiens*, affaire n° 001/18-07-2007-ECCC/SC (Chambre de la Cour suprême), 3 février 2012, par. 223 et 224; *Le Procureur c. Šainović et consorts*, affaire n° IT-05-87-A, arrêt (Chambre d'appel du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie), 23 janvier 2014, par. 1627 à 1642; *Le Procureur c. Furundžija*, affaire n° IT-95-17/1-A, arrêt (Chambre d'appel du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie), 21 juillet 2000, déclaration du juge Robinson, par. 281 ; affaire n° Up-13/99 (Cour constitutionnelle de Slovaquie), décision du 8 mars 2001, par. 14; *Dralle c. République de Tchécoslovaquie* (Cour suprême autrichienne), arrêt du 10 mai 1950, 17 *International Law Reports*, p. 155, p. 157 à 161; voir aussi H. Lauterpacht, « Decisions of municipal courts as a source of international law », *British Yearbook of International Law*, 10 (1929), p. 65 à 95; P. M. Moremen, « National court decisions as State practice: a transnational judicial dialogue? », *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, 32 (2006), p. 259, p. 265 à 290; A. Roberts, « Comparative international law: the role of national courts in creating and enforcing international law », *International and Comparative Law Quarterly*, 60 (2011), p. 57 et 62; et l'exposé du juge Greenwood devant le British Institute of International and Comparative Law intitulé « The contribution of national courts to the development of international law » (4 février 2014), disponible en ligne à l'adresse [www.biicl.org/news/view/-/id/201/](http://www.biicl.org/news/view/-/id/201/).

<sup>113</sup> *Annuaire de la Commission du droit international, 1950*, vol. II (voir *supra*, note 111). À cet égard, Crawford, dans *Brownlie's Principles of Public International Law* (voir *supra*, note 37), dit que certaines décisions de tribunaux internes renseignent indirectement sur la pratique de l'État du for en la matière (p. 41).

<sup>114</sup> A/CN.4/663, *supra* note 1, par. 84; voir aussi P.M. Moremen, *supra* note 112, p. 290 à 308.

<sup>115</sup> J. Crawford, *supra* note 37, p. 41

<sup>116</sup> Voir, par exemple, *Le Procureur c. Galić*, affaire n° IT-98-29-A, arrêt (Chambre d'appel du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie), 30 novembre 2006, par. 89; *Le Procureur c.*

g) *Mémoires internes d'agents de l'État*. Ces mémoires sont cependant rarement rendus publics. Il faut toutefois garder à l'esprit que, comme il a été dit dans un contexte autre mais analogue, ils « ne représentent pas nécessairement le point de vue ou la politique du gouvernement et peuvent n'être que le point de vue personnel que tel fonctionnaire s'est senti obligé d'exprimer à tel autre fonctionnaire à ce moment-là : il n'est pas toujours facile de démêler les éléments purement personnels dans ce qui ne constitue après tout que des notes internes, privées et confidentielles au moment où elles sont rédigées »<sup>117</sup>;

h) *Pratique en matière conventionnelle*. La négociation et la conclusion de traités bilatéraux ou multilatéraux, l'adhésion à ceux-ci, leur ratification et leur application (et la formulation d'objections ou de réserves à leur égard) sont une autre forme de pratique<sup>118</sup>. Cette pratique ne concerne pas que le seul droit des traités; elle peut aussi se rapporter aux obligations souscrites en vertu de l'instrument juridique international considéré<sup>119</sup>;

---

*Delalić*, affaire n° IT-96-21-T, arrêt (Chambre d'appel du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie), 16 novembre 1998, par. 341.

<sup>117</sup> Sentence arbitrale dans l'affaire *Îles de la mer Rouge (Érythrée c. Yémen)*, 9 octobre 1998, par. 94; voir aussi I. Brownlie, *supra* note 74, p. 316 et 317.

<sup>118</sup> Voir, par exemple, *Affaire Nottebohm (deuxième phase)*, arrêt du 6 avril 1955 : C.I.J. Recueil 1955, p. 4, p. 22 et 23; *Réserves à la Convention sur le génocide, avis consultatif* : C.I.J. Recueil 1951, p. 15, p. 24 et 25; *Plateau continental de la mer du Nord, arrêt*, C.I.J. Recueil 1969, p. 3, p. 43 et p. 104 et 105, 126 et 128 (opinion individuelle du juge Ammoun); *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, arrêt*, C.I.J. Recueil 1970, p. 3, p. 347 (opinion dissidente du juge Riphagen); *Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande), fond, arrêt*, C.I.J. Recueil 1974, p. 3, p. 26; *Plateau continental (Tunisie/Jamahiriya arabe libyenne)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1982, p. 18, p. 79; *Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne/Malte)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1985, p. 13, p. 38 et 48; *Immunités juridictionnelles de l'État [Allemagne c. Italie; Grèce (intervenant)]*, arrêt, C.I.J. Recueil 2012, p. 99, p. 138, par. 89, et p. 143, par. 100; *Interprétation des traités de paix (deuxième phase), avis consultatif* : C. I. J. Recueil 1950, p. 221, p. 241 et 242 (opinion dissidente du juge Read); *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif*, C.I.J. Recueil 1996, p. 226, p. 292 (opinion individuelle du juge Guillaume) et p. 312 et 314 (opinion dissidente du juge Schwebel); *Affaire des pêcheries, arrêt du 18 décembre 1951* : C. I. J. Recueil 1951, p. 116, p. 163 et 164 (opinion dissidente du juge McNair); *Affaire relative aux droits des ressortissants des États-Unis d'Amérique au Maroc, arrêt du 27 août 1952*, C.I.J. Recueil 1952, p. 176, p. 220 (opinion dissidente des juges Hackworth, Badawi, Levi Carneiro et Sir Benegal Rau); *Affaire du droit de passage sur le territoire indien (fond)*, arrêt du 12 avril 1960 : C.I.J. Recueil 1960, p. 6, p. 41 et 42, et p. 55 et 56 (opinion individuelle du juge Wellington Koo) et p. 104 (opinion dissidente de Sir Percy Spender); *Affaire de la sentence arbitrale rendue par le roi d'Espagne le 23 décembre 1906, arrêt du 18 novembre 1960* : C.I.J. Recueil 1960, p. 192, p. 223 (opinion dissidente du juge Urrutia Holguín); *Le Procureur c. Norman*, affaire n° SCSL-2004-14-AR72(E), Decision on Preliminary Motion based on Lack of Jurisdiction (Tribunal spécial pour la Sierra Leone, Chambre d'appel), 31 mai 2004, p. 13, par. 18 à 21; Tribunal spécial pour le Liban, affaire n° STL-11-01/1, décision préjudicielle sur le droit applicable : terrorisme, complot, homicide, commission, concours de qualifications (Chambre d'appel), 16 février 2011, par. 87 à 89; *The Paquete Habana*, 175 U.S. 677 (Cour suprême des États-Unis, 1900), p. 686 à 700; voir aussi A. M. Weisburd, *supra* note 67, p. 1 à 46 (« treaties are simply one more form of state practice »); *Rapport du Groupe de travail sur la détention arbitraire du Conseil des droits de l'homme* (24 décembre 2012), A/HRC/22/44, par. 43.

<sup>119</sup> Voir aussi A. D'Amato, *supra* note 83, p. 462 (« What makes the content of a treaty count as an element of custom is the fact that the parties to the treaty have entered into a binding commitment to act in accordance with its terms. Whether or not they subsequently act in conformity with the treaty, the fact remains that they have so committed to act. The commitment

i) Résolutions d'organes d'organisations internationales telles que l'Assemblée générale des Nations Unies et de conférences internationales<sup>120</sup>. Il s'agit principalement de la pratique des États en rapport avec l'adoption de résolutions d'organes d'organisations internationales ou lors de conférences internationales, à savoir le vote pour ou contre (ou l'abstention) et toute explication qui l'accompagnerait<sup>121</sup>. On retiendra toutefois que le « texte définitif de toute

---

itself, then, is the “state practice” component of custom »); J. Barboza, « The customary rule: from chrysalis to butterfly », in C.A. Armas Barea et coll. (dir.) *Liber Amicorum « In Memoriam » of Judge José María Ruda*, (Kluwer Law International, 2000), p. 1 à 3 (« Texts express with more precision than actions the contents of a practice, particularly when those texts are carefully written by groups of technical and legal experts »); voir cependant K. Wolfke, « Treaties and custom: aspects of interrelation », in J. Klabbbers et R. Lefeber (dir.) *Essays on the Law of Treaties: A Collection of Essays in Honour of Bert Vierdag*, (Martinus Nijhoff, 1998), p. 31 et 33 (« A treaty *per se* is, therefore, not any element of practice [of course with the exception of the customary law of treaties]. It can, however, contribute to the element of acceptance as law by the parties »).

<sup>120</sup> Voir, par exemple, *Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1974, p. 3, p. 26; *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, arrêt, C.I.J. Recueil 1970, p. 3, p. 302 et 304 (opinion individuelle du juge Fouad Ammoun) (« Remarquons, en outre, que dans la pratique des États rentrent naturellement les prises de position de leurs délégués dans les organisations et les conférences internationales et notamment aux Nations Unies. [...] on ne peut dénier aux résolutions qui en émanent ou, pour mieux dire, aux votes qui y sont exprimés au nom des États, qu'ils constituent des précédents contribuant à la formation de la coutume »); *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif*, C.I.J. Recueil 1996, p. 226, p. 312 (opinion dissidente du juge Schwebel, qui considère « l'action du Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations Unies » comme « pratique étatique »); *Timor oriental (Portugal c. Australie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1995, p. 90, p. 188 (opinion dissidente du juge Weeramantry) (« Les diverses résolutions de l'Assemblée générale évoquant ce droit de manière générale, qui ont par ailleurs aidé à forger le droit international public [...] constituent une source matérielle importante du droit international coutumier sur cette question »). Dans sa résolution 2125 (2013), le Conseil de sécurité également reconnaît implicitement le rôle que peuvent jouer les résolutions, puisqu'il juge bon de préciser : « la présente résolution ne saurait être regardée comme établissant un droit international coutumier » (par. 13).

<sup>121</sup> Voir aussi R. Higgins, *The Development of International Law through the Political Organs of the United Nations* (Oxford University Press, 1963), p. 2 (« The United Nations is a very appropriate body to look to for indications of developments in international law, for international custom is to be deduced from the practice of states, which includes their international dealings as manifested by their diplomatic actions and public pronouncements. With the development of international organizations, the votes and views of states have come to have legal significance as evidence of customary law. Moreover, the practice of states comprises their collective acts as well as the total of their individual acts [...] The existence of the United Nations [...] now provides a very clear, very concentrated, focal point for state practice »); B. Conforti et B. Labella, *supra* note 52, p. 35, 42 et 43 (« The resolutions of international organizations are also relevant to the ascertainment of custom as *acts of States*, i.e., as aggregates of expressions of the volition of States which have voted in favour of the resolutions [...] [i]nternational organizations are endowed with some elements of international personality. However, with regard to customary law-making, the resolutions of organizations must be considered as the collective action of all the States that voted for their adoption rather than the action of the organizations themselves. This explains why such resolutions play a role on the development of custom only where they are adopted unanimously, by consensus, or at least by a wide majority »); I. Brownlie, *The Rule of Law in International Affairs: International Law at the Fiftieth Anniversary of the United Nations* (Martinus Nijhoff, 1998), p. 19 et 20 (« The process of synthesizing State practice is assisted by several mechanisms. First, the resolutions of the General Assembly of the United Nations, when they touch upon legal matters, constitute

décision de telle organisation internationale ne pourra jamais refléter l'ensemble des propositions et des choix formulés par chaque partie aux négociations [...] Il convient donc de ne pas exagérer l'intérêt des raccourcis que permettent les processus décisionnels des organisations internationales s'agissant de déterminer la pratique des États »<sup>122</sup>. (Nous nous arrêterons sur cette question à l'occasion de notre troisième rapport).

42. *L'inaction comme pratique*. On peut considérer que le fait pour l'État de s'abstenir d'agir, qu'on appelle également « pratique négative »<sup>123</sup>, relève de la pratique<sup>124</sup>. L'inaction de l'État peut être un élément essentiel à la formation et à la

---

evidence of State practice. So also do resolutions of Conferences of Heads of State »).

*Déclaration de Londres de l'Association de droit international*, p. 19 (« in the context of the formation of customary international law [...] [a resolution by an organ of an international organization, containing statements about customary international law] is probably best regarded as a series of verbal acts by the individual member States participating in that organ »); voir cependant I. MacGibbon, « General Assembly resolutions: custom, practice and mistaken identity », in B. Cheng (dir.) *International Law: Teaching and Practice*, (Stevens & Sons, 1982), p. 10 et 19 (« while a General Assembly resolution (although difficult to envisage as being, in itself, State practice in any meaningful sense) embodies, or rather is the result of, various forms of State conduct in the General Assembly, and so reflects State practice of a kind, it is nevertheless a peripheral kind and – in the context of the development of international custom – of a somewhat artificial kind »); H. Meijers, « On international customary law in the Netherlands », in I.F. Dekker et H.H.G. Post (dir.) *On the Foundations and Sources of International Law* (T.M.C. Asser Press, 2003), p. 77 et 84 (« Does a state, when voting on the acceptance of a resolution, for instance in the General Assembly of the United Nations, act as a state, or as part of an organ of the United Nations, a separate subject of international law? The answer seems evident: as part of the UN organ [...] [only when] it states its reasons for voting in the way it did, or gives its point of view *vis-à-vis* that resolution, we may identify an act of state »).

<sup>122</sup> J. Wouters et P. De Man, « International organizations as law-makers », in J. Klabbbers et A. Wallendahl (dir.), *Research Handbook on the Law of International Organizations* (Edward Elgar, 2011), p. 190 et 208 (référence omise); voir aussi R. Higgins, *supra* note 13, p. 23 et 24 (« Resolutions are but one manifestation of state practice. But in recent years there has been an obsessive interest with *resolutions* as an isolated phenomenon. Intellectually, this is hard to understand or justify. We can only suppose that it is easier – that is, that it requires less effort, less rigour, less by way of meticulous analysis – to comment on the legal effect of a resolution than to look at a collective practice on a certain issue in all its complex manifestations. The political bodies of international organizations engage in debate; in the public exchange of views and positions taken; in expressing reservations upon views being taken by others; in preparing drafts intended for treaties, or declarations, or binding resolutions, or codes; and in decision-making that may or may not imply a legal view upon a particular issue. But the current fashion is often to examine the resolution to the exclusion of all else »).

<sup>123</sup> Voir, par exemple, *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2002, p. 3, p. 144 et 145 (opinion dissidente de la juge Van den Wyngaert); P. Tomka, *supra* note 24, p. 210.

<sup>124</sup> Voir, par exemple, *Affaire du « Lotus » (France c. Turquie)*, C.P.I.J. 1927, Recueil des arrêts (série A), n° 10, p. 28 et 29; *Affaire Nottebohm (deuxième phase)*, arrêt du 6 avril 1955: C.I.J. Recueil 1955, p. 4, p. 22; *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 14, p. 99 (l'abstention de la menace ou de l'emploi de la force, soit contre l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique de tout État, comme pratique); *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif*, C.I.J. Recueil 1996, p. 226, p. 253, par. 65 (la Cour renvoie aux tenants d'une interdiction en se fondant sur « une pratique constante de non-utilisation des armes nucléaires par les États »); *Immunités juridictionnelles de l'État [Allemagne c. Italie; Grèce (intervenant)]*, arrêt, C.I.J. Recueil 2012, p. 99, p. 135, par. 77 (« L'absence presque totale de toute jurisprudence contraire est

détermination de règles du droit international coutumier, en particulier lorsqu'elle vaut acquiescement ou est regardée comme tel<sup>125</sup>. Nous nous arrêterons sur cette question dans notre troisième rapport à la lumière des débats de la Commission en 2014.

43. *La pratique des organisations (intergouvernementales) internationales*. Nous reviendrons plus en détail sur cet important domaine à l'occasion de notre troisième rapport<sup>126</sup>. Quand on sait que « [l]es sujets de droit, dans un système juridique, ne sont pas nécessairement identiques quant à leur nature ou à l'étendue de leurs droits [et que] leur nature dépend des besoins de la communauté »<sup>127</sup>, les actes des organisations internationales auxquels les États ont donné mandat peuvent également contribuer à la formation d'une pratique générale dans les domaines

---

également significative, tout comme le fait qu'aucun État n'a jamais [fait de déclaration] »); *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1971*, p. 16, p. 134 (opinion individuelle du juge Petren, évoquant la pratique de la non-reconnaissance dit que le terme « implique non pas une action positive mais l'abstention d'actes signifiant la reconnaissance »); *Affaire relative aux droits des ressortissants des États-Unis d'Amérique au Maroc, arrêt du 27 août 1952: C.I.J. Recueil 1952*, p. 176, p. 221 (opinion dissidente des juges Hackworth, Badawi, Levi Carneiro et Sir Benegal Rau); *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, arrêt, C.I.J. Recueil 1970*, p. 3, p. 198 et 199 (opinion individuelle du juge Jessup, faisant référence au fait que le Département d'État américain avait refusé de faire des représentations au nom d'une société américaine et que les États-Unis n'invoquent pas un certain argument dans le cadre d'un différend interétatique). Pour la doctrine, voir, par exemple, la *Déclaration de Londres de l'Association de droit international*, p. 15; G. I. Tunkin, Remarks on the juridical nature of customary norms of international law, *California Law Review*, 49 (1961), p. 419 et 421 (« The practice of states may consist in their taking definitive action under certain circumstances or, on the contrary, abstaining from action »); S. Sefériadès, Aperçus sur la coutume juridique internationale et notamment sur son fondement, *Revue générale de droit international public*, 43 (1936), p. 129 et 143 (« [...] même des actes négatifs – des omissions –, consécutivement répétés, sont de nature à finir par devenir des coutumes, entraînant l'obligation légale de ne pas faire. [...] Également, en droit des gens, on ne saurait, nous semble-t-il, ne pas reconnaître une origine coutumière à l'obligation des États de s'abstenir de faire contre les représentants des pays étrangers tout acte de nature à porter atteinte à leur liberté personnelle ou à la franchise de leur hôtel, ainsi qu'à l'obligation des armées d'occupation de respecter, sur terre, la propriété privée ennemie »); H. Meijers, How is international law made? – The stages of growth of international law and the use of its customary rules, *Netherlands Yearbook of International Law*, 9 (1978), p. 3 à 5 [« the inactive are carried along by the active [...] lack of protest – lack of open objection to the development of the new rule – is sufficient for the creation of a rule of customary law (and for the obligation to abide by it) »]; J. L. Kunz, *supra* note 56, p. 666 ; M. Mendelson, The subjective element in customary international law, *British Yearbook of International Law*, 66 (1995), p. 177 et 199 (« omissions are perfectly capable, if they are sufficiently unambiguous, of constituting acts of State practice »).

<sup>125</sup> Voir aussi R. Kolb, *supra* note 47, p. 136 (« There is hardly any exaggeration in saying that custom is mainly silence and inaction, not action »); A.M. Weisburd, *supra* note 67, p. 7 (« if generality in the sense of affirmative acts by most states is not necessary, it must at least be possible to infer acquiescence in a rule by the very large majority of states »). Faisant une distinction entre « coutume active et coutume passive », Danilenko estime que cette dernière renforce la valeur jurisprudentielle de la pratique active et devient ainsi un facteur notable du processus de création de règles coutumières généralement admises: G. M. Danilenko, *supra* note 17, p. 28.

<sup>126</sup> Ouvrage majeur dans ce domaine : G. Cahin, *La coutume internationale et les organisations internationales* (Pédone, 2001).

<sup>127</sup> *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1949*, p. 174, p. 178.

d'activité de ces organisations ou en témoigner<sup>128</sup>. Il convient, pour établir la pratique de ce type d'organisations, de distinguer entre la pratique en matière interne et celle en matière de relations avec les États, les autres organisations internationales et d'autres entités<sup>129</sup>. Cette dernière qui nous intéresse ici consiste essentiellement dans des « activités opérationnelles », qui selon un auteur sont les programmes que les organisations internationales mettent en œuvre dans le cadre de leur mission générale ou en exécution d'un mandat précis<sup>130</sup>. Il importe de distinguer également entre la pratique des organes ou autres entités composés de représentants des États et celle des organes composés de personnes siégeant à titre individuel, dont on ne peut considérer qu'elles représentent un État<sup>131</sup>. On distinguera en outre entre « les travaux des secrétariats des organisations internationales et ceux de leurs organes intergouvernementaux, la logique étant qu'il faut accorder plus de poids aux seconds, dont les auteurs sont également les principaux acteurs de la pratique étatique »<sup>132</sup>. Si l'on a avancé l'idée que les

<sup>128</sup> Voir, par exemple, *Réserves à la Convention sur le génocide, avis consultatif* : C.I.J. Recueil 1951, p. 15, p. 25; *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie), arrêt*, C.I.J. Recueil 1997, p. 7, p. 95 (opinion individuelle du juge Weeramantry, évoquant « la pratique des institutions financières internationales »); voir aussi *Mémorandum du Secrétariat*, p. 23 (« Dans certaines circonstances, la Commission se fonde sur divers aspects de la pratique des organisations internationales pour identifier une règle de droit international coutumier (relations extérieures, exercice des fonctions et prises de position des organes concernant des situations bien précises ou des questions ayant trait d'une manière générale aux relations internationales »); R. Jennings et A. Watts (dir.), *supra* note 37, p. 31 (« the concentration of state practice now developed and displayed in international organizations and the collective decisions and the activities of the organizations themselves may be valuable evidence of general practices accepted as law in the fields in which those organizations operate »); *Déclaration de Londres de l'Association de droit international*, p. 19 (« The practice of intergovernmental organizations in their own right is a form of 'State practice' »); mais voir M.E. Villiger, *supra* note 84, p. 16 et 17. Sur ce sujet, voir plus généralement J. Klabbers, « International organizations in the formation of customary international law », in E. Cannizzaro et P. Palchetti (dir.) *Customary international law on the use of force: a methodological approach*, (Martinus Nijhoff, 2005), p. 179 à 195 (qui soulève également la question de savoir si la pratique de ces organisations peut être considérée comme la « pratique » lorsque celles-ci outrepassent leurs compétences); L. Hannikainen, « The collective factor as a promoter of customary international law », in *Baltic Yearbook of International Law*, 6 (2006), p. 125 à 141. Bien entendu, les organisations internationales sont très différentes les unes des autres, ce dont il faut tenir compte au moment de déterminer l'importance de leur pratique (voir aussi le commentaire 8 de l'article 6 du projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales de la Commission (2011)).

<sup>129</sup> Par exemple, l'administration d'un territoire ou les opérations de maintien de la paix. En effet, on n'estime plus que cette pratique est circonscrite aux « relations des États avec les organisations » (« Ways and means for making the evidence of customary international law more readily available », *supra* note 111, p. 372).

<sup>130</sup> I. Johnstone, Law-making through the operational activities of international organizations, *George Washington International Law Review*, 40 (2008), p. 87 et 94 [ces activités sont toutefois examinées sous un angle quelque peu différent (« [these activities] are distinguished from the more explicitly normative functions of international organizations, such as treaty making or adopting resolutions, declarations, and regulations by intergovernmental bodies »)].

<sup>131</sup> De même, les travaux de la Commission, qui servent souvent de moyen auxiliaire de détermination ou autre des règles de droit international coutumier, ne sauraient être assimilés à la pratique étatique ni attester d'une *opinio juris* (H. Thirlway, « Law and procedure », deuxième partie, *British Yearbook of International Law*, 61 (1990), p. 1, 59 et 60).

<sup>132</sup> Ainsi que l'a suggéré M. Tladi dans l'intervention qu'il a faite au cours du débat tenu l'an passé à la Commission (3182<sup>e</sup> séance, le 18 juillet 2013).

organisations internationales permettent de constater la coutume rapidement<sup>133</sup>, il reste qu'il faut s'entourer d'infinies précautions s'agissant d'en apprécier la pratique<sup>134</sup>. Les considérations qui valent pour la pratique étatique peuvent également intéresser la pratique des organisations internationales, ce qu'il ne faut pas méconnaître en lisant le présent rapport.

44. La pratique des organisations internationales auxquelles les États membres peuvent avoir transféré des compétences exclusives, comme l'Union européenne, peut être assimilée à celle des États, puisque dans certains domaines, ces organisations agissent en lieu et place de leurs États membres<sup>135</sup>. Ce principe s'applique aux actes de ces organisations, quelle qu'en soit la nature, à savoir exécutive, législative ou judiciaire. Ne pas assimiler la pratique de ces organisations internationales à celle des États reviendrait à dire que non seulement la pratique des organisations ne vaut pas pratique étatique, mais également que les États Membres ne pourraient plus ou guère contribuer à établir la pratique étatique dès lors qu'ils ont conféré certaines de leurs prérogatives à une organisation.

45. *Le rôle des autres acteurs non étatiques.* On a pu dire qu'il faudrait considérer que la conduite d'autres « acteurs non étatiques », comme les organisations non gouvernementales et même les particuliers, contribue au développement du droit

<sup>133</sup> J. E. Alvarez, *International Organizations as Law-makers* (Oxford University Press, 2005), p. 592 (« The modern resort to IO-generated forms of evidence for custom might be seen [...] as a relatively more egalitarian approach to finding this source of law, even if it comes, as critics charge is the case with respect to GA resolutions for example, at the expense of sometimes elevating the rhetoric of states over their deeds »).

<sup>134</sup> Voir aussi J. Wouters et P. De Man, *supra* note 122, p. 208 (« One should thus be mindful not to equate the practice of international organizations with state practice. Whether actions of international organizations can be attributed to the state community as a whole is a complex question and the answer depends on [...] divergent factors »).

<sup>135</sup> Voir aussi la déclaration faite au nom de l'Union européenne A/C.6/68/SR.23 (4 novembre 2013), par. 37 (« L'Union agit au niveau international sur la base des compétences que lui confèrent ses traités fondateurs. Elle est partie à un nombre important d'accords internationaux aux côtés des États. De plus, dans certains domaines régis par le droit international, elle jouit de compétences exclusives. Ces caractéristiques spéciales lui donnent un rôle particulier dans la formation du droit international coutumier, à laquelle elle peut contribuer directement par ses actes et pratiques. »); voir aussi F. Hoffmeister, « The contribution of EU practice to international law », in M. Cremona *Developments in EU External Relations Law*, (Oxford University Press, 2008), p. 37 à 128; M. Wood et O. Sender, « State practice », *supra* note 71, par. 20 et 21 ; E. Paasivirta et P.J. Kuijper, « Does one size fit all? The European Community and the responsibility of international organizations », *Netherlands Yearbook of International Law*, 36 (2005), p. 169 et 204 à 212. Déclaration de M<sup>me</sup> Jacobsson : « [o]ne cannot disregard [...] the practice of an international organization if that organization has the competence to enact legislation in respect of a particular question. Such practice cannot be described solely as the view on customary international law by the organization. It may also be equalled to State practice » (3184e séance, le 23 juillet 2013). Mais voir J. Vanhamme, « Formation and enforcement of customary international law: the European Union's contribution », *Netherlands Yearbook of International Law*, 39 (2008), p. 127 et 131 (« EC [European Community] acts constitute EU [European Union] practice. To depict them as State practice [that is, to attribute them to the Member States] would deny one of the main features of the European Community, i.e. its autonomous functioning on the basis of the legislative, executive and judicial powers delegated to it by the Member States. Moreover, the EC's international legal practice does faithfully represent the *opinio juris* of all 27 Member States [who gave a permanent commitment to accept its decisions as binding law] »).

international coutumier<sup>136</sup>. D'aucuns ont ainsi rappelé que selon l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, la coutume ne doit pas nécessairement être suivie ou reconnue uniquement « par les États », car le même principe joue s'agissant de conventions. Ainsi, en principe, la pratique peut émaner d'acteurs étatiques et non étatiques<sup>137</sup>. Cela dit, il est préférable de considérer que si les particuliers et les organisations non gouvernementales peuvent effectivement jouer un rôle non négligeable dans la promotion du droit international et son respect<sup>138</sup> (par exemple, en favorisant la pratique étatique en saisissant les juridictions internes de contestations de droit international ou en concourant utilement à l'évaluation de

<sup>136</sup> Pour cette conception dynamique de la participation à la formation du droit international ou l'idée d'ouvrir cette entreprise à la participation à tous, voir, par exemple, *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2002, p. 3, p. 155 (opinion dissidente de la juge Van den Wyngaert) (« le droit international coutumier en formation ne saurait faire aujourd'hui totalement abstraction [de l'opinion de la société civile] »); *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, avis consultatif*, C.I.J. Recueil 1971, p. 16, p. 69, 70 et 74 (opinion dissidente du juge Ammoun) (« l'élément primordial [...] dans la formation de la règle coutumière qui a conduit à la reconnaissance du droit de libre détermination des peuples [...] [peut être] la lutte des peuples [pour cette cause], avant qu'ils [aujourd'hui membres de la communauté internationale] ne fussent reconnus comme États [...] ». S'il est une 'pratique générale' pouvant, de façon incontestable, créer le droit aux termes de l'Article 38, par. 1 b), du Statut de la Cour, c'est bien celle que constitue l'action consciente des peuples eux-mêmes luttant avec détermination »); *Sahara occidental, avis consultatif*, C.I.J. Recueil 1975, p. 12, p. 100 (opinion individuelle du juge Ammoun); L.-C. Chen, *An Introduction to Contemporary International Law: A Policy-Oriented Perspective*, 2<sup>e</sup> éd. (Yale University Press, 2000), p. 344 (« the focus on 'states' is unrealistic [...] the relevant patterns in behavior extend [...] also to those of private individuals and representatives of non-governmental organizations »); D. Bodansky, « Customary (and not so customary) international environmental law », *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 3 (1995), p. 105 et 108 (évoquant le comportement des États et des organisations internationales, des sociétés transnationales et autres groupes non gouvernementaux); I. Gunning, « Modernizing customary international law: the challenge of human rights », *Virginia Journal of International Law*, 31 (1991), p. 211, 212 et 213 (« In particular, by questioning the comprehensiveness of traditional formulations of national sovereignty, this Article will explore the prospect of permitting transnational and non-governmental groups to have a legal voice in the creation of custom »); C. Steer, « Non-State actors in international criminal law, in J. d'Aspermont (dir.) *Participants in the International Legal System: Multiple Perspectives on Non-State Actors in International Law*, (Routledge, 2013), p. 295 à 310 (en droit pénal international, les acteurs non étatiques, comme les organisations non gouvernementales, les magistrats et les avocats, sont ceux qui déterminent le contenu normatif); J.J. Paust, « Non-State actor participation in international law and the pretense of exclusion », *Virginia Journal of International Law*, 51 (2011), p. 977 à 1004; A. Roberts et S. Sivakumaran, « Lawmaking by nonstate actors: engaging armed groups in the creation of international humanitarian law », *Yale Journal of International Law*, 37 (2012), p. 107 à 152; et W. M. Reisman, « The democratization of contemporary international law-making processes and the differentiation of their application », in R. Wolfrum et V. Röben (dir.) *Developments of International Law in Treaty Making*, (Springer, 2005), p. 15 à 30.

<sup>137</sup> J.P. Bohoslavsky, Y. Li et M. Sudreau, « Emerging customary international law in sovereign debt governance? », *Capital Markets Law Journal*, 9 (2013), p. 55 et 63. Selon la proposition faite à l'origine par le baron Descamps quant aux règles que devait appliquer la Cour permanente de Justice internationale, la coutume était « une pratique commune des nations, acceptée par elles comme loi »; voir K. Wolfke, *supra* note 6, p. 3.

<sup>138</sup> T. Buerghenthal et S. D. Murphy, *Public International Law in a Nutshell*, 5<sup>e</sup> éd. (West Publishing, 2013), p. 75.

la pratique étatique), leurs actes n'ont pas valeur de « pratique » aux fins de la formation ou de la détermination du droit international coutumier<sup>139</sup>.

46. Sans avoir valeur de pratique, la jurisprudence des juridictions internationales concernant l'existence de règles de droit international coutumier et leur formation<sup>140</sup> est importante en ce qu'elle est un « moyen auxiliaire de détermination des règles de

<sup>139</sup> Voir le paragraphe 2 de la conclusion 5 du projet de conclusions de la Commission sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités (Rapport 2013 de la CDI, par. 38) : « Toute autre conduite, y compris d'acteurs non étatiques, ne constitue pas une pratique ultérieure en vertu des articles 31 et 32. Une telle conduite peut toutefois être pertinente lors de l'évaluation de la pratique ultérieure des parties à un traité »; voir aussi les déclarations faites au nom d'Israël et de l'Iran à l'occasion du débat consacré en 2013 par la Sixième Commission aux travaux de la Commission du droit international ([www.un.org/fr/ga/sixth](http://www.un.org/fr/ga/sixth)); A. C. Arend, *Legal Rules and International Society* (Oxford University Press, 1999), p. 176 (« Even though nonstate actors exist, and, in some cases, these nonstate actors have entered into international agreements, these actors do not enter into the process of creating general international law in an unmediated fashion. In other words, the interactions of nonstate actors with each other and with states do not produce customary international law »); J. d'Aspermont, « Inclusive law-making and law-enforcement processes for an exclusive international legal system », in J. d'Aspermont (dir.) *Participants in the international legal system: multiple perspectives on non-State actors in international law*, (Routledge, 2013), p. 425 et 430; M.H. Mendelson, *supra* note 71, p. 203 (suggesting that the contribution of non-State actors to the formation of customary international law is « in a broader sense [...] [it is an] indirect contribution »); Y. Dinstein, *supra* note 71, p. 267 à 269; Déclaration de Londres de l'Association de droit international, p. 16. D'aucuns font valoir qu'il est établi que la pratique des particuliers, comme les pêcheurs, contribue au développement du droit international coutumier (voir, par exemple, K. Wolfke, *supra* note 93, p. 4), mais il est sûrement plus exact de dire que si on ne peut nier que les actes des particuliers peuvent créer certains faits qui peuvent par la suite donner matière à un dialogue interétatique [...], les actes de particuliers ne constituent pas, dans ces conditions, une pratique de formation du droit : ce sont de simples faits donnant naissance à la pratique internationale des États (G. M. Danilenko, *Law-Making in the International Community* (Martinus Nijhoff, 1993), p. 84); voir aussi K. Wolfke, *supra* note 6, p. 58 : « whose behaviour contributes to the practice is not important; what is important is to whom the practice may be attributed, and above all, who it is who has 'accepted it as law' »; C. Santulli, *supra* note 37, p. 45 et 46 (« Pour être pertinent aux fins de l'élaboration des règles coutumières, le précédent doit pouvoir être imputé à un État ou à une organisation internationale. Seuls les États et les organisations internationales, en effet, participent au phénomène coutumier. La conduite des sujets internes n'en est pas moins importante, mais elle n'est juridiquement pertinente pour apprécier la formation de la coutume internationale qu'au regard de la réaction qu'elle a suscitée, tolérance ou réprobation »).

<sup>140</sup> Voir aussi M.H. Mendelson, *supra* note 71, p. 202 ; mais voir *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, arrêt, C.I.J. Recueil 1970*, p. 3, p. 315 (opinion individuelle du juge Ammoun) : « la jurisprudence internationale [...] [est] considérée en tant qu'élément de [la coutume] »; G.M. Danilenko, *ibid.*, p. 83 (« The decisions of tribunals, and especially the judgments of the I.C.J., are an important part of community practice »). Cf. L. Kopelmanas, « Custom as a means of the creation of international law », *British Yearbook of International Law*, 18 (1937), p. 127 et 142 (« the creation of legal rules by custom by the action of the international judge is an incontestable positive fact »); R. Bernhardt, *supra* note 84, p. 270 (« This formula [of Article 38 of the International Court's Statute, awarding judicial decision the status of subsidiary means for determining rules of law] underestimates the role of decisions of international courts in the norm-creating process. Convincingly elaborate judgments often have a most important influence on the norm-generating process, even if in theory courts apply existing law and do not create new law »).

droit »<sup>141</sup>, celle de la Cour internationale de Justice en particulier revêtant beaucoup de poids<sup>142</sup>.

47. *Pratique confidentielle*. Pour l'essentiel, la pratique étatique, comme les communications confidentielles entre gouvernements, n'est pas accessible au public, du moins pas dans l'immédiat<sup>143</sup>. On voit mal comment cette pratique peut contribuer à la formation ou à la détermination du droit international coutumier général tant qu'elle n'est pas rendue publique<sup>144</sup>. Par ailleurs, la pratique connue de quelques États, voire de deux seulement, peut contribuer à l'éclosion d'une règle régionale, spéciale ou locale (et non générale) de droit international coutumier opposable aux seuls intéressés<sup>145</sup>.

<sup>141</sup> Article 38.1 d) du Statut de la Cour internationale de Justice; voir aussi *Mémorandum du Secrétariat*, p. 25 et 26 [« La Commission invoque parfois la jurisprudence internationale comme étant l'expression concluante d'une règle de droit international coutumier existante » (Observation 15); « La Commission invoque souvent aussi la jurisprudence pour établir l'existence ou l'inexistence d'une règle de droit international coutumier » (Observation 16); « La Commission interroge parfois la jurisprudence internationale, y compris les sentences arbitrales comme source secondaire pour identifier la pratique des États pertinente » (Observation 17)].

<sup>142</sup> I. Brownlie, *supra* note 121, p. 19 (« the judgments of the International Court and other international tribunals have a role in the recognition and authentication of rules of customary international law »). Exemple récent : arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme en l'affaire *Jones et autres c. Royaume-Uni* (requêtes n° 34356/06 et 40528/06), 14 janvier 2014, par. 198. Cf. K. Wolfke, *supra* note 6, p. 145 (« [...] judgments and opinions of international courts, especially of the Hague Court, are of decisive importance as evidence of customary rules. The Court has invoked them almost as being positive law »).

<sup>143</sup> Il convient de distinguer la pratique dite confidentielle de celle qu'il est difficile de consulter. La pratique peut passer largement inaperçue pour diverses raisons. Il en est par exemple ainsi lorsque la pratique de certains États n'est pas publiée sous une forme largement accessible. Les membres de la Commission et des États ont fait état d'un autre problème particulier, à savoir celui de la pratique disponible uniquement dans des langues qui ne sont pas connues du plus grand nombre (ce qui, de fait, vaut pour la plupart des langues).

<sup>144</sup> Voir aussi Y. Dinstein, *supra* note 71, p. 275 (« Another condition for State conduct – if it is to count in assessing the formation of custom – is that it must be transparent, so as to enable other States to respond to it positively or negatively »); *Déclaration de Londres de l'Association de droit international*, p. 15 (« Acts do not count as practice if they are not public »). Pour ce qui est de la fonction de représentation de la doctrine par opposition au secret d'État, voir Carty, *supra* note 71, p. 979 à 982. Observation de Meijers : « States concur in the creation of law by not protesting, that is to say, by not reacting. If that is so, the states concerned must get an opportunity to react. From this there flow two further requirements for the formation of law: it must be possible to indicate at least one express manifestation of the will to create a law, and this express manifestation of will must be cognoscible for all states which will be considered as wishing to concur in the creation of the new rule if they do not protest » (H. Meijers, *supra* note 124, p. 19); mais voir M. Bos, « The identification of custom in international law », *German Yearbook of International Law*, 25 (1982), p. 9 et 30 (« even if facilitated, the discovery of evidence [of State practice] at times may be a problem, for not every bit of practice will find its way to digests and collections. It is asking too much, therefore, to say that in addition to the qualifications [...] [of virtual uniformity, attribution to the State and generality] practice should also be sufficiently perceptible to other States on which the customary rule-to-be may be binding in future »).

<sup>145</sup> Nous envisagerons la question des coutumes régionale, spéciale et bilatérale dans notre troisième rapport.

48. Nous proposons le projet de conclusion ci-après :

### **Projet de conclusion 7**

#### *Formes de pratique*

- 1. La pratique peut prendre diverses formes et résulte d'actes matériels et verbaux.**
- 2. La pratique se manifeste notamment dans le comportement des États « sur le terrain », l'action et la correspondance diplomatiques, les actes législatifs, la jurisprudence interne, les publications officielles dans le domaine du droit international, les déclarations faites au nom d'États concernant telle ou telle entreprise de codification, la pratique en matière de traités et les actes résultant de résolutions adoptées par des organes d'organisations ou de conférences internationales.**
- 3. L'inaction peut aussi valoir pratique.**
- 4. Les actes (y compris l'inaction) des organisations internationales peuvent également valoir pratique.**

49. *Absence de hiérarchie prédéterminée.* Nulle manifestation de la pratique n'est *a priori* plus importante que nulle autre, son poids étant fonction des circonstances ainsi que de la nature de la règle considérée<sup>146</sup>. Par exemple, le proverbe dit que les actes sont plus éloquents que tous les discours, mais ce n'est évidemment pas le cas s'agissant d'une action illégale<sup>147</sup>. Dans bien des cas, c'est le pouvoir exécutif qui, en définitive, représente l'État dans les affaires internationales<sup>148</sup>.

---

<sup>146</sup> Voir aussi B. Conforti et B. Labella, *supra* note 52, p. 32 (« These diverse actions are not governed by a set hierarchy: acts of domestic courts and executive organs, organs conducting foreign relations, and representatives at international organizations, are all on an equal footing. The weight given to the acts depends on the content of the international customary rule »); M. Akehurst, *supra* note 84, p. 21 (« There is no compelling reason for attaching greater importance to one kind of practice than to another »); K. Wolfke, *supra* note 6, p. 157 (« The absence of any appropriate indication in the Statute of the [International] Court, and the freedom enjoyed by the Court in the choice and evaluation of evidence of customary law, do not give any ground for admitting any formal hierarchy of the kinds of such evidence »).

<sup>147</sup> Voir, par exemple, l'avis de la Cour internationale de Justice sur le principe de non-intervention dans l'arrêt rendu en l'affaire *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 14, p. 108 et 109, par. 207; voir aussi R. Müllerson, *supra* note 84, p. 344 (« Of course, different categories of state practice may have different weight in the process of custom formation. Usually it matters more what states do than what they say, but on the other hand, at least in official inter-state relations, saying is also doing. 'Actual' practice may be weightier in the process of custom formation but diplomatic practice usually conveys more clearly the international legal position of states. Often only a few states may be engaged in 'actual' practice, while other states' practice may be only diplomatic or even completely absent »).

<sup>148</sup> Voir aussi Roberts, *supra* note 112, p. 62 (« Where inconsistencies emerge, the conflicting practice must be weighed, considering factors such as which branch of government has authority over the matter »); mais voir I. Wuerth, « International law in domestic courts and the *Jurisdictional Immunities of the State* case », *Melbourne Journal of International Law*, 13 (2012), p. 1 et 9 (« Privileging the executive branch is unsatisfactory because a national court decision invokes the responsibility of the state as a matter of international law and it often provides clearer evidence of the *opinio juris* than executive branch practice »).

50. *La pratique de l'État doit être « envisagée dans son ensemble »*<sup>149</sup>. Premièrement, il faut interroger l'ensemble de la pratique connue de l'État. Deuxièmement, la pratique des différents organes de l'État peut ne pas être uniforme. Par exemple, tel tribunal ou le corps législatif peuvent adopter un point de vue contraire à celui de l'exécutif, et les avis peuvent même diverger au sein d'un même pouvoir. Il peut en être ainsi en particulier de la pratique des organes infra-étatiques (par exemple dans un État fédéral); la circonspection est de mise en présence de cette pratique, comme de la jurisprudence des juridictions inférieures. Lorsque les différents organes de l'État ne parlent pas d'une même voix, la pratique étatique est ambivalente, ce qui peut fort bien en entamer le poids<sup>150</sup>.

51. Nous proposons le projet de conclusion ci-après :

## Projet de conclusion 8

### *Appréciation de la preuve de la pratique*

**1. Il n'y a aucune hiérarchie prédéterminée entre les différentes formes de pratique.**

**2. Il convient d'envisager l'ensemble de la pratique connue de l'État. On accordera moins de poids à la pratique des organes de l'État dès lors qu'ils ne parlent pas d'une même voix.**

52. *Généralité de la pratique.* « Sans doute ressort-il des termes explicites de l'Article 38, paragraphe 1 b) du Statut de la Cour, que la pratique dont il est possible de dégager la coutume générale est celle de la généralité et non de l'unanimité des États »<sup>151</sup>. En effet, pour conclure à l'existence de telle ou telle règle de droit international général coutumier, il n'est pas nécessaire d'être en présence d'une pratique unanime (universelle)<sup>152</sup> mais « fréquente »<sup>153</sup> ou, autrement dit,

<sup>149</sup> *Immunités juridictionnelles de l'État [Allemagne c. Italie; Grèce (intervenant)]*, arrêt, C.I.J. Recueil 2012, p. 99, p. 136, par. 83.

<sup>150</sup> Voir, par exemple, *Yong Vui Kong v. Public Prosecutor*, [2010] 3 S.L.R. 489 [2010] SGCA 20 (Supreme Court of Singapore – Court of Appeal, 14 mai 2010), par. 96. Selon une autre thèse ce n'est que lorsque les divergences entre la pratique suivie par les différents organes de l'État disparaissent que la pratique de cet État devient cohérente et qu'elle peut donc contribuer au développement du droit coutumier, voir M. Akehurst, *supra* note 84, p. 22.

<sup>151</sup> *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, arrêt, C.I.J. Recueil 1970, p. 3, p. 330 (opinion individuelle du juge Ammoun).

<sup>152</sup> Voir également *Plateau continental de la mer du Nord*, arrêt, C.I.J. Recueil 1969, p. 3, p. 104 (opinion individuelle du juge Ammoun) (« [Pour démontrer l'existence d'un droit international coutumier,] [i]l s'agit donc de se demander si une telle pratique est observée non certes unanimement, mais par la généralité des États [...], avec la conscience qu'ils ont de se soumettre à une obligation juridique », et p. 229 (opinion dissidente du juge Lachs) (« pour devenir obligatoire, une règle ou un principe de droit international n'a pas besoin d'être sanctionné par une acceptation universelle. Cela ressort de plusieurs déclarations de la Cour [...] Les États n'ont pas tous, comme je l'ai indiqué plus haut dans un contexte différent, l'occasion ni la possibilité d'appliquer une règle donnée. L'élément d'appréciation déterminant doit être le comportement d'un grand nombre d'États, éventuellement de la majorité des États, en tout cas de la grande majorité des États intéressés »); *Essais nucléaires (Australie c. France)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1974, p. 253, p. 435 (opinion dissidente du juge Barwick) (« Le droit coutumier ne dépend pas à mon avis d'une adhésion universelle »); *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1997, p. 7, p. 95 (opinion individuelle du juge Weeramantry) (« Certes, l'appui général de la communauté internationale ne signifie pas

suffisamment répandue<sup>154</sup>. Il ne s'agit pas là d'un critère purement quantitatif, puisqu'il faut également que la pratique dérive d'une participation largement représentative<sup>155</sup> et fasse intervenir les États particulièrement intéressés.

---

que chaque membre de la communauté des nations, à titre individuel, ait expressément donné son soutien à ce principe; cela n'est du reste pas requis pour l'établissement d'un principe de droit international coutumier ». Cette opinion est reçue par la doctrine : voir, par exemple, J. Dugard, *International Law: A South African Perspective*, 4<sup>e</sup> éd. (Juta, 2011), p. 28 (« For a rule to qualify as custom, it must receive "general" or "widespread" acceptance. Universal acceptance is not necessary »); H. Thirlway, *supra* note 38, p. 59 (« One thing that can be stated with certainty is that unanimity among all States is not a requirement, either in the sense that all States must have been shown to have participated in [the practice], or in the sense that there is evidence that the *opinio*, the view that it is a binding custom, is held by all States »).

<sup>153</sup> *Plateau continental de la mer du Nord*, arrêt, C.I.J. Recueil 1969, p. 3, p. 43, par. 74.

<sup>154</sup> Voir, par exemple, *Délimitation maritime et questions territoriales entre Qatar et Bahreïn*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 2001, p. 40, p. 102, par. 205 (où il est question d'une « pratique étatique [uniforme et] largement répandue »); *Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine*, arrêt, C.I.J. Recueil 1984, p. 246, p. 299, par. 111 (où l'on renvoie à « une pratique suffisamment étoffée et convaincante »); *Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1974, p. 3, p. 45 et 52 (opinion individuelle collective des juges Forster, Bengzon, Jiménez de Aréchaga, Nagendra Singh et Ruda) (où il est question d'un usage international « suffisamment général » ou d'une pratique des États permettant de dégager « une règle [...] qui soit suffisamment générale et uniforme »), et p. 161 (opinion individuelle du juge Petrén) (où l'on évoque la nécessité de compter « un nombre suffisamment élevé » d'États); *Kaunda et consorts c. Le Président de la République d'Afrique du Sud et consorts*, arrêt de la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud (4 août 2004), par. 29 (« [...] presently this is not the general practice of states [...] It must be accepted, therefore, that the applicants cannot base their claims on customary international law »); *2 BvR 1506/03*, décision de la Deuxième Chambre, 5 novembre 2003 (Cour constitutionnelle fédérale allemande, BVerfGE), par. 59 (« Such practice, however, is not sufficiently widespread as to be regarded as consolidated practice that creates customary international law »). Le caractère généralisé est en effet considéré comme la notion fondamentale essentielle à la détermination d'une règle coutumière universelle : J. Barboza, *supra* note 119, p. 7 ; voir aussi *Mémorandum du Secrétariat*, p. 10 (« La Commission voit dans le caractère généralisé de la pratique des États également un facteur déterminant de l'identification de la règle de droit international coutumier »).

<sup>155</sup> Voir *Plateau continental de la mer du Nord*, arrêt, C.I.J. Recueil 1969, p. 3, p. 42, par. 73 (« une participation très large et représentative [...] »), et p. 227 (opinion dissidente du juge Lachs) (« Ce calcul mathématique, si important qu'il soit déjà en lui-même, doit être complété par une analyse spectrale, pour ainsi dire, de la représentativité des États [...] Dans le monde d'aujourd'hui, en effet, il faut tenir compte d'un facteur essentiel dans la formation d'une nouvelle règle de droit international général, à savoir le fait que des États ayant des systèmes politiques, économiques et juridiques différents, des États de tous les continents, participent à ce processus »); *Mondev International Ltd v. United States of America* (CIRDI, décision, 11 octobre 2002), par. 117 (« Investment treaties run between North and South, and East and West, and between States in these spheres *inter se*. On a remarkably widespread basis, States have repeatedly obliged themselves to accord foreign investment such treatment. In the Tribunal's view, such a body of concordant practice will necessarily have influenced the content of rules governing the treatment of foreign investment in current international law »); *2 BvR 1506/03*, décision de la Deuxième Chambre, 5 novembre 2003 (Cour constitutionnelle fédérale allemande, BVerfGE), par. 50 (« a conduct that is continuous in time and as uniform as possible, and which takes place with a broad and representative participation of states and other subjects of international law with law-making authority »); *Déclaration de Londres de l'Association de droit international*, p. 23 (« For a rule of general customary international law to come into existence, it is necessary for the State practice to be both extensive and representative »);

53. On ne peut déterminer dans l'abstrait le nombre exact d'États requis aux fins de l'« analyse en quelque sorte numérique de la pratique des États »<sup>156</sup> autorisant à qualifier telle ou telle pratique « générale »<sup>157</sup>. Ce qui importe, au fond, c'est que la pratique – qui, dans certains cas, peut résulter de l'inaction – ait été le fait de l'écrasante majorité des États qui ont jusque-là eu la possibilité de le faire<sup>158</sup>, et qu'elle soit si répandue que toute autre pratique contraire soit marginale et sans effet juridique direct<sup>159</sup>. Parfois, même un nombre « respectable » d'États tenants de la pratique ne suffit pas forcément<sup>160</sup>, mais il se peut fort bien que seul un nombre relativement réduit d'États se livrent à telle pratique et que l'inaction des autres suffise à créer la règle de droit international coutumier<sup>161</sup>.

54. *États particulièrement intéressés*. Il importe de tenir dûment compte de la pratique des « États particulièrement intéressés »<sup>162</sup>, dès lors que l'on peut les

---

G.M. Danilenko, *supra* note 139, p. 94 (“The requirement of generality means that customary practice must acquire a broad and representative character”).

<sup>156</sup> Pour reprendre les termes employés par le juge Dillard dans son opinion individuelle en l'affaire *Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1974, p. 3, p. 56.

<sup>157</sup> Voir également A. Clapham, *supra* note 37, p. 59 et 60 (« This test of general recognition [among States of a certain practice as obligatory] is necessarily a vague one; but it is of the nature of customary law, whether national or international, not to be susceptible to exact or final formulation »); J. Barboza, *supra* note 119, p. 8 (« “Generality” seems to be a rather flexible notion »).

<sup>158</sup> J.L. Kunz, *supra* note 56, p. 666, et voir *infra*, par. 54, à propos des États particulièrement intéressés. Voir également R. Higgins, *supra* note 13, p. 22 (« we must not lose sight of the fact that it is the practice of the vast majority of states that is critical, both in the formation of new norms and in their development and change and possible death »). La Cour constitutionnelle fédérale allemande a déclaré qu'il suffisait que telle règle soit reconnue comme contraignante par une majorité écrasante d'États, au nombre desquels l'Allemagne ne devait pas forcément être (voir décision de la Deuxième chambre, 8 mai 2007, 2 BvM 1-5/03, 1, 2/06, par. 33: « A rule of international law is “general” within the meaning of Article 25 of the Basic Law if it is recognised by the vast majority of states (voir BVerfGE 15, 25 (34)). The general nature of the rule relates to its application, not to its content, recognition by all states not being necessary. It is equally not necessary for the Federal Republic of Germany in particular to have recognised the rule »).

<sup>159</sup> M.E. Villiger, *supra* note 84, p. 30.

<sup>160</sup> *Plateau continental de la mer du Nord*, arrêt, C.I.J. Recueil 1969, p. 3, p. 42, par. 73; voir également *Nguyen Tuong Van c. Le Procureur général* (Cour d'appel de Singapour), [2005] 1 SLR 103; [2004] SGCA 47, par. 92.

<sup>161</sup> Voir, par exemple, M. Akehurst, *supra* note 84, p. 18 (« A practice followed by a very small number of States can create a rule of customary law if there is no practice which conflicts with the rule »).

<sup>162</sup> *Plateau continental de la mer du Nord*, arrêt, C.I.J. Recueil 1969, p. 3, p. 42, par. 73 (« En ce qui concerne les autres éléments généralement tenus pour nécessaires afin qu'une règle conventionnelle soit considérée comme étant devenue une règle générale de droit international, il se peut que, sans même qu'une longue période se soit écoulée, une participation très large et représentative à la convention suffise, à condition toutefois qu'elle comprenne les États particulièrement intéressés »), p. 43, par. 74 (« la pratique des États, y compris ceux qui sont particulièrement intéressés »), et p. 175 et 176 (opinion dissidente du juge Tanaka) (« Il est indéniable que la question de la répétition se pose en termes de quantité [...] Ce que je veux souligner ici, c'est que l'important en la matière n'est pas tant le nombre [...] que la signification qu'on peut [lui] attribuer dans les circonstances [...] Nous ne pouvons pas considérer que la ratification de la Convention [sur le plateau continental] par une grande puissance maritime ou le fait qu'elle conclut une convention consacrant le principe de l'équidistance ont exactement la même importance que des actes semblables, accomplis par un

identifier. Autrement dit, pour apprécier l'existence d'une pratique internationale, il faudrait prendre en considération la pratique des États qui sont touchés ou intéressés dans une plus grande mesure que d'autres<sup>163</sup> au regard de la règle en question, ladite pratique devant avoir un poids considérable (au point de pouvoir, dans certaines circonstances, faire obstacle à l'apparition d'une nouvelle règle)<sup>164</sup>. Les États « particulièrement intéressés » s'identifient selon la règle considérée et, du reste, il est des domaines où l'on ne peut identifier précisément les États « particulièrement intéressés »<sup>165</sup>. Très souvent, les États sont tous également touchés. Certes, certains États sont souvent « particulièrement touchés »<sup>166</sup>; toutefois, conformément au

---

État sans littoral, qui n'a pas d'intérêt particulier à la délimitation du plateau continental »); voir également *Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1974, p. 3, p. 90 (opinion individuelle du juge De Castro) (« Pour la formation d'une règle nouvelle de droit international, il faut que la pratique des États, y compris ceux qui sont particulièrement intéressés, ait été en substance ou pratiquement uniforme »), et p. 161 (opinion dissidente du juge Petrán) (« Un autre élément nécessaire à la formation d'une nouvelle règle de droit coutumier manque donc : son acceptation par les États dont elle affecte les intérêts »); J. B. Bellinger et W. J. Haynes : « Réactions du Gouvernement des États-Unis à l'étude du Comité international de la Croix-Rouge sur le droit international humanitaire coutumier », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, 89 (2007), p. 443 et 445 (note 4); T. Treves, *supra* note 50, par. 36 (« While, for instance, it would be difficult to determine the existence of a rule on the law of the sea in the absence of corresponding practice of the main maritime powers, or of the main coastal States, or, as the case may be, of the main fishing States, the silence of less involved States would not be an obstacle to such determination. Similarly, rules on economic relations, such as those on foreign investment, require practice of the main investor States as well as that of the main States in which investment is made »).

<sup>163</sup> W. W. T. Worster, « The transformation of quantity into quality: critical mass in the formation of customary international law », *Boston University International Law Journal*, 31 (2013), p. 63. Meijers parle des États qui prennent une part prédominante à une activité déterminée (H. Meijers, « How is international law made? », *supra* note 124, p. 7 ; Danilenko parle quant à lui d'un intérêt particulier pour les principes et règles pertinents (G.M. Danilenko, *supra* note 139, p. 95).

<sup>164</sup> Voir, par exemple, *Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1974, p. 3, p. 47 (opinion individuelle collective des juges Forster, Bengzon, Jiménez de Aréchaga, Nagendra Singh et Ruda) (« [...] ces prétentions ont généralement entraîné des protestations ou des objections de la part d'un certain nombre d'importants États maritimes qui se livrent à la pêche lointaine – si bien qu'il n'est pas permis de dire qu'elles sont "généralement acceptées" »).

<sup>165</sup> G.M. Danilenko, *supra* note 139, p. 95 ; voir également M. Mendelson, *supra* note 124, p. 186 (« the notion of "specially affected states" is not very precise »); M. J. Aznar, « The contiguous zone as an archeological maritime zone », *International Journal of Marine and Coastal Law*, 29 (2014), p. 1 et p. 12. On trouvera une illustration du problème dans l'affaire de la Cour internationale de Justice dite *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, lorsque le juge Shahabuddeen, dans son opinion dissidente, a estimé que « [l]orsque, ce qui est en jeu, c'est la licéité de l'emploi d'une arme susceptible d'anéantir l'humanité et donc tous les États, la question de savoir quels sont les États particulièrement intéressés vise non la propriété de l'arme, mais les conséquences de son utilisation. De ce point de vue, tous les États sont également intéressés, car, à l'instar de ceux qui y habitent, ils ont tous le même droit d'exister » (*Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996*, p. 226, p. 414. Dans le même sens, voir également p. 535 et 536 (opinion dissidente du juge Weeramantry).

<sup>166</sup> De Visscher compare l'évolution du droit international coutumier à une route à travers un terrain vague : « Parmi les usagers, il en est toujours qui, plus profondément que d'autres, marquent la terre de l'empreinte de leurs pas, soit en raison de leur poids, c'est-à-dire de leur puissance en ce monde, soit parce que leurs intérêts les appellent plus fréquemment à effectuer le parcours » : C. de Visscher, *Théories et réalités en droit international public* (A. Pedone, 1953).

principe de l'égalité souveraine, ce n'est qu'à ce titre que leur pratique pourra être analysée et se voir attribuer quelque poids<sup>167</sup>.

55. *Constance de la pratique.* Pour qu'il y ait règle de droit international coutumier, il faut qu'il y ait pratique constante<sup>168</sup>. S'il est vrai que les circonstances

<sup>167</sup> Voir également *Déclaration de Londres de l'Association de droit international*, p. 26 : « There is no rule that major powers have to participate in a practice in order for it to become a rule of general customary law. Given the scope of their interests, both geographically and *ratione materiae*, they often will be "specially affected" by a practice; and to that extent and to that extent alone, their participation is necessary »; voir également *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996*, p. 226, p. 278 (déclaration du juge Shi) (« en accordant une importance indue à la pratique de cette "partie appréciable" [des "États [qui] sont des membres importants et puissants de la communauté internationale et jouent un grand rôle sur la scène internationale"] non seulement on irait à l'encontre du principe même de l'égalité souveraine des États, mais encore il deviendrait plus difficile de donner une idée exacte et juste de l'existence d'une règle coutumière »), et p. 533 (opinion dissidente du juge Weeramantry) (« Du point de vue de la création de la coutume internationale, la pratique et la politique de cinq États sur cent quatre-vingt-cinq ne semblent pas constituer une base suffisante pour la naissance d'une coutume, quelle que puisse être l'influence exercée dans le monde par ces cinq États »). Voir, toutefois, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996*, p. 226, p. 312 et 319 (opinion dissidente du juge Schwebel) (« Cette pratique nucléaire n'est pas le fait d'États "objecteurs persistants", isolés et d'importance secondaire. Ce n'est pas la pratique d'un gouvernement mis au ban de la communauté des nations ne trouvant aucun écho dans une opinion internationale d'un avis contraire. C'est la pratique de cinq des grandes puissances mondiales, des membres permanents du Conseil de sécurité et elle a été appuyée très largement pendant près de cinquante ans par leurs alliés et par d'autres États s'abritant sous leur parapluie nucléaire. Autrement dit, c'est la pratique d'États – une pratique appuyée par un nombre important et imposant d'autres États – qui, pris ensemble, représentent l'essentiel de la puissance militaire, économique, financière et technologique du monde et une très grande proportion de sa population »); *Essais nucléaires (Australie c. France), arrêt, C.I.J. Recueil 1974*, p. 253, p. 306 (opinion individuelle du juge Petren) (« Vouloir fermer les yeux devant l'attitude, à cet égard, de l'État le plus peuplé du monde témoignerait d'un manque de réalisme »); T. Buergenthal et S.D. Murphy, *supra* note 138, p. 28 (« That it [practice] does not have to be universal seems to be clear. Equally undisputed is the conclusion that, in general, the practice must be one that is accepted by the world's major powers and by states directly affected by it »).

<sup>168</sup> Voir, par exemple, *Affaire colombo-péruvienne relative au droit d'asile, arrêt du 20 novembre 1950 : C.I.J. Recueil 1950*, p. 266, p. 276 et 277 (« un usage constant et uniforme »); *Affaire du droit de passage sur territoire indien (fond), arrêt du 12 avril 1960 : C.I.J. Recueil*, p. 6, p. 40 (« une pratique constante et uniforme »); *Affaire Nottebohm (deuxième phase), arrêt du 6 avril 1955 : C.I.J. Recueil 1955*, p. 4, p. 30 (opinion dissidente du juge Klaestad); *Plateau continental de la mer du Nord, arrêt, C.I.J. Recueil 1969*, p. 3, p. 43, par. 74 (il demeure indispensable que la pratique ait été « pratiquement uniforme »); *Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande), fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1974*, p. 3, p. 90 (opinion individuelle du juge De Castro) (« Pour la formation d'une règle nouvelle de droit international, il faut que la pratique des États, y compris ceux qui sont particulièrement intéressés, ait été en substance ou pratiquement uniforme ») et p. 50 (opinion individuelle collective des juges Forster, Bengzon, Jiménez de Aréchaga, Nagendra Singh et Ruda) (« Une autre condition fondamentale qui doit être remplie pour que la pratique des États devienne une règle de droit coutumier est que cette pratique soit commune, uniforme et concordante. En conséquence, l'existence d'éléments contradictoires dans la pratique des États ou la manifestation d'un comportement incompatible avec cette pratique, surtout si elles sont imputables aux États mêmes qui sont censés suivre la coutume ou la créer, feraient obstacle à la formation d'une règle de droit coutumier »); voir également le *Mémorandum du Secrétariat*, p. 92 (« La Commission voit dans l'uniformité de la pratique des États un facteur déterminant de l'identification de la règle de droit international coutumier »). Selon un auteur, dans la pratique, les deux conditions – généralisation et uniformité – se fondent en un processus analytique unitaire. « International lawyers cannot, for example, analyze whether State practice is general without having identified a practice that is

particulières peuvent naturellement varier d'un acte à l'autre, il faut que tous les actes aient en commun une « explication de base qui ne varie pas » : c'est alors que l'on pourra parler de régularité de la conduite en question<sup>169</sup>. Si, par contre, la pratique est là pour démontrer que « chaque cas concret est finalement différent des autres [...], [l]es conditions pour la formation de principes et règles de nature coutumière donnant des prescriptions précises [...] ne sauraient donc être réunies »<sup>170</sup>. En d'autres termes, lorsque les faits révèlent « tant d'incertitude et de contradictions, tant de fluctuations et de discordances [...] un tel manque de consistance [...], et [lorsque] la pratique a été influencée à tel point par des considérations d'opportunité politique dans les divers cas [...], il n'est pas possible de dégager de tout cela une coutume constante et uniforme acceptée comme étant le droit en ce qui concerne la prétendue règle [...] »<sup>171</sup>.

56. Pour déterminer si telle pratique est constante ou non, il importe, bien entendu, d'interroger des situations effectivement comparables, suscitant des questions identiques ou analogues<sup>172</sup>. De plus, si la répétition fréquente de telle pratique

---

uniform » (D. P. Fidler, « Challenging the classical concept of custom: perspectives on the future of customary international law », *German Yearbook of International Law/Jahrbuch für Internationales Recht*, 39 (1996), p. 198 et 202).

<sup>169</sup> J. Barboza, *supra* note 119, p. 7 (« The repetition of conduct is of the essence of custom. Of course, the facts are never the same: Heraclitus used to say that we never bathe twice in the same river. The facts may change, the subjects may be different, the circumstances may vary, but there is a core of meaning that does not change. Whenever there is a repetition, there are individual facts that belong to a common genus; to speak of repetition implies a previous abstraction and elimination of a number of data belonging to the individual facts, the facts that occurred in real life. At the same time, a core of *generic meaning* is kept, i.e. a meaning that can be applied to the other situations [...] That *generic meaning* repeats itself in every precedent and establishes the content of the accepted by States concerned as law between them »); void également G.M. Danilenko, *supra* note 139, p. 96 (« any customary rule is a normative generalization from individual precedents »).

<sup>170</sup> *Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine, arrêt, C.I.J. Recueil 1984*, p. 246, p. 290, par. 81.

<sup>171</sup> *Affaire colombo-péruvienne relative au droit d'asile, arrêt du 20 novembre 1950 : C.I.J. Recueil 1950*, p. 266, p. 277; voir également *Affaire du Détroit de Corfou, arrêt du 9 avril 1949 : C.I.J. Recueil 1949*, p. 4, p. 74 (opinion dissidente du juge Krylov) (« La pratique des États en cette matière est loin d'être uniforme, et on ne peut pas constater à cet égard l'existence d'une coutume internationale ») et p. 128 (opinion dissidente du juge Ečer) (« La pratique des États était tellement variée que l'on ne pouvait y voir la preuve de l'existence d'une telle norme [de droit international coutumier] »); *Affaire des pêcheries, arrêt du 18 décembre 1951 : C.I.J. Recueil 1951*, p. 116, p. 131 (où l'on constate que « certains États » ont adopté une règle et en ont fait application, tandis que « d'autres États » ont adopté une pratique différente : « En conséquence, la règle [...] n'a pas acquis l'autorité d'une règle générale de droit international »); *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, arrêt, C.I.J. Recueil 1970*, p. 3, p. 56 et 57 (opinion individuelle du Président Bustamante y Rivero) (qui affirme que quand [la pratique] a un « caractère isolé [qui] interdit toute systématisation », l'apparition d'un droit international coutumier est « peu probable en l'espèce »); *Compétence en matière de pêcheries (République fédérale d'Allemagne c. Islande), fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1974*, p. 175, p. 212 (déclaration du juge Nagendra Singh) (des « pratiques étatiques largement divergentes et fortement discordantes [font que des règles] ne se sont pas cristallisées »); *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique), arrêt, C.I.J. Recueil 2002*, p. 3, p. 117 et 118 (opinion individuelle du juge Bula-Bula) (« Au milieu de tant de contradictions, d'attitudes incertaines qui marquent fondamentalement cette pratique unilatérale et solitaire [...], nulle norme coutumière ne saurait émerger »).

<sup>172</sup> Voir, par exemple, *Plateau continental de la mer du Nord, arrêt, C.I.J. Recueil 1969*, p. 3, p. 45, par. 79; 2 BvR 1506/03, décision de la Deuxième chambre, 5 novembre 2003 (Cour constitutionnelle fédérale allemande, BVerfGE), par. 42 (« it must be particularly taken into account that the relevant state practice and the doctrines that the Higher Regional Court has

homogène conférerait naturellement à celle-ci plus de poids, on appréciera le degré d'une telle fréquence au regard de la fréquence des circonstances dans lesquelles il y a lieu, ou il convient, de prendre la mesure constituant la pratique considérée<sup>173</sup>.

57. *Une certaine inconstance n'est pas réhabilitaire.* Il n'est pas indispensable que la pratique soit parfaitement uniforme : il ne faut pas s'exagérer l'importance des contradictions et incohérences superficielles<sup>174</sup>. Selon la Cour internationale de Justice, « [i]l ne faut pas s'attendre à ce que l'application des règles en question soit parfaite dans la pratique étatique [...]. La Cour ne pense pas que, pour qu'une règle soit coutumièrement établie, la pratique correspondante doive être rigoureusement conforme à cette règle. Il lui paraît suffisant, pour déduire l'existence de règles coutumières, que les États y conforment leur conduite d'une manière générale et qu'ils traitent eux-mêmes les comportements non conformes à la règle en question comme des violations de celle-ci et non pas comme des manifestations de la reconnaissance d'une règle nouvelle »<sup>175</sup>.

---

taken into consideration, in their overriding majority refer to situations that involve only two states. In the present case, however, legal relations exist between the Republic of Yemen, as the complainant's state of origin, the United States of America, as the requesting state of the forum, and the Federal Republic of Germany, as the requested state of residence. Accordingly, the legal consequences of the alleged violation of international law do not directly refer to criminal proceedings in the state of the forum [...] but to extradition proceedings in the requested state of residence »; *Le Procureur c. Fofana et Kondewa*, affaire n° SCSL-04-14-A, arrêt (Tribunal spécial pour la Sierra Leone, Chambre d'appel), 28 mai 2008, par. 406.

<sup>173</sup> H. Thirlway, *supra* note 38, p. 65.

<sup>174</sup> G. Fitzmaurice : « The law and procedure of the international court of justice, 1951-54: general principles and sources of law », *British Yearbook of International Law*, 30 (1953), p. 1 et 45; voir également M. Villiger, *supra* note 84, p. 44 (« [...] an overly strict test [...] would jeopardize the formation of customary international law. For example, it would mean neglecting the necessarily general character of customary law when examining the instances of practice in too much detail. Furthermore, what appears at first glance to be inconsistent practice may well contain as a common denominator a general rule, or there may at least be uniformity on partial or special rules. Once the rule has become established, it may well permit various options [...] Divergence from the rule may, in reality, point to an admissible exception [...] »); J. Crawford, *supra* note 37, p. 24 (« Complete uniformity of practice is not required, but substantial uniformity is »); D. Bodansky, *supra* note 136, p. 109 (« customary rules represent regularities, but not necessarily uniformities, of behaviour [...] mistakes and violations of rules are possible »); R. Müllerson, *supra* note 85, p. 167 (« [I]legal regulation is needed only where there are deviations from desired patterns of practice »). Selon Briggs : « [v]ariations from the concordance, generality, or consistency of a practice are grist for judicial interpretations »: H. W. Briggs, *The Colombian-Peruvian Asylum Case and proof of customary international law*, *American Journal of International Law*, 45 (1951), p. 728 et 729. Il ressort du *Mémoire du Secrétaire* que « [l]orsque la pratique internationale est reliée par un fil conducteur ou un thème commun, la présence de certaines divergences n'empêche généralement pas la Commission d'identifier une règle de droit international coutumier » (p. 13).

<sup>175</sup> *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, *C.I.J. Recueil 1986*, p. 14, p. 98, par. 186. La Cour a ajouté que « [s]i un État agit d'une manière apparemment inconciliable avec une règle reconnue, mais défend sa conduite en invoquant des exceptions ou justifications contenues dans la règle elle-même, il en résulte une confirmation plutôt qu'un affaiblissement de la règle, et cela que l'attitude de cet État puisse ou non se justifier en fait sur cette base »; voir également *Affaire colombo-péruvienne relative au droit d'asile*, arrêt du 20 novembre 1950 : *C.I.J. Recueil 1950*, p. 266, p. 336 (opinion dissidente du juge Azevedo); *Affaire du droit de passage sur territoire indien (fond)*, arrêt du 12 avril 1960 : *C.I.J. Recueil 1960*, p. 6, p. 40, et p. 104 et 107 (opinion dissidente du juge Sir Percy Spender); *Plateau continental de la mer du Nord*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1969*, p. 3, p. 229 (opinion dissidente du juge Lachs). Dans l'*Affaire des pêcheries*, « [l]a Cour estime qu'il n'y a pas lieu d'attacher trop d'importance aux quelques incertitudes ou contradictions, apparentes ou réelles, que le Gouvernement du Royaume-Uni a cru pouvoir

58. *Durée de la pratique.* Si les règles du droit international coutumier sont classiquement le fruit d'une pratique de longue durée, on s'accorde à considérer qu'il n'est prescrit aucune durée d'existence précise pour que telle pratique secrète une règle de droit international coutumier<sup>176</sup>. Comme la Cour internationale de Justice l'a déclaré dans l'affaire du *Plateau continental de la mer du Nord*, « [b]ien que le fait qu'il ne se soit écoulé qu'un bref laps de temps ne constitue pas nécessairement en soi un empêchement à la formation d'une règle nouvelle de droit international coutumier [...], il demeure indispensable que dans ce laps de temps, aussi bref qu'il ait été, la pratique des États, y compris ceux qui sont particulièrement intéressés, ait été fréquente et pratiquement uniforme [...] et se soit manifestée de manière à établir une reconnaissance générale du fait qu'une règle de droit ou une obligation juridique est en jeu »<sup>177</sup>. Certaines règles peuvent par la

---

relever dans la pratique norvégienne. Elles s'expliquent assez naturellement si l'on prend en considération la diversité des faits et des situations au cours de la longue période qui s'est écoulée depuis 1812, et ne sont pas de nature à modifier les conclusions auxquelles la Cour est arrivée » (*Affaire des pêcheries, arrêt du 18 décembre 1951 : C.I.J. Recueil 1951*, p. 116, p. 138).

<sup>176</sup> Voir, par exemple, J. Dugard, *supra* note 152, p. 27 (« In most cases some passage of time is required for a practice to crystallize into a customary rule. In some cases, however, where little practice is needed to establish a rule, it may come into existence very rapidly »); O. Corten, *Méthodologie du droit international public* (éditions de l'Université de Bruxelles, 2009), p. 150 et 151 (« Si, auparavant, la doctrine semblait exiger une pratique très ancienne, les évolutions récentes de la jurisprudence ont rendu cette condition caduque. *Ratione temporis*, une coutume peut très bien résulter d'une pratique limitée dans le temps pourvu, ajoute-t-on généralement, qu'elle soit particulièrement intense et univoque »); J.L. Kunz, *supra* note 56, p. 666 (« [...] international law contains no rules as to how many times or for how long a time this practice must be repeated »); K. Wolfke, *supra* note 93, p. 3 (« this practice no longer needs to occur for any great length of time »); *Déclaration de Londres de l'Association de droit international*, p. 20 (« [...] no precise amount of time is required »). Voir, toutefois, l'opinion individuelle du juge Sepúlveda-Amor dans *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2009*, p. 213, p. 279 : « Le temps constitue un autre élément important dans le processus de formation du droit international coutumier [...]. Affirmer l'existence d'un droit coutumier s'étant constitué sur une période aussi brève va clairement à l'encontre de la jurisprudence de la Cour en la matière » (citant l'affaire du *Droit de passage*); R. Y. Jennings, « The identification of international law », in B. Cheng (dir.) *International Law: Teaching and Practice* (Stevens & Sons, 1982), p. 3 et 5 (« Certainly practice over a more or less long period is an essential ingredient of customary law »).

<sup>177</sup> *Plateau continental de la mer du Nord, arrêt, C.I.J. Recueil 1969*, p. 3, p. 43, par. 74; voir également p. 124 (opinion individuelle du juge Ammoun), p. 230 (opinion dissidente du juge Lachs) (« En ce qui concerne le facteur temps, on a souvent, dans le passé, associé la formation du droit par l'effet de la pratique des États à l'écoulement d'une longue période de temps. Il n'est pas douteux que, dans certains cas, cela peut se justifier. Toutefois, l'accélération considérable des transformations sociales et économiques, s'ajoutant à celle du progrès scientifique et technique, place le droit devant un véritable défi – défi qu'il devra relever, sous peine d'accentuer encore son retard sur les événements [...] le fait que le droit du plateau continental se soit créé et développé en aussi peu de temps ne doit pas empêcher d'en reconnaître les principes et les règles, notamment la règle de l'équidistance, comme faisant partie du droit général »), et p. 244 (opinion dissidente du juge Sørensen) (« La Cour s'est ainsi réservé la possibilité de reconnaître l'apparition rapide d'une nouvelle règle de droit coutumier fondée sur la pratique étatique récente, fait particulièrement important eu égard au processus d'évolution extrêmement dynamique que connaît actuellement la communauté internationale »). La Cour interaméricaine des droits de l'homme a estimé, en ce qui concerne la pratique coutumière, que l'important est que la pratique soit mise en œuvre d'une manière ininterrompue et constante, et qu'il n'est pas essentiel de se comporter d'une certaine manière pendant une période déterminée (*Baena Ricardo et consorts*, arrêt du 28 novembre 2003, Cour interaméricaine des droits de l'homme (série C) n° 104 (2003), par. 104).

force des choses mettre plus de temps que d'autres à se dégager<sup>178</sup>; mais, pour autant que la pratique correspondante soit suffisamment généralisée et constante, il n'est exigé aucune durée précise<sup>179</sup>. On n'oubliera toutefois pas, dans ce contexte, que tous les États susceptibles de devenir liés par leur inaction doivent avoir le temps de rejeter telle règle et d'éviter ainsi toute acceptation implicite de leur part<sup>180</sup>.

59. Nous proposons le projet de conclusion ci-après :

## Projet de conclusion 9

### *La pratique doit être générale et constante*

- 1. Pour concourir à constituer une règle de droit international, la pratique correspondante doit être générale, c'est-à-dire suffisamment répandue et représentative, sans être forcément universelle.**
- 2. La pratique doit être généralement constante.**
- 3. Il n'est prescrit aucune durée précise, pour autant que la pratique soit suffisamment générale et constante.**
- 4. Pour déterminer l'existence d'une pratique, on prendra dûment en considération la pratique des États particulièrement intéressés.**

<sup>178</sup> Voir H. Thirlway, *supra* note 38, p. 64 (« If the issue to be resolved arises frequently, and is regulated in essentially the same way on each occasion, the time required may be short; if the issue arises only sporadically, it may take a longer time for consistency of handling to be observable [...] It is in fact the consistency and repetition rather than the duration of the practice that carries the most weight. »); voir également H. Lauterpacht, « Sovereignty over submarine areas », *British Yearbook of International Law*, 27 (1950), p. 376 et 393 (« The "evidence of a general practice accepted as law" – in the words of Article 38 of the Statute – need not be spread over decades. Any tendency to exact a prolonged period for the crystallization of custom must be proportionate to the degree and the intensity, of the change that it purports, or is asserted, to effect »); H. Li, *Guoji Fa De Gainian Yu Yuanyuan* (Notions et sources de droit international) (Guizhou People's Press, 1994), p. 91 (cité dans : C. Cai, « International investment treaties and the formation, application and transformation of customary international law rules », *Revue chinoise de droit international*, 7 (2008), p. 659 et 661).

<sup>179</sup> Voir également I. Brownlie, *supra* note 121, p. 19 ; E. Jiménez de Aréchaga, cours général de droit international public, 159, *Recueil des Cours* (1978), p. 25 (« The Court's acceptance of a quickly maturing practice shows that the traditional requirement of duration is not an end in itself but only a means of demonstrating the generality and uniformity of a given State practice »); L. B. Sohn, « Unratified treaties as a source of customary international law », in A. Bos and H. Siblesz (dir.) *Realism in Law-Making: Essays in International Law in Honour of Willem Riphagen* (Martinus Nijhoff, 1986), p. 231 et 234 (« The length of time over which a practice has endured is not crucial for formation of custom. More important is the strength of other factors – frequency and repetition of the practice, number of States that have engaged in the practice, and the relative strength of opposing practice »); S. Rosenne, *supra* note 79, p. 55 (« It is not necessary that this line of conduct should have been pursued over a long period of time, although assertions of "quickie" or spontaneous production of customary rules must be treated with reserve. It is more important to establish that there is widespread acceptance of the view that such conduct is in conformity with the law and is required by the law, together with experience of actual conduct consonant therewith »). Cf. M. P. Scharf, *Customary International Law in Times of Fundamental Change: Recognizing Grotian Moments* (Cambridge University Press, 2013).

<sup>180</sup> H. Meijers, *supra* note 124, p. 23 et 24 (« [a]ll states that fall within the potential reach of the nascent rule must get an opportunity to protest against its emergence »). Voir toutefois G. Arangio-Ruiz, *supra* note 17, p. 100 (« Particularly nowadays any action or omission of a State is known all over the world with the immediateness of a ray of light »).

## VI. « Acceptée comme étant le droit »

60. On appelle couramment « *opinio juris* » ou « *opinio juris sive necessitatis* » le second élément nécessaire à la formation et à la détermination du droit international coutumier – l’acceptation de la « pratique générale » comme étant le droit. Cet « élément subjectif » du droit international coutumier suppose fondamentalement que la pratique en question soit motivée par « l’idée [...] selon laquelle une telle action était prescrite par le droit »<sup>181</sup>. Les États doivent « croi[re] appliquer une règle de droit international coutumier à caractère obligatoire »<sup>182</sup>, ou, autrement dit, « [se sentir] juridiquement tenus par une règle obligatoire de droit coutumier [d’accomplir l’acte en question] »<sup>183</sup>. Il s’agit là du « point de vue interne »<sup>184</sup> grâce auquel des constantes de comportement peuvent se cristalliser en règle de droit, et qui permet d’établir une distinction entre droit et non-droit<sup>185</sup>. Comme l’a déclaré le juge Chagla, « [...] en droit international, il faut beaucoup plus [qu’une accumulation de nombreux exemples] pour qu’il y ait coutume [...]. Il ne suffit pas d’apporter la preuve de sa manifestation extérieure; il est également important d’en établir l’élément moral ou psychologique. C’est cet élément essentiel qui distingue la coutume d’une simple pratique ou d’un usage. Lorsque les parties agissent ou s’abstiennent d’agir d’une certaine manière, elles doivent avoir le sentiment d’obéir à une obligation. Cette obligation doit avoir à leurs yeux la même force que la loi

<sup>181</sup> M. O. Hudson, *The Permanent Court of International Justice, 1920-1942: – a Treatise* (Macmillan, 1943), p. 609.

<sup>182</sup> *Plateau continental de la mer du Nord, arrêt, C.I.J. Recueil 1969*, p. 3, p. 44 et 45, par. 76.

<sup>183</sup> *Ibid.*, p. 44 et 45, par. 78.

<sup>184</sup> D. Bodansky, *supra* note 136, p. 109.

<sup>185</sup> Une pratique non assortie d’un tel sentiment d’obligation ne contribue pas au droit international coutumier; voir également *Plateau continental de la mer du Nord, arrêt, C.I.J. Recueil 1969*, p. 3, p. 44, par. 77 (« Non seulement les actes considérés doivent représenter une pratique constante, mais en outre ils doivent témoigner, par leur nature ou la manière dont ils sont accomplis, de la conviction que cette pratique est rendue obligatoire par l’existence d’une règle de droit. La nécessité de pareille conviction, c’est-à-dire l’existence d’un élément subjectif, est implicite dans la notion même d’*opinio juris sive necessitatis* »); *Immunités juridictionnelles de l’État [Allemagne c. Italie; Grèce (intervenant)], arrêt, C.I.J. Recueil 2012*, p. 99, p. 123, par. 55 (« S’il est vrai que les États décident parfois d’accorder une immunité plus large que ne l’impose le droit international, le fait est que, aux fins de la présente instance, la reconnaissance de l’immunité en pareil cas n’est pas assortie de l’*opinio juris* requise et, partant, n’éclaire pas la question dont la Cour est saisie »); voir également H.W.A. Thirlway, *supra* note 81, p. 48 (« while the requirement of *opinio juris* does undoubtedly give rise to many problems in practice [...] it is admittedly difficult to distinguish between usage which has become binding as customary law and usage which has not [...] without allowing the psychological element in the creation of custom to creep back into the discussion by a devious route and under another name »). En ce qui concerne l’importante fonction que remplit l’*opinio juris* en empêchant une pratique générale considérée ordinairement comme indésirable de devenir une disposition du droit international coutumier, voir C. Dahlam, « The function of *opinio juris* in customary international law », *Nordic Journal of International Law*, 81 (2012), p. 327 à 339. Villiger a fait observer ce qui suit : « In addition, the *opinio* serves in particular to distinguish violations of the customary rule from subsequent modifications to the rule – a test not without its significance in view of the dynamic nature of customary international law. As long as the previous *opinio* has not been eroded, and the new *opinio* is not established, the diverging practice remains a form either of persistent or subsequent objection » (M.E. Villiger, *supra* note 84, p. 48).

[...] il faut qu'un sentiment de contrainte – non pas physique mais juridique – l'emporte sur tout »<sup>186</sup>.

61. *Autres raisons d'agir.* On distinguera l'acceptation d'une pratique générale « comme étant le droit » d'autres éléments, de nature extrajuridique, que l'État peut prendre en considération en ce qui concerne la pratique en question. Pour déterminer si telle règle de droit international coutumier existe, il convient donc d'établir que la pratique considérée n'était pas (exclusivement) motivée par des « considérations de courtoisie, de bon voisinage et d'opportunité politique »<sup>187</sup> ou « d'opportunité ou de tradition »<sup>188</sup>. Il faut que les États aient reconnu la règle « à

<sup>186</sup> *Affaire du droit de passage sur territoire indien (fond), arrêt du 12 avril 1960 : C.I.J. Recueil 1960*, p. 6, p. 120 (opinion dissidente du juge Chagla, qui se réfère à la coutume locale mais utilise à cet égard le libellé général de l'alinéa b) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour).

<sup>187</sup> *Affaire colombo-péruvienne relative au droit d'asile, arrêt du 20 novembre 1950 : C.I.J. Recueil 1950*, p. 266; voir p. 285 et p. 286 (où la Cour ajoute que « des considérations de convenance ou de simple opportunité politique semblent avoir déterminé l'État territorial à reconnaître l'asile sans que cette décision lui fût dictée par le sentiment d'un devoir juridique quelconque »); voir également *Affaire du droit de passage sur territoire indien (Exceptions préliminaires), arrêt du 26 novembre 1957 : C.I.J. Recueil 1957*, p. 125, p. 177 (opinion dissidente du juge Chagla) (« [l'État] doit faire plus : il doit démontrer qu'il avait bénéficié [de la pratique considérée] en tant que droit et non en tant que faveur ou concession »); *Essais nucléaires (Australie c. France), arrêt, C.I.J. Recueil 1974*, p. 253, p. 305 (opinion individuelle du juge Petren) (« [le fait de s'abstenir d'un comportement doit être] motivé [] non par des considérations d'ordre politique ou économique mais par la conviction que [...] [le comportement en question est] interdit [] par le droit international coutumier »); *Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique) fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986*, p. 14, par. 109 (où la Cour oppose « l'exposé de considérations de politique internationale » à « l'affirmation de règles du droit international actuel »); *affaire relative aux droits des ressortissants des États-Unis d'Amérique au Maroc, arrêt du 27 août 1952 : C.I.J. Recueil 1952*, p. 176, p. 221 (opinion dissidente des juges Hackworth, Badawi, Levi Carnero et Sir Benegal Rau) (mentionnant l'affirmation par les États-Unis selon laquelle « l'usage était tout au moins un fondement juridique de leurs droits [...] [et qu'] [i]l ne s'agi[ssait] donc pas d'une simple "tolérance gracieuse" »); *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996*, p. 226, p. 423 et 424. (opinion dissidente du juge Shahabuddeen) (« Il faut également avoir à l'esprit qu'il ne suffit pas de prouver des actes ou des omissions dont on prétend qu'ils constituent une pratique des États mais qu'il faut encore les interpréter. Le fait que des États ont le sentiment que la réalité les contraint à agir comme ils le font ne suffit pas à exclure qu'on interprète leurs actes comme faisant partie de la pratique des États, à condition toutefois qu'ils agissent en ayant la conviction de se conformer à ce qu'ils considèrent comme une obligation juridique [...] »); *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique), arrêt, C.I.J. Recueil 2002*, p. 3, p. 145 (opinion dissidente de la juge Van den Wyngaert) (« Une "pratique négative" des États, consistant pour ceux-ci à s'abstenir d'engager les poursuites pénales, ne saurait, en tant que telle, être considérée comme la manifestation d'une *opinio juris*. Cette abstention peut obéir à bien d'autres motivations, relevant, par exemple, de la courtoisie, de considérations politiques, de préoccupations d'ordre pratique ou de l'absence d'une compétence pénale extraterritoriale. Elle ne pourrait être à l'origine d'une règle de droit international coutumier que si elle procédait d'une décision consciente de la part des États concernés »); C. de Visscher, *supra* note 166, p. 149 (« Governments attach importance in distinguishing between custom, by which they hold themselves bound, and the mere practices often dictated by considerations of expediency and therefore devoid of definite legal reasoning. The fact that this is often a political interest is no reason for denying its significance »).

<sup>188</sup> *Plateau continental de la mer du Nord, arrêt, C.I.J. Recueil 1969*, p. 3, p. 44, par. 77 (« Il existe nombre d'actes internationaux, dans le domaine des protocoles par exemple, qui sont accomplis presque invariablement mais sont motivés par de simples considérations de courtoisie, d'opportunité ou de tradition, et non par le sentiment d'une obligation juridique »); voir également *Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne/Malte), arrêt, C.I.J. Recueil 1985*, p. 13, p. 69 (opinion individuelle de M. Sette-Camara, Vice-Président) (« On peut, à l'appui du

titre d'obligation juridique et non simplement par tolérance réciproque ou par courtoisie »<sup>189</sup>. L'acceptation d'une pratique « comme étant le droit » avec des considérations d'ordre social ou économique, bien que celles-ci puissent tout à fait jouer, en particulier lors de la mise en place de la pratique en question<sup>190</sup>.

62. Il ne faut pas non plus conclure de ce que telle pratique soit (exclusivement) dictée par la nécessité de respecter des obligations conventionnelles (ou d'autres obligations de caractère extracoutumier) qu'elle est « acceptée comme étant le droit »<sup>191</sup> : que les parties à un traité agissent conformément à leurs obligations conventionnelles ne démontre généralement pas l'existence d'une *opinio juris*<sup>192</sup>. En

---

principe de distance, parler de raisons d'opportunité politique et diplomatique. Mais on ne peut pas invoquer l'*opinio juris sive necessitatis* »).

<sup>189</sup> *Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1974, p. 3, p. 58 (opinion individuelle du juge Dillard).

<sup>190</sup> Voir également *Plateau continental de la mer du Nord*, arrêt, C.I.J. Recueil 1969, p. 3, p. 23 (où la Cour indique, à propos de la méthode de délimitation maritime fondée sur l'équidistance : « En somme, il est probablement exact qu'aucune autre méthode de délimitation ne combine au même degré les avantages de la commodité pratique et de l'incertitude dans l'application. Toutefois, cela ne suffit pas à transformer une méthode en règle de droit et à rendre obligatoire l'acceptation de ces résultats chaque fois que les parties ne se sont pas mises d'accord sur d'autres dispositions [...]. Juridiquement, si une telle règle existe, sa valeur en droit doit tenir à autre chose qu'à ces avantages, si importants soient-ils »; *Sud-Ouest Africain, deuxième phase*, arrêt, C.I.J. Recueil 1966, p. 6, p. 34 (« Des considérations humanitaires peuvent inspirer des règles de droit [...]. De telles considérations ne sont cependant pas en elles-mêmes des règles de droit. Tous les États s'intéressent à ces questions; ils y ont un intérêt, mais ce n'est pas parce qu'un intérêt existe que cet intérêt a un caractère spécifiquement juridique »).

<sup>191</sup> Voir également O. Schachter, « Entangled treaty and custom » in Y. Dinstein et M. Tabory (dir.), *International Law at a Time of Perplexity: Essays in Honour of Shabtai Rosenne*, (Martinus Nijhoff, 1989), p. 717 et 729; A. Orakhelashvili, *The Interpretation of Acts and Rules in Public International Law* (Oxford University Press, 2008), p. 81 (« Practice in compliance with some other extra-customary rule will not be independent evidence of customary *opinio juris*, as was established in the *North Sea Case* »). Baxter a relevé un paradoxe à cet égard, selon lequel lorsque la reconnaissance expresse du traité augmente, le nombre d'États non parties à ce traité et dont la pratique est pertinente diminue (R. R. Baxter, « Treaties and customs », 129 *Recueil des Cours* (1970), p. 27 et 73; voir également R. Cryer, « Of custom, treaties, scholars and the gavel: the influence of the International Criminal Tribunals on the ICRC Customary Law Study », *Journal of conflict and Security Law*, 11 (2006), p. 239 et 244 (« In some ways, it can be more difficult to appraise practice in relation to a norm that has a pre-existing treaty basis, as the practice of parties to the treaties *inter se* can be attributed to the existence of the treaty »).

<sup>192</sup> Voir, par exemple, *Plateau continental de la mer du Nord*, arrêt, C.I.J. Recueil 1969, p. 3, p. 44, par. 76 (« plus de la moitié des États intéressés, qu'ils aient agi unilatéralement ou conjointement, étaient, ou sont bientôt devenus, parties à la Convention de Genève et il est donc permis de supposer que leur action s'inscrivait en fait ou virtuellement dans le cadre de l'application de la Convention. On ne saurait donc légitimement en déduire qu'il existe une règle de droit international coutumier [...] »); *Affaire relative aux droits des ressortissants des États-Unis d'Amérique au Maroc*, arrêt du 27 août 1952 : C.I.J. Recueil 1952, p. 176, p. 199 et 200 (« au cours de l'ensemble de cette période [de 150 ans], la juridiction consulaire des États-Unis a été en fait fondée, non pas sur la coutume ou l'usage, mais sur les droits conventionnels [...] [les éléments examinés par la Cour] ne suffise[nt] pas pour établir que les États exerçant la juridiction consulaire en application de leurs droits conventionnels possédaient en outre un titre indépendant à cette juridiction, fondé sur la coutume ou l'usage »); *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 14, p. 521 (opinion dissidente du juge Jennings) (« [...] il est manifestement difficile de déceler, dans le comportement des quelques rares États qui ne sont pas parties à la Charte, le moindre indice de "pratique" pertinente en la matière. En outre, le

revanche, que tels États agissent en conformité avec un traité par lequel ils ne sont pas (encore) liés ou en appliquent les dispositions à l'égard d'États qui n'y sont pas parties peut établir l'existence de l'acceptation « comme étant le droit »<sup>193</sup>. Il peut en être également ainsi lorsque des États non parties à un traité agissent conformément aux dispositions dudit traité; ainsi de certains États non parties à la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer<sup>194</sup>.

63. Lorsque les États peuvent « librement recourir [à un faisceau de méthodes] afin de concilier leurs intérêts respectifs », rien ne permet généralement de déceler dans l'usage de l'une ou l'autre méthode « l'*opinio juris* fondée sur la conscience qu'ont les États du caractère obligatoire de la pratique appliquée »<sup>195</sup>. En d'autres termes, « la pratique des États ne permet de formuler aucune règle générale de droit » lorsque ces États sont en mesure de choisir telle pratique qui répond à leur situation propre (et n'ont donc pas reconnu comme obligatoire telle ou telle pratique)<sup>196</sup>.

64. L'acceptation d'une pratique générale comme étant le droit doit généralement être le fait des États intéressés, c'est-à-dire à la fois ceux qui se livrent à la pratique en question et ceux qui sont en mesure de y répondre : « ou bien les États agissant de la sorte ou bien d'autres États en mesure de réagir doivent s'être comportés d'une façon qui témoigne "de la conviction que cette pratique est rendue obligatoire par l'existence d'une règle de droit" »<sup>197</sup>. Étant donné la réalité moderne, caractérisée

---

comportement de tous les autres États, ainsi que l'*opinio juris* dont ce comportement pourrait par ailleurs témoigner, s'explique assurément par le fait que ces États sont liés par la Charte elle-même »); *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2012, p. 422, p. 479 (opinion individuelle du juge Abraham) (« une telle approche ne démontre pas l'existence d'une *opinio juris*, c'est-à-dire de la conviction qu'il existe une obligation [...] en dehors de tout engagement conventionnel »); *le Procureur c. Delalić et consorts*, affaire n° IT-96-21-T, arrêt (Chambre de première instance du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie), 16 novembre 1998, par. 302. La Cour suprême des États-Unis a de même fait une référence, dans l'affaire *The Paquete Habana*, (1900) à l'existence d'une règle de droit international « indépendamment de tout acte public exprès, notamment conventionnel » : 175 U.S. 677, 708. Voir également P. Tomka, *supra* note 24, p. 204 (« This will not often be a problem in regard to determining whether the convention codified a pre-existing rule of law, given the extensive preparatory work and opportunities for explicit comments throughout the process of adopting a codification convention, as well as the circumstances of the adoption, which will shed light on this issue »).

<sup>193</sup> Voir, par exemple, la référence faite à la pratique du Venezuela dans l'*Affaire colombienne relative au droit d'asile*, arrêt du 20 novembre 1950 : C.I.J. Recueil 1950, p. 266, p. 370 (opinion dissidente du juge Caicedo Castilla).

<sup>194</sup> Dans l'affaire *Pérou c. Chili*, portée devant la Cour internationale de Justice, l'agent du Pérou a déclaré que son pays acceptait et appliquait les règles coutumières du droit international de la mer, telles que consacrées dans la Convention du droit de la mer : *Différend maritime (Pérou c. Chili)*, CR.2012/34, p. 43, par. 10 (Wagner).

<sup>195</sup> *Plateau continental de la mer du Nord*, arrêt, C.I.J. Recueil 1969, p. 3, p. 127 (opinion individuelle du juge Fouad Ammoun). À moins, bien évidemment, que la règle elle-même permette d'envisager plusieurs façons de procéder.

<sup>196</sup> *Affaire des pêcheries*, arrêt du 18 décembre 1951 : C.I.J. Recueil 1951, p. 116, p. 131.

<sup>197</sup> *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 14, p. 109 (citation omise); voir également *Affaire du droit de passage sur territoire indien (fond)*, arrêt du 12 avril 1960 : C.I.J. Recueil 1960, p. 6, p. 21 (opinion dissidente du juge Chagla) (« Il faut que l'autre partie ait aussi clairement conscience d'une obligation ... »); *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, arrêt, C.I.J. Recueil 1970, p. 3, p. 315 (opinion individuelle du juge Ammoun) (« un

par la multiplicité des instances multilatérales, il y aurait lieu pour compléter cette quête de ce que d'aucuns appellent « l'*opinio juris* isolée » ou y concourir, de rechercher s'il existe une « *opinio juris* concertée ou générale »<sup>198</sup>, c'est-à-dire, une certaine pratique acceptée comme étant le droit (ou non), selon un consensus général des États<sup>199</sup>. Tout comme il est plus facile d'interroger telle pratique suivie ensemble par des États, on pourrait sans doute ainsi déterminer plus facilement si les membres de la communauté internationale s'accordent effectivement ou divergent quant au caractère contraignant de telle ou telle pratique donnée.

65. Si l'idée selon laquelle il faut qu'une pratique habituelle soit acceptée comme étant le droit pour qu'elle se transforme en règle juridique est très ancienne<sup>200</sup>, la

---

usage ne contribue à la formation de la règle coutumière que si l'État qui s'en prévaut ou cherche à l'imposer et celui qui s'y soumet ou le subit ont ... l'un et l'autre conscience que cet usage est l'expression d'une obligation juridique à laquelle nul d'entre eux ne saurait se soustraire; H. Thirlway, *supra* note 38, p. 70 et 71. Des auteurs ont parfois avancé, en revanche, que c'est principalement l'*opinio juris* de soit l'un, soit l'autre des deux groupes d'États qui est la plus importante. En ce qui concerne la thèse selon laquelle c'est l'*opinio juris* des États « visés par la pratique » qui est la plus importante, on pourra consulter, par exemple, K. Wolfke, *supra* note 6, p. 44 et 47 (« For a typical custom it suffices that the acceptance of the practice as law should be presumed upon all circumstances of the case in question, above all on the attitude, hence conduct, of the accepting states to be bound by the customary rule ... It should be added that the requirement of any "feeling of duty" or "conviction" on the part of the acting state is even somewhat illogical, since what is legally important is only the reaction of other states to the practice, in particular, whether they consider it as required by law or legally permitted »); I. C. MacGibbon, « Customary international law and acquiescence », *British Yearbook of International Law*, 33 (1957), p. 115 et 126 (« The *opinio juris* is, of course, relevant to the formation of customary rights, but only from the standpoint of the States affected by the exercise of the right in question [...] »).

<sup>198</sup> Voir, par exemple, G.M. Danilenko, *supra* note 139, p. 102 à 107.

<sup>199</sup> Voir également A. Pellet *supra* note 17, p. 819 (citant plusieurs affaires, l'auteur indique que parallèlement à la pratique, la Cour internationale de Justice s'en remet généralement à une opinion générale, et non à celle d'États considérés isolément; E. Jiménez de Aréchaga, *supra* note 179, p. 11 (« [The International Court] has searched for the general consensus of States instead of adopting a positivist insistence on strict proof of the consent of the defendant State »); P. B. Casella, « Contemporary trends on *opinio juris* and the material evidence of customary international law », Conférence Amado de 2013 donnée à la Commission (le texte de la Conférence peut être obtenu auprès du Rapporteur spécial) (« *Opinio juris* is no longer to be viewed as individual opinion of one or of certain states, but presently as collective statements, issued by the international community, as a whole, or a substantial part of it »); J. Charney, « Remarks on the contemporary role of customary international law », *Proceedings of the Third Joint Conference of the American Society of International Law and the Koninklijke Nederlandse Vereniging voor Internationaal Recht* (1995), p. 21 (« Some maintain that individual States must choose to accept the norm as law. But clearly acceptance is required only by the international community and not by every individual State and other international legal persons »). Le juge Meron, dans son opinion partiellement dissidente dans *Nahimana et al. c. le Procureur* (Chambre d'appel du Tribunal pénal international pour le Rwanda) estime que lorsqu'un « consensus entre États n'est pas cristallisé, il n'y a à l'évidence pas de norme de droit international coutumier » (affaire n° ICTR-99-52-A, 28 novembre 2007, par. 5 à 8); voir également *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996*, p. 226, p. 315, (opinion dissidente du juge Schwebel) (« [des] protestations véhémentes et [des] réserves de droit, comme le montrent les résolutions successives de l'Assemblée générale (...) empêch[ent] la naissance ou le maintien d'une *opinio juris* in sens contraire »).

<sup>200</sup> Crawford, citant l'ouvrage d'Isidore de Séville (circa 540-636 E.C.) *Etymologiae, Liber V : De Legibus et Temporibus*, chap. 3, par. 3 et 4, relève ce qui suit : « Custom as law is established by

formule latine *opinio juris sive necessitatis* est quant à elle d'origine bien plus récente. Cette formule, qui s'entend littéralement de la « conviction (ou opinion) de droit ou de nécessité »<sup>201</sup>, est « l'appellation consacrée »<sup>202</sup> de l'élément subjectif, étant généralement abrégée sous la forme « *opinio juris* », ce qui est sans doute « important en soi. On considère d'ordinaire qu'il faut qu'il existe une opinion quant au droit, selon laquelle le droit est, ou est en train de devenir, tel qu'il prescrit ou autorise telle ou telle action donnée »<sup>203</sup>.

---

moral habits, which is accepted as law when written law is lacking : it does not make a difference whether it exists in writing or reason, since reason too commits to law ... Custom is so called because it is in common usage » (J. Crawford, *supra* note 37, p. 26). On trouvera une « généalogie intellectuelle » de « l'ingrédient supplémentaire » du droit international coutumier dans E. Kadens et E. A. Young, « How customary is customary international law? », *William & Mary Law Review*, 54 (2013), p. 885 à 920.

<sup>201</sup> Thirlway a proposé la traduction ci-après, « compte tenu de son application en droit » : « l'opinion (ou la conviction) selon laquelle ce qui est en jeu est (ou, sans doute, devrait être) prescrit par le droit, ou nécessaire » (H. Thirlway, *supra* note 38, p. 57).

<sup>202</sup> S. Rosenne, *supra* note 79, p. 55.

<sup>203</sup> H. Thirlway, *supra* note 38, p. 78; voir également L. Millán Moro, *supra* note 38; R. Huesa Vinaixa, *El Nuevo Alcance de la « Opinio Juris » en el Derecho Internacional Contemporáneo* (Tirant lo Blanch, 1991). Selon certains auteurs l'*opinio juris* a un rôle plus étendu, non limité à celui que lui confère généralement le droit international coutumier : voir, par exemple, l'opinion dissidente du juge Cançado Trindade dans l'affaire *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie : Grèce intervenante)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2012*, p. 99, p. 283, par. 290 (« il ne faut pas adopter une vue très restrictive de l'*opinio juris*, en la réduisant à l'élément subjectif de la coutume et en l'éloignant des principes généraux du droit »).

66. Les auteurs qui ont tenté d'explicitier le sens et la fonction du concept d'*opinion juris* ont dû faire face non seulement à son flou linguistique et son origine incertaine<sup>204</sup>, mais aussi aux écueils d'ordre théorique auxquels se heurte de longue date toute tentative pour appréhender précisément le jeu incertain par lequel tel comportement systématique de l'État acquiert force de loi<sup>205</sup>. En particulier, d'aucuns se sont demandés si l'élément subjectif caractérise effectivement la conviction (ou l'opinion) des États ou davantage leur consentement (ou leur volonté)<sup>206</sup>. D'autres auteurs ont évoqué le « paradoxe » de l'*opinio juris*, y voyant un « raisonnement circulaire » qui laisse sans réponse la question de savoir comment de nouvelles règles de droit international coutumier peuvent se dégager si la pratique correspondante doit s'accompagner de la conviction qu'elles ont déjà force de loi<sup>207</sup>. D'autres auteurs encore ont mis en doute l'idée même que les États puissent avoir une conviction<sup>208</sup> ou que l'on puisse établir une telle motivation

<sup>204</sup> Voir, par exemple, M. Mendelson, *supra* note 124, p. 914 et 207 (« it is submitted that the linguistic incoherence of the phrase *opinion juris sive necessitatis* reflects a certain incoherence of the thought behind it [...] for its part, [it] is a phrase of dubious provenance and uncertain meaning »).

<sup>205</sup> Voir également E. Kadens et E.A. Young, *supra* note 200, p. 209, (« The central problem of custom concerns the “extra ingredient” necessary to transform a repetitive practice into a binding norm. And a central lesson of our historical discussion is that this has *always* been the central problem »).

<sup>206</sup> Comme l'a relevé la doctrine, la Cour permanente de justice internationale et la Cour internationale de Justice ont invoqué les deux notions de volonté et de conviction (voir, respectivement, *Affaire du « Lotus » (France c. Turquie)*, C.P.I.J. 1927, *Recueil des arrêts* (série A), n° 10, p. 18; *Plateau continental de la mer du Nord*, arrêt, C.I.J. *Recueil* 1969, p. 3, p. 44, par. 77. Pour des tentatives pour concilier ces deux notions, voir, par exemple, la *Déclaration de Londres de l'Association de droit international*, p. 30 (« It is possible to achieve an elision or apparent reconciliation of these two approaches by using such terms as “accepted” or “recognized” as law »); O. Elias, « The nature of the subjective element in customary international law », *International and Comparative Law Quarterly*, 44 (1995), p. 501 à 520.

<sup>207</sup> Voir, par exemple, H. Kelsen « Théorie du droit international coutumier », *Revue internationale de la théorie du droit*, X (1939), p. 253 et 262 à 265, in C. Leben, *Hans Kelsen : écrits français de droit international* (Presses universitaires de France, 2001), p. 61; voir également H. Taki, « *Opinio juris* and the formation of customary international law: a theoretical analysis », *German Yearbook of International Law*, 51 (2008), p. 447 et 450. (On trouvera des propositions de solution au « paradoxe » susmentionné dans T. Maluwa, « Custom, authority and law: some jurisprudential perspectives on the theory of customary international law », *African Journal of International and Comparative Law*, 6 (1994), p. 387 à 410; A. Verdross, « Entstehungsweisen und Geltungsgrund des universellen völkerrechtlichen Gewohnheitsrechts », *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 29 (1969), p. 635 à 653; J. Tasioulas, « *Opinio juris* and the genesis of custom: a solution to the “paradox” », *Australian Year Book of International Law*, 26 (2007), p. 199 à 205; D. Lefkowitz, « (Dis)solving the chronological paradox in customary international law: a Hartian approach », *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 21 (2008), p. 129 à 148; A.A. D'Amato, *supra* note 66, p. 52 et 53 ; B. D. Leppard, *Customary International Law: A New Theory with Practical Implications* (Cambridge University Press, 2010), p. 112; O. A. Elias et C. L. Lim, *The Paradox of Consensualism in International Law* (Kluwer Law International, 1998), p.3 à 21.

<sup>208</sup> Voir, par exemple, A. D'Amato, *supra* note 83, p. 471 (« it is an anthropomorphic fallacy to think that the entities we call states can “believe” anything; thus, there is no reason to call for any such subjective and wholly indeterminate test of belief when one is attempting to describe how international law works and how its content can be proved »); B. Cheng, « Custom: the future of general State practice in a divided world », in R.St.J. Macdonald et D.M. Johnston (dir.), *The Structure and Process of International Law: Essays in Legal Philosophy Doctrine and Theory* (Martinus Nijhoff, 1983), p. 513 à 530 (« In the first place, there is the question

profonde<sup>209</sup>. Plusieurs auteurs soutiennent que l'*opinio juris* doit être regardée comme étant l'expression de principes et de morale<sup>210</sup>, d'autres contestent l'intérêt de telles considérations dans le présent contexte<sup>211</sup>. Ces débats d'école ou autres, « après » selon un auteur<sup>212</sup>, traduisent souvent de plus vives controverses touchant généralement le droit (international)<sup>213</sup>. L'élément subjectif du droit international

---

wether states, being legal entities, can “think”, but this is a simple matter of imputability in international law. If states can “act” and “commit illegal acts” through their agents, why can they not “think”? Are theirs all mindless acts? The next question is, can we really establish the thought of man, let alone that of a legal person? This is an old chestnut. In law, one has no difficulty in ascertaining the “intention of the parties”, the “intention of the legislator”, *mens rea*, “willfulness”, and a host of other psychological elements everyday. In law, these psychological elements need not correspond to reality. They are simply what, in lawyers’ logic, are deductible from what has been said or done »).

<sup>209</sup> M. Akehurst, *supra* note 84, p. 36 (« The traditional view seeks evidence of what States believe; the present author prefers to look for statements of belief by States »); H. Taki, *supra* note 207, p. 447 (« it is possible to solve the “problem of proof” by means of inferring the inner consciousness of the acting individual from some external phenomena (for example observable conduct) »); J. L. Slama, « *Opinio juris* in customary international law », *Oklahoma City University Law Review*, 15 (1990), p. 603 et 656 (« A state’s actions, express statements, consent, acquiescence, protests, or lack of protests, are all objective factors capable of manifesting *opinio juris* »).

<sup>210</sup> Voir, par exemple, R. Wolfrum, « Sources of international law », dans *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (2012), par. 25 (« *Opinio juris*, the belief that a certain conduct is required or permitted under international law, is in fact a conviction that such conduct is just, fair, or reasonable and for that reason is required under law »).

<sup>211</sup> Voir, par exemple, Skubiszewski, *supra* note 84, p. 838 (« The assertions of a right by one State or States, the toleration or admission by others that the former are entitled to that right, the submission to the obligation – these are phenomena that are evidence of the States’ opinion that they have moved from the sphere of facts into the realm of law. For rights and duties here have a strictly and exclusively *legal* connotation, and not moral, ethical, or one dictated by courtesy of convenience »); M. Akehurst, *supra* note 84, p. 37 (« A statement that something is morally obligatory may help to create rules of international morality; it cannot help to create rules of international law »).

<sup>212</sup> I.C. MacGibbon, *supra* note 197, p.125.

<sup>213</sup> Voir également M. Mendelson, *supra* note 124, p. 177 (« One reason why the controversies have continued for so long without resolution is that the holders of different theories are able to find in the phenomenon what they want to see, thereby strengthening their pre-conceptions »); K. Wolfke, *supra* note 6, p. 44 (« the differences of opinion on this subjective element of custom are closely combined with endless disputes on what is international law in general and on the so-called “basis of binding force” of that law »); J. Klabbers, *supra* note 128, p. 180 (« More importantly perhaps, the very idea of customary law provokes all sorts of debates not just because of the practical relevance combined with the inherent indeterminacy of the notion, but also because of its acute political relevance. It is through the sources of international law (and custom still ranks as one of the two main sources of that particular legal order) that political values are being distributed, which renders sources doctrine in general highly volatile [...] Small wonder then that sources doctrine continues to provoke debate, and small wonder then that most of the debate tends to be methodological in nature »); D.P. Fidler, *supra* note 168, p. 199 (« the problem associated with customary international law ultimately stem from competing perspectives on international relations »). Nombre de ces difficultés et controverses tiennent à une analyse temporelle de l'élément subjectif, c'est-à-dire du rôle qu'il joue à un stade précoce de la formation de telle règle, par opposition à sa formation et à sa détermination ultérieures : voir également A. Orakhelashvili, *supra* note 191, p. 80 à 84. L'observation de Cheng est particulièrement pertinente dans le présent contexte : « contrary to a rather prevalent view, *opinio juris* is not necessarily the recognition of the binding character of a pre-existing rule in which case the question arises as to the origin of the pre-existing rule itself. In a horizontal legal system like international law, where the subjects are also the law-makers,

coutumier a cependant « suscité davantage de difficultés en théorie qu'en pratique »<sup>214</sup> et les joutes théoriques auxquelles il a pu donner lieu en doctrine ont rarement empêché son application en pratique<sup>215</sup>.

67. La Cour internationale de Justice a utilisé diverses expressions pour désigner l'élément subjectif résultant de l'expression « acceptée comme étant le droit » découlant de son statut. On peut citer à cet égard les formules suivantes : « le sentiment d'un devoir juridique »<sup>216</sup>; « la conviction que [la] pratique est rendue obligatoire par l'existence d'une règle de droit [...] le sentiment d'une obligation juridique »<sup>217</sup>; une « reconnaissan[ce] [de] la nécessité »<sup>218</sup>; « la conviction de la nécessité »<sup>219</sup>; « la croyance au respect dû à cette pratique de long usage »<sup>220</sup>; « une volonté [...] une conscience commune qui traduisait la conviction [...] sur [un]

---

*opinio juris* is simply what the subject/law-maker at any given moment accepts as law, as general law... »; B. Cheng, « On the nature of sources of international law », in B. Cheng (dir.) *International Law: Teaching and Practice* (Stevens & Sons, 1988), p. 203 et 223.

<sup>214</sup> H.W. Briggs, *supra* note 174, p. 730 [l'auteur ajoute ce qui suit : « Theoretical difficulties involved in the determination of these elements [required for the establishment of a rule of customary international law] or of the methods and procedures by which customary rules of international law are created or evolve from non-obligatory practice often receive more attention than the fact that in a given case courts have relatively little difficulty in determining whether or not an applicable rule of customary international law exists » (p. 729)]; voir également la *Déclaration de Londres de l'Association de droit international*, p. 30 (« [...] in the real world of diplomacy the matter [of the subjective element in customary international law] may be less problematic than in the groves of Academe »); S. Yee, « The news that *opinio juris* is not a necessary element of customary [international] law is greatly exaggerated », *German Yearbook of International Law*, 43 (2000), p. 227 et 230 (« The idea of *opinio juris* remains the chief culprit in creating confusion among scholars and practitioners of international law in general, but this is probably more so among legal theorists »); C. de Visscher, *supra* note 66, p. 149 (note de pas de page 29) (« [...] proving the existence of the psychological element of custom does not present the insurmountable difficulties sometimes alleged »); E. Jiménez de Aréchaga, *supra* note 179, p. 24 (où l'auteur indique, à propos de l'argument selon lequel il est difficile d'obtenir la preuve de l'existence de l'*opinio juris* dans des affaires concrètes, que « cette difficulté est sans doute un peu exagérée »); H.W.A. Thirlway, *supra* note 81, p. 47 (« The precise definition of the *opinio juris*, the psychological element in the formation of custom, the philosopher's stone which transmutes the inert mass of accumulated usage into the gold of binding legal rules, has probably caused more academic controversy than all the actual contested claims made by States of the basis of alleged custom, put together »); I. Brownlie, *supra* note 121, p. 21 (« in practice the question of proof does not present as much difficulty as the writers have anticipated »); *Restatement of the Law, Third Foreign Relations Law of the United States* (1987), §102, note 2 du rapporteur (« Most troublesome conceptually has been the circularity in the suggestion that law is built by practice based on a sense of legal obligation [...] Such conceptual difficulties, however, have not prevented acceptance of customary law essentially as here defined »).

<sup>215</sup> On trouvera dans J. Kammerhofer, « Law-making by scholars », in Y. Radi et C. Brölmann (dir.), *Research Handbook on the Theory and Practice of International Law-Making* (Edward Elgar, à paraître), un exposé de la thèse selon laquelle la théorie pure, en ce qui concerne par exemple les caractéristiques que devrait ou pourrait revêtir le droit international coutumier, ne modifie nullement le droit.

<sup>216</sup> *Affaire colombo-péruvienne relative au droit d'asile, arrêt du 20 novembre 1950 : C.I.J. Recueil 1950*, p. 266, p. 286.

<sup>217</sup> *Plateau continental de la mer du Nord; arrêt, C.I.J. Recueil 1969*, p. 3, p. 44, par. 77.

<sup>218</sup> *Affaire du droit de passage sur territoire indien (fond), arrêt du 12 avril 1960 : C.I.J. Recueil 1960*, p. 6, p. 60 (opinion individuelle du juge Wellington Koo).

<sup>219</sup> *Ibid.*, p. 121 (opinion dissidente du juge Chagla).

<sup>220</sup> *Ibid.*, p. 82 (opinion dissidente du juge Armand-Ugon).

droit »<sup>221</sup>; « le sentiment général [...] sur le caractère obligatoire de [la pratique] »<sup>222</sup>; « la conscience [] de se soumettre à une obligation juridique » ou « la conscience du caractère obligatoire de la règle »<sup>223</sup>; « la conviction qu'elles [les parties] appliquent la loi »<sup>224</sup>; « la conviction, une conviction de droit, dans l'esprit des [États], [qu'ils ont accepté la pratique] comme une règle de droit à l'application de laquelle [ils] ne sauraient désormais se soustraire »<sup>225</sup>. D'autres juridictions, ainsi que des États, ont de même eu recours à diverses formules pour désigner cette prescription « psychologique », « qualitative », « immatérielle » ou encore « comportementale » du droit international coutumier<sup>226</sup>. D'une manière générale, toutes ces formules sembleraient cependant exprimer une idée commune, à savoir l'acceptation par les États du fait que leur comportement ou celui des autres est conforme au droit international coutumier. « La conviction, l'acquiescement, la reconnaissance tacite et le consentement ont ceci en commun – qu'ils expriment tous l'attitude subjective des États à l'égard soit de leur propre comportement, soit de celui d'autres États, au regard du droit international »<sup>227</sup>.

68. L'élément dit « subjectif » constitutif du droit international coutumier renvoie ainsi à la condition selon laquelle la pratique en question doit s'être « manifestée de manière à établir une reconnaissance générale du fait qu'une règle de droit [international coutumier] ou une obligation juridique est en jeu »<sup>228</sup>. Encore que la formule *opinio juris* se soit sans aucun doute imposée pour désigner cet élément<sup>229</sup>,

<sup>221</sup> Ibid.

<sup>222</sup> *Affaire colombo-péruvienne relative au droit d'asile, arrêt du 20 novembre 1950 : C.I.J. Recueil 1950*, p. 266, p. 370 (opinion dissidente du juge Caicedo Castilla).

<sup>223</sup> *Plateau continental de la mer du Nord; arrêt, C.I.J. Recueil 1969*, p. 3, p. 104 et 103 (opinion individuelle du juge Ammoun).

<sup>224</sup> *Affaire du droit de passage sur territoire indien (fond), arrêt du 12 avril 1960 : C.I.J. Recueil 1960*, p. 6, p. 90 (opinion dissidente du juge Moreno Quitana).

<sup>225</sup> *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, C.I.J. Recueil 1970*, p. 3, p. 306 (opinion individuelle du juge Ammoun).

<sup>226</sup> Voir, par exemple, *United Parcel Service of America Inc c. le Gouvernement du Canada* (CNUDCI, sentence, 22 novembre 2002), par. 97 (« a sense of obligation »); Chambre préliminaire des chambres extraordinaires des tribunaux cambodgiens, affaire pénale n° 002/19-09-2007-EEEC/OICJ (PTC38), décision concernant le recours formé contre l'ordonnance des cojuges d'instruction sur l'entreprise criminelle commune, 20 mai 2010, par. 53 (« [...] *opinio juris*, ce qui signifie que ce que font et ce que disent les États représente la loi »); voir également *Mémoire du Secréariat*, p. 17 et 18 [« La Commission définit souvent l'élément subjectif de la coutume comme étant la conviction qu'ont les États d'être liés par une règle obligatoire [...] À certaines occasions, [elle a parlé de] l'élément subjectif [en utilisant différents termes...] » (citations omises)].

<sup>227</sup> R. Müllerson, *supra* note 85, p. 163 ; voir également H. Waldock, *cours general de droit international public*, 106 *Recueil des Cours* (1962), p. 49 (« [...] the ultimate test [in ascertaining a rule of customary international law] must always be: "is the practice accepted as law?" This is especially true in the international community, where those who participate in the formation of a custom are sovereign States who are the decision-makers, the law-makers within the community. Their recognition of the practice as law is in a very direct way the essential basis of customary law »).

<sup>228</sup> *Plateau continental de la mer du Nord, arrêt, C.I.J. Recueil 1969*, p. 3, p. 43, par. 74; voir également K. Wolfke, *supra* note 6, p. 44 (« such practice must give sufficient foundation for at least the presumption that the states concerned have accepted it as legally binding »).

<sup>229</sup> Sans doute à tort, comme l'estime Crawford, voir J. Crawford, *supra* note 37, p. 25 ; Wolfke relève que cette expression latine reste largement utilisée mais l'estime trompeuse, précisant ce qui suit : « [m]isunderstandings arise because this term, having a definite meaning in history of legal theory, is applied by contemporary authors and, as has been seen, even by the

on lui a préféré l'expression : « acceptée comme étant le droit »<sup>230</sup>. La Cour internationale de Justice, reprenant le libellé de son statut, a utilisé cette dernière expression dans l'affaire du *Droit de passage*, l'une des premières où elle s'est intéressée à la méthode de détermination du droit international coutumier, concluant que « eu égard à toutes les circonstances de l'espèce, [elle considérait] que cette pratique a[vait] été acceptée [] comme étant le droit »<sup>231</sup>. L'utilisation de cette expression tirée du Statut permet dans une large mesure de surmonter le « paradoxe » susmentionné de *l'opinio juris*.

69. Compte tenu de ce qui précède, nous proposons le projet de conclusion ci-après :

## Projet de conclusion 10

### *Rôle de l'acceptation d'une pratique générale comme étant le droit*

**1. La condition que la pratique générale soit acceptée comme étant le droit, en tant qu'élément constitutif du droit international coutumier, signifie que la pratique en question s'accompagne d'un sentiment d'obligation juridique.**

**2. Distingue la règle de droit international coutumier de la simple habitude ou du simple usage le fait d'être acceptée comme étant le droit.**

70. *Preuve d'une pratique acceptée « comme étant le droit »*. Pour établir l'existence de toute règle de droit international coutumier, on doit pouvoir distinguer les raisons qui inspirent telle ou telle pratique : « ce n'est qu'en objectivant le concept d'*opinio* que celui-ci peut réellement concourir à la difficile tâche d'établir une distinction entre “droit” coutumier et “pratique non juridique” »<sup>232</sup>. En pratique, le comportement des États établit effectivement

---

[International] Court, with different connotations or shades of meaning » : K. Wolfke, *supra* note 6, p. 45 et 46. Voir cependant R. Müllerson, *supra* note 85, p. 164 (« Depending on a context we may speak of will, consent, consensus, belief, acquiescence, protest, estoppel, or maybe even something else. However, as the term *opinio juris* is so well entrenched in international legal practice and literature, it would hardly be wise to try to get rid of it »).

<sup>230</sup> Voir également I.C. MacGibbon, *supra* note 197, p. 129 (« [As compared with the term “*opinio juris*”,] [t]he phrase “accepted as law”, however, may admit of interpretation in senses which more accurately reflect the actual processes of evolution from practice or usage to custom, whether viewed from the standpoint of the exercise of rights or that of the performance of obligations »); C. Santulli, *supra* note 37, p. 50 (« Le statut de la Cour internationale de Justice considère en son Article 38 que la coutume est une pratique acceptée. Ainsi le statut rompt-il avec une tradition qui aimait présenter l'*opinio juris sive necessitatis* comme la conscience d'obéir à une règle de droit »); A. Pellet, *supra* note 17, p. 819 (où l'auteur, se référant aux travaux préparatoires de l'alinéa b) du paragraphe 1 de l'Article 38 et à la pratique de la Cour, indique ce qui suit : « acceptance » is not necessarily restricted to the will of the States but to an « acceptance », which can be interpreted less strictly »); K. Skubiszewski, *supra* note 84, p. 839 et 840.

<sup>231</sup> *Affaire du droit de passage sur territoire indien (fond)*, arrêt du 12 avril 1960 : C.I.J. Recueil 1960, p. 6, p. 40 (« Cette pratique s'étant maintenue sur une période de plus d'un siècle un quart, sans être affectée par le changement de régime survenu dans le territoire intermédiaire lorsque l'Inde eût acquis son indépendance, la Cour considère, eu égard à toutes les circonstances de l'espèce, que cette pratique a été acceptée par les parties comme étant le droit et a donné naissance à un droit et à une obligation correspondante »).

<sup>232</sup> J.L. Slama, *supra* note 209, p. 656; voir également M.E. Villiger, *supra* note 84, p. 48.

l'existence d'une pratique acceptée comme étant le droit ou permet d'en ingérer l'existence. Ainsi, certaines pratiques peuvent en soi rapporter la preuve de l'*opinio juris*, ou, autrement dit, servir à la fois à fonder la pratique et à la faire accepter comme étant le droit<sup>233</sup>. Ainsi, « quel que soit le comportement des États [...] leur pratique repose sur deux éléments ou aspects : un comportement visible, observable de l'État (ou de tout autre sujet de droit international) et l'élément subjectif sous-tendant ce comportement, qui peut être implicitement présent dans l'acte proprement dit ou communiqué aux autres États par différents actes constituant, à leur tour, une pratique étatique d'une autre nature ». En tout état de cause, il importe que le juge distingue entre les deux éléments<sup>234</sup>.

71. Pour déterminer si telle pratique est acceptée « comme étant le droit », il faut tenir compte de la nature de la règle et des circonstances de son application. Ainsi, il faudrait distinguer entre les cas déclaratifs d'un droit juridique, d'une part, et ceux

<sup>233</sup> Voir également *Délimitation de la frontière maritime dans le golfe du Maine*, arrêt, C.I.J. Recueil 1984, p. 246, p. 299 (« [l]a présence [de règles coutumières] dans l'*opinio juris* des États se prouve par voie d'induction en partant de l'analyse d'une pratique suffisamment étoffée et convaincante, et non pas par voie de déduction en partant d'idées préconstituées a priori »); *Essais nucléaires (Australie c. France)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1974, p. 253, p. 305 (opinion individuelle du juge Petrén) (« Le comportement de ces États [qui ont procédé à des essais nucléaires atmosphériques] prouve que leurs gouvernements n'ont pas été d'avis que le droit international coutumier interdit les essais nucléaires atmosphériques »); *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2002, p. 3, p. 147 (opinion dissidente de la juge Van den Wyngaert, juge ad hoc); E. Jiménez de Aréchaga, *supra* note 179, p. 24 (« A large amount of what is described as the material element of State practice contains in itself an implicit subjective element, an indication of *opinio juris* »); M. Bos, *supra* note 144, p. 30 (« In general, it may be said that anything within the bracket of State practice may serve as evidence of [] "general practice accepted as law" »); J. Kammerhofer, *Uncertainty in International Law: A Kelsenian Perspective* (Routledge, 2011), p. 63 (« In one sense, all that states do or omit to do can be classified as "state practice", because their behaviour is what they do. State behaviour in a wider sense, however, is also our only guide to what they want or believe to be the law »); M. Koskenniemi, « Theory: Implications for the Practitioner », in *Theory and International Law: An Introduction* (The British Institute of International and Comparative Law, 1991), p. 3 et 15 (« In legal practice, there exists no way to ascertain the presence or absence of the subjective element which would be separate from the ascertainment of the existence of consistent conforming behaviour »); B. Conforti et B. Labela, *supra* note 52, p. 32 (« The subjective element [...] ties together all the many different types of State conduct »); K. Zemanek, *supra* note 77, p. 292 et 293 (« separating material recording "State practice" from material recording *opinio juris*, though theoretically perhaps desirable, is practically impossible because the first may, through its language, evidence the second »); H. Thirlway, *supra* note 38, p. 58, 62 et 70 (« Since the *opinio juris* is a state of mind, there is an evident difficulty in attributing it to an entity such as a State; and it is thus to be deduced from the State's pronouncements and actions, particularly the actions alleged to constitute the "practice" element of the custom »).

<sup>234</sup> R. Müllerson, *supra* note 84, p. 344. La Cour internationale de Justice a également évoqué, par exemple, « une pratique dénotant la croyance » (*Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 14, p. 108, par. 206). Mais voir M. Koskenniemi, *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument* (Cambridge University Press, 2005), p. 388 (« we cannot automatically infer anything about State wills or beliefs – the presence or absence of custom – by looking at the State's external behaviour. The normative sense of behaviour can be determined only once we first know the "internal aspect" – that is, how the State itself understands its conduct [...] doctrine about customary law is indeterminate because circular. It assumes behaviour to be evidence of the *opinio juris* and the latter to be evidence of which behaviour is relevant as custom »).

consacrant une obligation juridique, d'autre part, et entre ceux où la pratique considérée d'un comportement « sur le terrain » et une pratique verbale.

72. Généralement, la seule adhésion à telle ou telle règle ne vaut pas *opinio juris* : « cette pratique ne prouve pas nécessairement que les acteurs se sentent tenus d'une obligation juridique »<sup>235</sup>. Selon la Cour internationale de Justice, « le fait d'avoir agi ou de s'être engagé à agir d'une certaine façon ne prouve rien sur le plan juridique »<sup>236</sup>.

---

<sup>235</sup> A.M. Weisburd, *supra* note 67, p. 9; voir également *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif*, C.I.J. Recueil 1996, p. 226, p. 423 et 424 (opinion dissidente du juge Shahabuddeen) (« Il faut également savoir qu'il ne suffit pas de prouver des actes ou des omissions dont on prétend qu'ils constituent une pratique des États mais qu'il faut encore les interpréter. Le fait que des États ont le sentiment que la réalité les contraint à agir comme ils le font ne suffit pas à exclure qu'on interprète leurs actes comme faisant partie de la pratique des États, à condition toutefois qu'ils agissent en ayant la conviction de se conformer à ce qu'ils considèrent comme une obligation juridique »).

<sup>236</sup> *Plateau continental de la mer du Nord, arrêt*, C.I.J. Recueil 1969, p. 3, p. 44, par. 76.

73. De même, on a dit que de nombreux actes concordants<sup>237</sup> ou observés pendant longtemps<sup>238</sup> suffiraient à établir l'*opinio juris*; mais il n'en est rien. S'il est vrai qu'ils peuvent conduire à l'acceptation de telle ou telle pratique comme étant le droit<sup>239</sup>, ces actes n'incarnent pas en soi cette acceptation. Comme l'a fait remarquer la Cour, « même si pareille attitude avait été beaucoup plus fréquente [...] ces actes, même considérés globalement, ne suffiraient pas en eux-mêmes à constituer l'*opinio juris* [...] Ni la fréquence ni même le caractère habituel des actes ne suffisent »<sup>240</sup>.

74. Par suite, une pratique acceptée comme étant le droit ne devrait généralement pas se prouver par la pratique même que le droit international coutumier est censé prescrire. Dans le même ordre d'idées, le même comportement ne devrait pas servir dans un cas à prouver à la fois la pratique et l'acceptation de cette pratique comme étant le droit<sup>241</sup>. Appliquer cette règle à telle pratique qui n'en est pas réellement une

<sup>237</sup> Voir, par exemple, *Droit d'asile (Colombie/Pérou), arrêt du 20 novembre 1950 : C.I.J. Recueil 1950*, p. 266, p. 336 (opinion dissidente du juge Azevedo) (« des autres cas concordants dont la multitude révèle nettement une *opinio juris* »); la déclaration du Portugal dans l'arrêt relatif à l'affaire du droit de passage sur territoire indien : « il serait impossible de prétendre que cette constance et cette uniformité n'attestent pas la conviction d'un devoir juridique (*opinio juris sive necessitatis*) » (*Droit de passage sur territoire indien (fond), arrêt du 12 avril 1960 : C.I.J. Recueil 1960*, p. 6, p. 11); H. Lauterpacht, *The Development of International Law by the International Court* (Stevens, 1958), p. 380 (« À moins que l'action des tribunaux n'ait pour effet de réduire la valeur juridique de la plus puissante source de règles du droit international, à savoir le comportement des États, il semble que le principe à observer en la matière soit de considérer tout comportement uniforme des gouvernements (ou, dans certains cas, leur abstention) comme témoignant d'une *opinio necessitatis juris*, sauf s'il est établi que ledit comportement était indépendant d'une telle intention. »), cité dans l'affaire *Plateau continental de la mer du Nord, arrêt, C.I.J. Recueil 1969*, p. 3, p. 246 et 247 (opinion dissidente du juge Sørensen).

<sup>238</sup> *Droit de passage sur territoire indien (fond), arrêt du 12 avril 1960 : C.I.J., Recueil 1960*, p. 6, p. 83 (opinion dissidente du juge Armand-Ugon) (« Un fait observé pendant de longues années, comme dans le cas présent, obtient une force obligatoire et revêt le caractère d'une règle de droit »).

<sup>239</sup> *Droit de passage sur territoire indien (fond), arrêt du 12 avril 1960 : C.I.J., Recueil 1960*, p. 6, p. 40 (« Cette pratique s'étant maintenue sur une période de plus d'un siècle un quart, sans être affectée par le changement de régime survenu dans le territoire intermédiaire lorsque l'Inde eut acquis son indépendance, la Cour considère, eu égard à toutes les circonstances de l'espèce, que cette pratique a été acceptée par les Parties comme étant le droit et a donné naissance à un droit et à une obligation correspondante. »); et p. 82 (opinion dissidente du juge Armand-Ugon) [« Un fait répété continuellement, pendant une longue durée, loin d'affaiblir cet usage, le fortifie davantage; un rapport naît entre ce fait et la volonté des États qui l'ont autorisé. La répétition de ces faits réitérés, qui revêtent une grande ancienneté, donne lieu de la part de l'État qui l'exécute et de la part de l'État qui les tolère à la croyance au respect dû à cette pratique de long usage (Art. 38.1 b) du Statut de la Cour »)].

<sup>240</sup> *Plateau continental de la mer du Nord, C.I.J. Recueil 1969*, p. 3, p. 44, par. 77; voir aussi *Affaire du « Lotus » (France c. Turquie), C.P.I.J. 1927, Recueil des arrêts (série A), n° 10*, p. 28; Chambre préliminaire des Chambres extraordinaires des tribunaux cambodgiens, *Affaire pénale n° 002/19-09-2007-EEEC/OICJ (PTC38)*, décision concernant le recours formé contre l'ordonnance des cojuges d'instruction sur l'entreprise criminelle commune, 20 mai 2010, par. 53 (« Ce n'est pas parce que la pratique des États est abondante que l'on peut présumer l'existence d'une *opinio juris* »).

<sup>241</sup> Voir également M.H. Mendelson, *supra* note 71, p. 206 et 207 (« What must, however, be avoided is counting the same act as an instance of both the subjective and the objective element. If one adheres to the "mainstream" view that it is necessary for both elements to be present, and in particular for the subjective element to be accompanied by "real" practice, this must necessarily preclude treating a statement as both an act and a manifestation of belief (or will) »);

permettrait également d'exclure que des déclarations abstraites puissent en soi être génératrices de règles de droit<sup>242</sup>.

75. *Manifestations de la pratique acceptée « comme étant le droit »*. « Bien que difficile, déterminer l'*opinio* est chose possible (la tâche en étant considérablement facilitée par les principes modernes de rédaction) »<sup>243</sup>. Lorsqu'il déclare expressément que telle ou telle règle est obligatoire en tant que droit international coutumier, l'État, donne d'emblée « la preuve la plus éclatante qu'il se considère lié par ce principe ou cette règle, ou est tenu de l'appliquer à partir de cet instant »<sup>244</sup>. À l'inverse, lorsqu'il déclare que telle règle ne relève pas du droit international coutumier, l'État constate l'absence d'*opinio juris*. La revendication de tel État de droits ou obligations dérivant du droit international (coutumier) (ou leur contestation) peut, notamment, prendre la forme de déclaration officielle formulée par le gouvernement ou un ministre de ce gouvernement<sup>245</sup>, d'actions et de conclusions en justice, de lettres de transmission par lesquelles le gouvernement saisit le parlement d'un projet de loi<sup>246</sup>, une déclaration faite conjointement par des États par la voie d'un document officiel ou de prises de position formulées lors de conférences multilatérales telles que les conventions de codification ou les débats à l'Organisation des Nations Unies<sup>247</sup>. Les protestations diplomatiques, en particulier,

---

M. Byers, *Custom, Power and the Power of Rules: International Relations and Customary International Law* (Cambridge University Press, 1999), p. 136 à 141.

<sup>242</sup> Voir également M.E. Villiger, *supra* note 84, p. 19 [« Since such fears [that one body, or conference, could “make” law through abstract statements of State representatives] are justified, we may first attempt a synthesis of views, proceeding from Judge Read’s argument that “claims may be important as starting points”. Clearly, the conditions for the formation of customary law are such that one instance of practice, or a few instances in one occasion, cannot create law. Rather, a qualified series of instances is required, and statements at a conference would lose any value if they were not followed by uniform and consistent practice. Equally clearly however, these conditions serve as adequate safeguards, and the fear of instant customary law hardly warrants attaching further conditions to the single instances of practice » (références omises)].

<sup>243</sup> M.E. Villiger, *supra* note 84, p. 50.

<sup>244</sup> L.B. Sohn, *supra* note 179, p. 235 ; voir également *Immunités juridictionnelles de l'État [Allemagne c. Italie; Grèce (intervenant)]*, arrêt, C.I.J. Recueil 2012, p. 99, p. 122 et 123, par. 55; M.E. Villiger, *supra* note 84, p. 50 (« the express statement of a State that a given rule is obligatory (or customary, or codificatory), furnishes the clearest evidence as to the State’s legal conviction »).

<sup>245</sup> Voir, par exemple, *Droit d’asile (Colombie/Pérou)*, arrêt du 20 novembre 1950 : C.I.J. Recueil 1950, p. 266, p. 337 (opinion dissidente du juge Caicedo Castilla); *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l’Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, avis consultatif*, C.I.J. Recueil 1971, p. 16, p. 74 et 75 (opinion individuelle du juge Ammoun); *Le Procureur c. Tadić*, affaire n° IT-94-1, arrêt relatif à l’appel de la défense concernant l’exception préjudicielle d’incompétence (Chambre d’appel du TPIY), 2 octobre 1995, par. 100, 105, 113, 114, 120 à 122.

<sup>246</sup> Voir également *Mondev International Ltd v. United States of America* CIRDI, sentence du 11 octobre 2002, par. 111 (« Whether or not explanations given by a signatory government to its own legislature in the course of ratification or implementation of a treaty can constitute part of the travaux préparatoires of the treaty for purposes of its interpretation, they can certainly shed light on the purposes and approaches taken to the treaty, and thus can evidence *opinio juris* »).

<sup>247</sup> Voir, par exemple, *Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du génocide, avis consultatif*, C.I.J. Recueil 1951, p. 15, p. 26; *Compétence en matière de pêcheries (Royaume Uni c. Islande)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1974, p. 3, p. 48 (opinion individuelle collective des juges Forster, Bengzon, Jiménez de Aréchaga, Nagendra Singh et Ruda) (« Dans un domaine où la pratique est contradictoire et imprécise, est-il possible, est-il raisonnable de

« peuvent mettre en lumière, et souvent le font, l'avis du droit sur les questions traitées par les États concernés : dans cette mesure, elles peuvent rapporter la preuve de l'acceptation de telle ou telle pratique comme étant le droit »<sup>248</sup>.

76. On peut également déceler la preuve de la pratique acceptée comme étant le droit (ou son inexistence) de diverses autres pratiques<sup>249</sup>, selon le cas d'espèce sachant que « pour une coutume donnée, il suffit que l'acceptation de la pratique comme étant le droit puisse se déduire de toutes les circonstances de l'espèce, mais surtout de l'attitude, et donc de la conduite, des États acceptant d'être liés par cette règle coutumière »<sup>250</sup>. Comme dans le cas de la pratique (voir *supra*, par. 41), loin d'être exhaustive la liste ci-après vient renseigner sur le type de documents dont l'élément subjectif peut résulter :

a) Correspondance intergouvernementale (diplomatique)<sup>251</sup> : mémorandum des missions diplomatiques adressé au ministre des affaires étrangères de l'État auprès duquel elles sont accréditées ou échange de notes entre gouvernements. Ici, il faut interroger la langue utilisée dans son contexte pour déterminer si l'État exprime une opinion sur l'existence d'une règle de droit<sup>252</sup>;

b) Jurisprudence des tribunaux internes<sup>253</sup> : elle traduit clairement un sentiment d'obligation juridique. On procédera cependant en toute prudence, dans la

---

considérer comme dénuées de toute pertinence les indications relatives à ce que les États sont prêts à revendiquer ou disposés à accepter, telles qu'elles ressortent des positions qu'ils ont adoptées en vue ou en prévision d'une conférence visant la codification et le développement progressif du droit en la matière? [...] Le moins que l'on puisse dire est [...] que ces déclarations de même que les propositions écrites déposées par les représentants des États ne sont pas sans importance quand il s'agit de déterminer quel est, selon ces États, le droit en ce qui concerne la compétence en matière de pêcheries et quelle est leur *opinio juris* sur un point qui est régi par le droit coutumier ». *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, p. 43, p. 329, (opinion individuelle du juge Tomka); E. Jiménez de Aréchaga, *supra* note 179, p. 14 et 24 (« the deliberations in a plenipotentiary conference itself, even before and independently of the adoption of a convention, may themselves result in the emergence of a consensus of States which, followed by their actual practice, crystallizes in a customary rule [...] The express or implicit indications of *opinio juris* are particularly significant and frequent when a State participates in the process of a codification and progressive development of international law under United Nations auspices »).

<sup>248</sup> I.C. MacGibbon, *supra* note 197, p. 124.

<sup>249</sup> Voir également *Mémorandum du Secrétariat*, p. 21 et 22 (« La Commission interroge diverses sources pour analyser l'élément subjectif en vue d'identifier une règle de droit international coutumier »); *Restatement of the Law, Third, Foreign Relations Law of the United States* (1987), par. 102, commentaire c) (« La preuve explicite d'un sentiment d'obligation juridique (au moyen de conclusions officielles par exemple) n'est pas nécessaire; l'*opinio juris* peut se déduire d'actes ou d'omissions »).

<sup>250</sup> K. Wolfke, *supra* note 6, p. 44.

<sup>251</sup> Voir, par exemple, *Affaire des pêcheries*, arrêt du 18 décembre 1951 : C.I.J. Recueil, 1951, p. 116, p. 135 et 136; *Affaire du droit de passage sur territoire indien (fond)*, arrêt du 12 avril 1960 : C.I.J. Recueil 1960, p. 6, p. 42.

<sup>252</sup> Voir, par exemple, *Droit d'asile (Colombie/Pérou)*, arrêt du 20 novembre 1950 : C.I.J. Recueil 1950, p. 266, p. 371 (opinion dissidente du juge Caicedo Castilla).

<sup>253</sup> Voir également *Immunités juridictionnelles de l'État [Allemagne c. Italie; Grèce (intervenant)]*, arrêt, C.I.J. Recueil 2012, p. 99, p. 135, par. 77; (où l'élément subjectif est attesté par « les positions de divers États et la jurisprudence d'un certain nombre de juridictions nationales, qui ont clairement indiqué qu'elles considéraient que le droit international coutumier exigeait de reconnaître l'immunité »); *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du*

mesure où il peut être « [...] difficile de déterminer si ce sentiment d'obligation juridique découle du droit international, du droit interne ou de l'interprétation interne du droit international »<sup>254</sup>. Ce n'est que lorsque cette jurisprudence applique la règle en question d'une manière qui atteste, essentiellement suivant sa logique, que celle-ci est acceptée comme prescrite par le droit international coutumier, que cette jurisprudence pourrait présenter quelque intérêt comme preuve de l'acceptation « comme étant le droit »;

c) Opinion des conseillers juridiques des gouvernements sur ce qui est ou n'est pas conforme au droit international coutumier<sup>255</sup> : Dès lors qu'elle est adoptée par le Gouvernement comme obligation légale<sup>256</sup>;

d) Publications officielles dans le domaine du droit international : Manuels militaires ou instructions à l'intention des diplomates;

e) Mémoires internes de représentants de l'État : Instructions du ministère des affaires étrangères à l'intention de ses diplomates<sup>257</sup>;

---

*Congo c. Belgique*), arrêt, C.I.J. Recueil 2002, p. 3, p. 76 (opinion individuelle commune des juges Higgins, Kooijmans et Buergenthal); Tribunal spécial pour le Liban, affaire n° STL-11-01/I, décision préjudicielle sur le droit applicable : terrorisme, complot, homicide, commission, concours de qualifications (Chambre d'appel), 16 février 2011, par. 100.

<sup>254</sup> P.M. Moremen, *supra* note 112, p. 274 ; voir également *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2002, p. 3, p. 171 et 172 (opinion dissidente de la juge Van den Wyngaert) (« Même le fait qu'une législation nationale exige la présence de l'accusé ne reflète pas nécessairement l'existence d'une *opinio juris* selon laquelle cette présence serait requise en droit international. Les décisions internationales doivent être interprétées avec beaucoup de prudence. »). M. Hmoud a également appelé l'attention sur ce point dans l'intervention qu'il a faite l'année dernière, déclarant que les « décisions judiciaires nationales sont une importante source de doctrine mais qu'elles doivent faire l'objet d'une étude approfondie, les tribunaux nationaux appliquant en général les mécanismes juridiques internes de l'État concerné et manquant parfois d'expérience ou de ressources pour déterminer les règles de droit international coutumier (3183<sup>e</sup> séance, 19 juillet 2013).

<sup>255</sup> Voir, par exemple, *le Procureur c. Galić*, affaire n° IT-98-29-A, arrêt (Chambre d'appel du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie), 30 novembre 2006, par. 89.

<sup>256</sup> En effet, il convient de garder présent à l'esprit que ces avis ne deviennent pas nécessairement ceux du gouvernement, et que dans certains cas, comme la Commission l'a déjà indiqué : « the efforts of legal advisers are necessarily directed to the implementation of policy » (*Annuaire de la Commission du droit international, 1950*, vol. II, p. 372, puis « [n]or would a reproduction of such opinions be of much value unless it were accompanied by an adequate analysis of the history leading up to the occasion with reference to which they were given »).

<sup>257</sup> Voir, par exemple, *Droit d'asile (Colombie/Pérou)*, arrêt du 20 novembre 1950 : C.I.J. Recueil 1950, p. 266, p. 372 (opinion dissidente du juge Caicedo Castilla).

f) Traités (et leurs travaux préparatoires) : Ils pourraient également démontrer l'existence d'une pratique acceptée « comme étant de droit »<sup>258</sup>, quand on sait « [le]s conventions restent encore une forme d'expression très importante de la conscience juridique des peuples »<sup>259</sup>. En l'occurrence, cette conscience juridique (qu'il s'agisse de la convention dans son ensemble ou de certaines de ses dispositions) doit exister en dehors du traité et non uniquement dans le cadre dudit traité : pour que tel traité puisse attester l'*opinio juris*, il faut établir que les États (et les organisations internationales), parties ou non, se considèrent liés par les dispositions du traité comme règles de droit, indépendamment du traité<sup>260</sup>. Il en est sans doute ainsi du traité qui a pour but, exprès ou tacite, de déclarer le droit international coutumier<sup>261</sup> : alors « le traité est la preuve indubitable de la volonté des États [parties au Traité], exempte des ambiguïtés et incohérences qui caractérisent l'assemblage hétéroclite de preuves de la pratique étatique qui sert d'ordinaire à prouver l'état du droit international »<sup>262</sup>. Autrement dit, le fait que les États acceptent (dans le cadre du traité, pendant les négociations préalables, au moment de son adoption ou après) que le traité ou certaines de ses dispositions sont

<sup>258</sup> *Affaire des pêcheries, arrêt du 18 décembre 1951 : C.I.J. Recueil 1951*, p. 116, p. 148 (opinion individuelle du juge Alvarez); voir aussi A. T. Guzman et T. L. Meyer, « Customary International Law in the 21st Century », in R. A. Miller et R.M. Bratpies, *Progress in International Law* (Martinus Nijhoff Publishers, 2008), p. 207 (« looking to treaties as evidence of customary international law can remain a valuable practice [...] because treaties can send credible signals as to what rules states believe to be binding on non-parties »).

<sup>259</sup> *Affaire des pêcheries, arrêt du 18 décembre 1951 : C.I.J. Recueil 1951*, p. 116, p. 148 (opinion individuelle du juge Alvarez); voir aussi A. T. Guzman et T. L. Meyer, « Customary International Law in the 21st Century », in *Progress in International Law*, R. A. Miller et R.M. Bratpies, éd. (Martinus Nijhoff Publishers, 2008), p. 207 (« looking to treaties as evidence of customary international law can remain a valuable practice [...] because treaties can send credible signals as to what rules states believe to be binding on non-parties »).

<sup>260</sup> Ainsi, comme l'affirme Weisburd, « it does not follow that conclusion of a treaty necessarily implies *opinio juris*, that is, that the parties believe that the treaty's provisions would legally bind them outside the treaty »; (A.M. Weisburd, *supra* note 67, p. 24). Bien entendu, les traités peuvent être considérés comme attestant du droit international coutumier ou contribuer à sa formation non seulement au regard des règles qu'ils consacrent, mais aussi du droit coutumier des traités.

<sup>261</sup> Comme l'explique Baxter, « The declaratory treaty is most readily identified as such by an express statement to that effect, normally in the preamble of the instrument, but its character may also be ascertained from preparatory work for the treaty and its drafting history »: R.R. Baxter, *supra* note 191, p. 56 ; voir également K. Wolfke, *supra* note 119, p. 36 (« if a treaty contains an express, or even an indirect, recognition, of an already existing customary rule, such recognition constitutes additional evidence of the customary rule in question »). Weisburd explique à juste titre ce qui suit : « Even when this type of statement [that the treaty is declarative of custom] is an inaccurate description of the state of the law as of the date of the treaty's conclusion, it amounts to an explicit acknowledgment by the parties to the treaty that they would be legally bound to the treaty's rules even if the treaty did not exist »: A.M. Weisburd, *supra* note 67, p. 23. Plus important, toutefois : « complex considerations [...] have to be taken into account in determining whether, and if so to what extent, a new rule embodied in a codification convention may be regarded as expressive of an existing or emerging norm of customary law. Any such rule has to be analyzed in its context and in the light of the circumstances surrounding its adoption. It also has to be viewed against the background of what may be a rapidly developing State practice in the sense of the new rule » (I. Sinclair, « The impact of unratified Codification Convention », in A. Bos et H. Siblesz (dir.), *Realism in Law-making: Essays on International Law in Honour of Willem Riphagen* (Martinus Nijhoff Publishers, 1986), p. 211 et 220).

<sup>262</sup> R.R. Baxter, *supra* note 191, p. 36.

déclaratoires d'un droit international coutumier existant, peut constituer une preuve évidente de l'acceptation « comme étant de droit »<sup>263</sup>. Toutefois, « il faut comparer les preuves de la pratique des parties réunies dans le traité à toutes les autres preuves [conformes ou non] de droit international coutumier, conformément à la procédure normale employée pour attester de l'existence du droit international coutumier », en particulier « la pratique ou les déclarations antérieures des États concernés »<sup>264</sup>. Que les États intéressés aient effectivement signé ou ratifié le traité et que les parties puissent formuler des réserves aux dispositions du traité peut également servir à établir l'*opinio juris*<sup>265</sup>, mais n'indique pas forcément qu'elle est absente, coutume et traité pouvant coexister indépendamment l'un de l'autre<sup>266</sup>.

<sup>263</sup> Voir également A.M. Weisburd, *supra* note 67, p. 25 (« a treaty is not evidence of *opinio juris* if the parties expressly deny in the treaty text and *opinio juris* as to the legal status of the treaty's rules outside the instrument [i.e. the treaties declare themselves as entered into by the parties purely as an act of grace]. The issue is one of the parties' beliefs. But if belief is the key issue, it would seem to follow that a treaty may deny *opinio juris* even without an express statement to that effect if the treaty contains other evidence demonstrating that the parties would not see the treaty's rules as binding but for the treaty. This is not to say that such treaties are not binding as treaties, or to say that such denials of *opinio juris* in the treaty would preclude the emergence of a customary rule on the subject outside the treaty. It is only to say that one cannot consider such a treaty itself to be evidence of the customary law status of the rules it establishes »).

<sup>264</sup> R.R. Baxter, *supra* note 191, p. 43 et 44 ; voir également G.M. Danilenko, *supra* note 139, p. 154 (« it should be emphasized that codifying conventions, even those which expressly state that they embody existing customary law, can never be considered as conclusive evidence of customary law »). Ainsi que la Cour l'a déclaré dans un autre contexte : « dans le domaine du droit international [...] coutumier il ne suffit pas que les parties soient du même avis sur le contenu de ce qu'elles considèrent comme une règle. La Cour doit s'assurer que l'existence de la règle dans l'*opinio juris* des États est confirmée par la pratique » : *Activités militaires et paramilitaires (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 14, p. 98, par. 184.

<sup>265</sup> Voir, par exemple, *Plateau continental de la mer du Nord*, arrêt, C.I.J. Recueil 1969, p. 3, p. 38 et 39, par. 63, et p. 42, par. 72; et voir p. 130 (opinion individuelle du juge Fouad Ammoun) (« la faculté de subordonner à des réserves la mise en œuvre [disposition d'un traité] implique l'absence chez les signataires de la Convention de l'*opinio juris sive necessitatis*. Celle-ci suppose, en effet, la conscience du caractère obligatoire de la règle. Et c'est l'évidence même qu'on ne peut pas se sentir obligé par une règle quand on se réserve le droit de ne pas l'appliquer »); voir, par exemple, *Essais nucléaires (Australie c. France)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1974, p. 253, p. 305 (opinion individuelle du juge Petrén) (qui fait observer que par un traité qui peut être dénoncé, les signataires montr[ent] qu'ils rest[ent] d'avis que le droit international coutumier n'interdi[t] pas [l'obligation visée dans le traité] »). *Nahimana et consorts c. le Procureur*, affaire n° ICTR-99-52-A, arrêt (Chambre d'appel du Tribunal pénal international pour le Rwanda, 28 novembre 2007 (opinion partiellement dissidente du juge Meron), par. 5 (« The number and extent of the reservations reveal that profound disagreement persists in the international community as to whether mere hate speech is or should be prohibited, indicating that Article 4 of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination and Article 20 of the International Covenant on Civil and Political Rights do not reflect a settled principle. Since a consensus among states has not crystallized, there is clearly no norm under customary international law criminalizing mere hate speech »); *Immunité diplomatique des domestiques* (Cour suprême autrichienne), OGH 6 Ob 94/71, arrêt du 28 avril 1971, SZ 1971 n° 44/56, 204.

<sup>266</sup> S'agissant des réserves (et de la dénonciation), voir également R.R. Baxter, *supra* note 191, p. 47 à 53 ; *Déclaration de Londres de l'Association de droit international*, p. 44 (« [Conclusion] 22. The fact that a treaty permits reservations to all or certain of its provisions does not of itself create a presumption that those provisions are not declaratory of existing customary law »); *Plateau continental de la mer du Nord*, C.I.J. Recueil 1969, p. 3, p. 197 et 198 (opinion dissidente du juge Morelli). S'agissant de la ratification (ou non) des conventions de codification comme preuve de l'acceptation d'une pratique comme étant de droit, voir, par

Quoi qu'il en soit, « une règle conventionnelle n'est une bonne preuve de l'*opinio juris* aux fins du droit coutumier qu'au regard des faits essentiellement. Il faut examiner les déclarations, les prétentions et la conduite de l'État [...] »<sup>267</sup> pour établir son existence. Il faut également rechercher si la répétition de dispositions analogues ou identiques dans un grand nombre de traités bilatéraux peut être le signe d'une pratique acceptée « comme étant le droit ». Ici aussi, il faudrait envisager la disposition (et le traité dans laquelle elle figure) dans son contexte et à la lumière des circonstances de son adoption, et ce d'autant que « [l]a multiplicité de ces traités [...] est en quelque sorte une arme à double tranchant »<sup>268</sup> : « la concordance même d'un nombre considérable de traités ne constitue pas en soi une preuve ni même une présomption suffisante de la reconnaissance par l'ensemble de la communauté internationale de ces traités comme preuve du droit coutumier général. Au contraire, dans plusieurs cas, ces traités semblent déroger à la règle générale »<sup>269</sup>;

g) Résolutions d'organes délibérants d'organisations internationales, tels que l'Assemblée générale des Nations Unies et le Conseil de sécurité de l'ONU, et résolutions de conférences internationales. L'*opinio juris* peut se déduire de l'attitude des États à l'égard de textes non contraignants ayant pour but, exprès ou tacite, d'affirmer une règle de droit positif, attitude dont on trouve l'expression dans le vote (pour, contre, abstention), l'adhésion à un consensus ou l'adoption de déclarations sur la résolution<sup>270</sup>. Cette déduction doit s'opérer « avec la prudence

---

exemple, I. Sinclair, *supra* note 261, p. 227 (« it is fair to say that even sparsely ratified codification conventions may well be looked upon, in general, as providing some evidence of *opinio juris* on the subject-matter involved. The quality of the evidence will depend on the provenance of the particular provision which may be in issue. If the *travaux préparatoires* of a specific codification convention demonstrate that a particular provision was adopted at the codification conference on a sharply divided vote, and that the controversy thus engendered may have led a number of States to refuse to participate in the convention, there is clearly a strong case for discounting the value of that provision in the context of later codification efforts »).

<sup>267</sup> O. Schachter, *supra* note 191, p. 735.

<sup>268</sup> *Barcelona Traction, Light and Power Company Limited* (deuxième phase), arrêt, C.I.J. Recueil 1970, p. 3, p. 306 (opinion individuelle du juge Ammoun).

<sup>269</sup> K. Wolfke, *supra* note 119, p. 35 ; voir également *Ahmadou Sadio Diallo, (République de Guinée c. République démocratique du Congo), Exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2007*, p. 582, p. 615 (« Le fait, dont se prévaut la Guinée, que différents accords internationaux tels les accords sur la promotion et la protection des investissements étrangers et la Convention de Washington aient institué des régimes juridiques spécifiques en matière de protection des investissements, ou encore qu'il soit courant d'inclure des dispositions à cet effet dans les contrats conclus directement entre États et investisseurs étrangers, ne suffit pas à démontrer que les règles coutumières de protection diplomatique auraient changé; il pourrait tout aussi bien se comprendre dans le sens contraire. »); J.L. Kunz, *supra* note 56, p. 668 (« Treaties may, under different circumstances, be evidence for the fulfillment of both conditions, and, under other circumstances, evidence against it »); K. Wolfke, *supra* note 93, p. 9 et 10; H. Thirlway, *supra* note 38, p. 71 ; *Déclaration de Londres de l'Association de droit international*, p. 47 et 48 (« There is no presumption that a succession of similar treaty provisions gives rise to a new customary rule with the same content »).

<sup>270</sup> Voir, par exemple, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 14, p. 99, 100 et 101 (« Cette *opinio juris* peut se déduire entre autres, quoique avec la prudence nécessaire, de l'attitude des parties et des États à l'égard de certaines résolutions de l'Assemblée générale [...]. L'effet d'un consentement au texte de telles résolutions peut [...] s'interpréter comme une adhésion à la valeur de la règle ou de la série de règles déclarées par la résolution et prises en elles-mêmes. [...] [L]e fait que les États ont adopté [une résolution] fournit une indication de

nécessaire »<sup>271</sup>, les États pouvant dans les faits avoir diverses raisons de consentir (ou non) au texte d'une résolution. En effet, « l'adhésion à une résolution déclaratoire de droit [...] doit s'apprécier à la lumière des conditions dans lesquelles cette adhésion a été donnée. Il n'est pas du tout évident que le fait pour tel État de voter pour telle résolution déclaratoire de droit constitue en soi une preuve décisive de la conviction que la résolution exprime une règle de droit »<sup>272</sup>. Comme la Cour

---

leur *opinio juris* sur le droit international coutumier en question. ». *Le Procureur c. Tadić*, affaire n° IT-94-1, arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence (Chambre d'appel du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie), 2 octobre 1995, par. 111 et 112; *Libyan American Oil Company (LIAMCO) v. Government of the Libyan Arab Republic*, sentence arbitrale (1977), ILR, vol. 62, p. 140 et 189 (« [...] the said Resolutions, if not a unanimous source of law, are evidence of the recent dominant trend of international opinion concerning the sovereign right of States over their natural resources [...] »); *Texaco Overseas Petroleum Company and California Asiatic Oil Company c. Gouvernement de la République arabe libyenne*, sentence arbitrale (1977), ILR, vol. 53, p. 389, 491 et 495; P. Tomka, *supra* note 24, p. 210 et 211; H.W.A. Thirlway, *supra* note 81, p. 65 (« It is suggested [...] that in fact the discussions, and the statements made on behalf of member States in the discussions, will almost always be of greater relevance than the resolution »); A. Pellet, *supra* note 17, p. 817 et 825 (« In the case of ascertaining a customary rule of general international law [...] it is suggested that [...] [resolutions adopted by the organs of international organizations] belong more to the manifestation of the *opinio juris* than to the formation of a practice [...] in assessing their legal value, the important element is not what *they* say, but what *the States* have had to say about them »); J.E. Alvarez, *supra* note 133, p. 260 (« GA resolutions can be an efficient mechanism for finding [...] *opinio juris*, especially as compared to the annoying tendency of states to omit any discussion of the concept in their bilateral diplomatic discourse »); Rapport du Groupe de travail sur la détention arbitraire du Conseil des droits de l'homme (24 décembre 2012), A/HRC/22/44, par. 43; voir également les conclusions de la commission de l'Institut de droit international sur l'élaboration des grandes conventions multilatérales et des instruments non conventionnels à fonction ou à vocation normative relatives aux résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies (1987, consultables à l'adresse [www.idi-iil.org/idiF/resolutionsF/1987\\_caire\\_02\\_fr.PDF](http://www.idi-iil.org/idiF/resolutionsF/1987_caire_02_fr.PDF)) : « Une résolution déclaratoire de droit a pour but d'affirmer une règle de droit existante. En particulier, elle peut être un moyen de détermination ou d'interprétation du droit international, constituer un élément de preuve d'une coutume internationale ou énoncer des principes généraux de droit » (conclusion 4); « Une résolution peut constituer la preuve du droit coutumier ou d'un de ses éléments constitutifs (pratique créatrice de coutume, *opinio juris*), en particulier lorsque telle a été l'intention des États en adoptant la résolution ou lorsque les procédures suivies ont conduit à l'élaboration de l'énoncé d'une règle de droit » (conclusion 20); « La preuve [d'une coutume internationale] fournie par une résolution n'est pas irréfutable » (conclusion 21). Selon Rosenne : « [t]o establish whether a given State has in fact consented to that resolution, in whole or in part, close examination of all the proceedings in the body which adopted the resolution is needed. » (S. Rosenne, *supra* note 79, p. 112).

<sup>271</sup> *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 14, p. 99, par. 188; et voir p. 182 (opinion individuelle du juge Ago) (« De même, je ne puis qu'exprimer des doutes quant à l'idée qui transparaît parfois dans l'arrêt [...] selon laquelle on peut voir dans l'acceptation de certaines résolutions ou de certaines déclarations formulées dans le cadre des Nations Unies ou de l'Organisation des États américains, ainsi que dans un autre contexte, une preuve concluante de l'existence, chez ces États, d'une *opinio juris* concordante ayant la valeur d'une véritable règle coutumière internationale »); voir également les directives 3.1.5.3 et 4.4.2 du *Guide de la pratique sur les réserves aux traités de la Commission* (2011).

<sup>272</sup> O. Schachter, *supra* note 191, p. 730; voir également S. Rosenne, *supra* note 79, p. 112 (« As often as not a vote is an indication of a political desideratum and not a statement of belief that the law actually requires such a vote or contains any element of *opinio juris sive necessitates* [...] or that the resolution is a statement of law »); L. Hannikainen, *supra* note 128, p. 138

internationale de Justice l'a observé, « les résolutions de l'Assemblée générale, même si elles n'ont pas force obligatoire, peuvent parfois avoir une valeur normative. Elles peuvent, dans certaines circonstances, fournir des éléments de preuve importants pour établir l'existence d'une règle ou l'émergence d'une *opinio juris*. Pour savoir si cela est vrai d'une résolution donnée de l'Assemblée générale, il faut en examiner le contenu ainsi que les conditions d'adoption; il faut en outre vérifier s'il existe une *opinio juris* quant à son caractère normatif »<sup>273</sup>. S'il est indispensable d'examiner la teneur et les circonstances entourant l'adoption de la résolution, on peut soutenir qu'en général, lorsqu'une résolution est adoptée avec « un nombre non négligeable de voix contre et d'abstentions », il n'existe pas d'*opinio juris* générale quant à son caractère normatif; autrement dit, la résolution « n'établit pas encore l'existence d'une *opinio juris* »<sup>274</sup>. De même, toute résolution adoptée à l'unanimité (ou à une majorité écrasante et représentative) peut constituer la preuve d'une conviction juridique générale<sup>275</sup>. En outre, lorsque tel État non seulement s'abstient de soulever quelque objection à l'adoption de telle résolution déclaratoire de droit mais prend également une part active à cette adoption, l'« acceptation comme étant le droit » de son contenu normatif peut tout à fait lui être attribuée<sup>276</sup>. Enfin, « des résolutions successives [contenant des déclarations constantes] peuvent illustrer l'évolution progressive de l'*opinio juris* nécessaire à l'établissement d'une règle nouvelle »<sup>277</sup>; là encore, évidemment, tout dépend des circonstances de l'espèce<sup>278</sup>.

---

(« The overwhelming majority of resolutions of international organizations are formally recommendations only. This is well known to States – they may have very different reasons to vote for a resolution. Those reasons may include political expediency and the desire not to be singled out as a dissenter. Even if a resolution employs legal terminology and speaks of all States' obligations, a State's affirmative vote cannot be taken as a definitive proof of *opinio juris* »).

<sup>273</sup> *Licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un État dans un conflit armé, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996*, p. 226, p. 254 et 255; voir également l'opinion résumée du Tribunal des réclamations États-Unis/Iran dans l'affaire *Sedco* (1986) : « United Nations General Assembly resolutions are not directly binding upon States and generally are not evidence of customary law. Nevertheless, it is generally accepted that such resolutions in certain specified circumstances may be regarded as evidence of customary international law or can contribute – among other factors – to the creation of such law » (*ILM*, vol. 25, p. 629, p. 633 et 634).

<sup>274</sup> *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996* p. 226, p. 255, par. 71.

<sup>275</sup> Voir également *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1971*, p. 16, p. 79 (opinion individuelle du juge Ammoun); *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le Territoire palestinien occupé, avis consultatif, C.I.J. Recueil 2004*, p. 136, p. 235 et 236 (opinion individuelle du juge Al-Khasawneh); J. Barboza, *supra* note 119, p. 5 (« The probability of such type of [General Assembly normative resolutions] to serve as a declaration of customary law, or as the basis for the formation of a custom depends, precisely, on the majority behind it. If obtained by unanimity, or by consensus, they represent the international opinion better than multilateral treaties, having a relatively restricted membership »).

<sup>276</sup> *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique), fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986*, p. 14, p. 133, par. 264.

<sup>277</sup> *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996*, p. 226, p. 255, par. 70; voir également p. 532 (opinion dissidente du juge Weeramantry) (« Les déclarations de l'Assemblée générale, organe représentatif principal de la communauté internationale, n'ont peut-être pas, en elles-mêmes, valeur de norme de droit mais lorsque [...] elles sont réitérées [...] elles [peuvent] confort[er] [une idée de ce qu'est une règle de droit

international coutumier] »); *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le Territoire palestinien occupé, avis consultatif, C.I.J. Recueil 2004*, p. 136, p. 236 (opinion individuelle du juge Al-Khasawneh) (« [un très grand nombre de résolutions adoptées à une majorité écrasante ou par consensus allant toujours dans le même sens], sans être contraignantes, n'en produisent pas moins des effets juridiques et attestent de la constance de l'*opinio juris* de la communauté internationale »); *Sud-Ouest africain, deuxième phase, arrêt, C.I.J. Recueil 1966*, p. 6, p. 292 (opinion dissidente du juge Tanaka) (« Nous ne pouvons évidemment pas admettre que des résolutions, déclarations, arrêts, décisions, etc., aient isolément force obligatoire pour les États membres de l'organisation [internationale]. Ce que le droit international coutumier exige, c'est la répétition d'une même pratique; par suite, il faut en l'espèce que des résolutions, déclarations, etc., sur la même question aient été adoptées à plusieurs reprises par la même organisation ou par plusieurs organisations. On doit noter en même temps que, chaque résolution, déclaration, etc., étant l'émanation de la volonté collective des États participants, la volonté collective de la communauté internationale peut certainement se manifester plus rapidement et plus fidèlement que ne le permettait le processus normatif traditionnel. Ce système collectif cumulatif et organique de création de la coutume représente, pour ainsi dire, un moyen terme entre la législation par convention et le processus traditionnel de création de la coutume et l'on peut constater qu'il joue un rôle important dans l'évolution du droit international. En résumé, on peut dire que, lorsque les organes compétents de la communauté internationale font connaître leur position par une accumulation de résolutions, déclarations, décisions, etc., qui constituent des interprétations autorisées de la Charte, il faut y voir la preuve d'une coutume internationale au sens de l'Article 38, par. 1 b), du Statut »); E. Suy, « Innovation in international law-making processes », in R. St. John Macdonald et autres (dir.), *The International Law and Policy of Human Welfare* (Sitjhoff & Noordhoff, 1978), p. 187 et 190 (« [*opinio juris*] may also arise [...] through the mere repetition of principles in subsequent resolutions to which states give their approval »). Mais voir S. Rosenne, *supra* note 79, p. 112 (« There is a tendency today for the agendas of international organs to be excessively repetitive, and the repeated voting is an inert reflex from a policy decision when the issue was first brought up for discussion. »). Cf. *Sahara occidental, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1975*, p. 12, p. 99 (opinion individuelle du juge Ammoun, Vice-Président) (« L'Assemblée générale a affirmé la légitimité de cette lutte [pour la libération de la domination étrangère] dans au moins quatre résolutions, [...] dont l'ensemble constitue déjà une coutume ») et p. 121 (opinion individuelle du juge Dillard) (« [M]ême si une résolution isolée de l'Assemblée générale n'a pas force obligatoire, l'effet cumulatif de nombreuses résolutions d'un contenu semblable, votées par une forte majorité et fréquemment réitérées pendant un certain laps de temps, peut devenir l'expression d'une *opinio juris* et constituer ainsi une norme de droit coutumier international. »).

<sup>278</sup> Voir *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996*, p. 226, p. 254 et 255 et p. 319 et 320 (opinion dissidente du juge Schwebel) (« [Le fait que les résolutions de l'Assemblée générale] ont été adoptées à des majorités variables, malgré une opposition puissante, constante et qualitativement importante [...] [et que] cette opposition [...] regroupe des États qui représentent une bonne partie du pouvoir économique et militaire dans le monde et un pourcentage important de sa population suffit à ôter toute valeur juridique aux résolutions [de l'Assemblée générale] en question. [...] [L]e fait que l'Assemblée générale ait adopté des résolutions successives de la même veine [...] montre plutôt ce que le droit n'est pas. Leur répétition, face à une opposition considérable et durable, note le caractère inopérant de ces résolutions tant sur le plan de la formation du droit que sur le plan des effets pratiques. »); *Essais nucléaires (Australie c. France), arrêt, C.I.J. Recueil 1974*, p. 253, p. 435 et 436 (opinion dissidente du juge Barwick) (« Il se peut que [...] les résolutions des Nations Unies et autres expressions de l'opinion internationale, quelque fréquentes, nombreuses et vigoureuses qu'elles puissent être, soient insuffisantes pour justifier la thèse que le droit coutumier [entérine] dès maintenant [telle ou telle règle]. »); voir également S. Rosenne, *supra* note 79, p. 112 (« Consensus is a particularly misleading notion, as frequently the formal element of no vote will conceal the many reservations buried away in the records, and it often only means agreement on the words to be used and on their place in the sentence, and absence

77. *L'abstention comme preuve de l'élément subjectif.* L'« acceptation comme étant le droit » peut également résulter de l'inaction ou de l'abstention, lorsque ces comportements valent assentiment ou acquiescement à la pratique considérée<sup>279</sup>. Selon G. Fitzmaurice : « L'absence d'opposition, cela va de soi, n'a d'importance que dans la mesure où elle permet de présumer le consentement, l'acquiescement ou la tolérance de la part des autres États intéressés; en soi, elle n'emporte pas nécessairement cette présomption. Il n'en est ainsi que si une opposition est nécessaire pour éviter qu'en son absence il y ait présomption de consentement ou d'acquiescement. Tel n'est pas le cas, en particulier, lorsque la pratique ou l'usage en question n'ont pas été portés à la connaissance d'autres États ou, à tout le moins, lorsqu'ils manquent de la notoriété qui peut faire présumer leur connaissance; tel n'est pas le cas non plus lorsque la pratique ou l'usage en question se présentent sous une forme telle que, rationnellement, il est impossible pour les autres États de connaître leur véritable nature<sup>280</sup>. »

78. La pratique contraire à la règle (c'est-à-dire celle incompatible avec la règle coutumière présumée) peut attester l'absence d'« acceptation comme étant le droit »<sup>281</sup>, de même qu'elle peut empêcher de regarder telle pratique comme constante. Cependant, toute pratique non conforme à une règle peut venir confirmer

---

of agreement, or even disagreement, on their meaning and on the intent of the document as a whole. »); *Déclaration de Londres de l'Association de droit international*, p. 59.

<sup>279</sup> Voir, par exemple, *Interprétation des traités de paix (deuxième phase), avis consultatif* : C.I.J. Recueil 1950, p. 221, p. 242 (opinion dissidente du juge Read) (« Le fait qu'aucun État n'a pris cette position [à savoir qu'il serait loisible à une partie au différend d'empêcher que ce différend soit arbitré, en recourant à l'expédient consistant à s'abstenir de désigner un représentant à la commission] apporte la confirmation la plus forte à la pratique ou à l'usage international, en matière d'arbitrage, qui a été exposé plus haut. »); *Plateau continental de la mer du Nord, arrêt*, C.I.J. Recueil 1969, p. 3, p. 232 (opinion dissidente du juge Lachs); *Priebke, Erich s/ solicitud de extradición* (Cour suprême argentine), causa No 16.063/94, 2 novembre 1995, par. 90; voir également K. Wolfke, *supra* note 6, p. 48 (« toleration of a practice by other states, considering all relevant circumstances, justifies the presumption of its acceptance as law. »); J.I. Charney, « Universal International Law », *American Journal of International Law*, 87 (1993), p. 529 et 536. Selon les termes du juge Hudson, « le fait pour les États de ne pas avoir à l'époque contesté cette conception [de l'État qui a agi selon laquelle la pratique était rendue obligatoire par une règle de droit] » est un des éléments constitutifs de la coutume internationale : M.O. Hudson, *supra* note 181, p. 609.

<sup>280</sup> G. Fitzmaurice, *supra* note 174, p. 33 ; voir aussi *Affaire du « Lotus » (France c. Turquie)*, C.P.I.J. 1927, Recueil des arrêts (série A), n° 10, p. 28 (« [C]'est seulement si l'abstention était motivée par la conscience [des États] d'un devoir de s'abstenir que l'on pourrait parler de coutume internationale. »); *Plateau continental de la mer du Nord, arrêt*, C.I.J. Recueil 1969, p. 3, p. 42, par. 73 (« On ne saurait s'appuyer sur le fait que la non-ratification puisse être due parfois à des facteurs autres qu'une désapprobation active de la convention en cause pour en déduire l'acceptation positive de ces principes : les raisons sont conjecturales mais les faits demeurent. »). Selon les termes de G. Danilenko : « Under existing international law, absence of protest implies acquiescence only if practice affects interests [(direct or indirect)] and rights of an inactive state » : G.M. Danilenko, *supra* note 139, p. 108.

<sup>281</sup> Voir, par exemple, *Essais nucléaires (Australie c. France), arrêt*, C.I.J. Recueil 1974, p. 253, p. 305 (opinion individuelle du juge Petrén) (« Le comportement de ces États [qui ont procédé à des essais nucléaires atmosphériques] prouve que leurs gouvernements n'ont pas été d'avis que le droit international coutumier interdisait les essais nucléaires atmosphériques. »).

l'existence d'une *opinio juris* si la conduite est justifiée en des termes qui vont à l'appui de la règle coutumière<sup>282</sup>.

79. La preuve de l'« acceptation d'une pratique comme étant le droit » par un État (ou une organisation internationale) peut pécher par défaut de constance; ainsi, « dans un même État, les pouvoirs exécutif et judiciaire peuvent avoir des avis différents sur la question : il est alors d'autant plus difficile d'y discerner l'existence d'une quelconque *opinio juris* en ce sens »<sup>283</sup>. Comme pour la pratique, cette ambivalence est de nature à nuire à l'intérêt de l'*opinio juris* de cet État (ou organisation intergouvernementale) s'agissant de déterminer si telle règle de droit international coutumier existe ou non.

80. Nous proposons le projet de conclusion ci-après :

### **Projet de conclusion 11**

#### ***Preuve de l'acceptation comme étant le droit***

- 1. La preuve de l'acceptation d'une pratique générale comme étant le droit peut revêtir diverses formes, celles-ci pouvant varier selon la nature de la règle et les circonstances de son application.**
- 2. Les formes de preuves comprennent, sans s'y limiter, les déclarations par lesquelles l'État affirme ce qui est ou n'est pas la règle de droit international coutumier, la correspondance diplomatique, la jurisprudence des juridictions internes, les avis des conseillers juridiques de gouvernements, les publications officielles dans les domaines du droit international, la pratique conventionnelle et les décisions touchant les résolutions des organes d'organisations internationales et de conférences internationales.**
- 3. L'inaction peut également valoir preuve d'acceptation comme étant le droit.**
- 4. Le fait qu'un acte (positif ou négatif) accompli par tel État établisse l'existence d'une pratique aux fins de la détermination d'une règle de droit international coutumier n'empêche pas le même acte de prouver que la pratique en question est acceptée comme étant le droit.**

## **VII. Futur programme de travail**

81. Comme nous l'avons annoncé précédemment<sup>284</sup>, notre troisième rapport, à paraître en 2015, sera l'occasion de poursuivre la réflexion sur les deux éléments constitutifs de la coutume internationale (« une pratique générale », « acceptée comme étant le droit ») ainsi que les rapports qu'ils entretiennent l'un avec l'autre au vue de l'évolution des travaux sur le sujet en 2014. Nous reviendrons plus en

---

<sup>282</sup> *Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 14, p. 106, 108 et 109 (par. 202 et 207).

<sup>283</sup> *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, arrêt, C.I.J. Recueil, 2002, p. 3, p. 171 (opinion dissidente de la juge Van den Wyngaert).

<sup>284</sup> Voir *supra* note 1, par. 102.

détail sur certains aspects évoqués dans le présent rapport, en particulier le rôle de traités, des résolutions issues d'organisations internationales et de conférences internationales, et des organisations internationales en général. Nous y envisagerons également les notions d'« objecteur persistant », de droit international coutumier « spécial » ou « régional » et de « coutume bilatérale ».

82. Comme nous l'avons rappelé dans notre premier rapport, à ses première et deuxième sessions tenues en 1949 et en 1950, respectivement, la Commission du droit international, conformément à l'article 24 de son statut, a examiné le sujet intitulé « Moyens permettant de rendre plus accessible la documentation relative au droit international coutumier ». Cet examen a débouché sur une série de recommandations, adoptées par l'Assemblée générale qui sont d'actualité aujourd'hui encore<sup>285</sup>.

83. Ainsi qu'il est dit plus haut, l'éparpillement et le siège de la pratique (et de l'*opinio juris*) demeurent une importante question d'ordre pratique dans le monde d'aujourd'hui<sup>286</sup>. Aussi proposons-nous d'assortir le projet de conclusions d'indications quant aux sources à interroger et aux méthodes à suivre pour établir la pratique et son acceptation comme étant le droit. Il s'agirait de décrire les diverses sources constatant la pratique et l'*opinio juris*, notamment les recueils et autres publications des États mais aussi les ouvrages consacrés à la pratique dans tels ou tels domaines du droit international.

84. Nous envisageons toujours de présenter notre rapport final en 2016, accompagné de projets de conclusions et de commentaires révisés à la lumière des débats et des décisions qui auront été prises en 2014 et 2015, même si nous convenons avec certains membres de la Commission que c'est là un programme de travail ambitieux.

<sup>285</sup> Voir également *Mémorandum du Secrétariat*, par. 9 à 11; *supra* note 1, par. 9.

<sup>286</sup> Voir, par exemple, S. Rosenne, *supra* note 79, p. 58 à 61 ; O. Corten, *supra* note 176, p. 149 à 178.

## Annexe

### Projets de conclusions sur la détermination du droit international coutumier

#### Partie I Introduction

##### Projet de conclusion 1

###### *Portée*

1. Les présents projets de conclusions intéressent la méthodologie à suivre pour déterminer l'existence et le contenu des règles de droit international coutumier.
2. Les présents projets de conclusions sont sans préjudice de la méthodologie concernant d'autres sources du droit international et les questions relatives aux normes impératives de droit international (*jus cogens*).

##### Projet de conclusion 2

###### *Emploi des termes*

Aux fins des présents projets de conclusions :

- a) L'expression « droit international coutumier » s'entend des règles de droit international qui découlent et sont l'expression d'une pratique générale acceptée comme étant le droit;
- b) L'expression « organisation internationale » s'entend de toute organisation intergouvernementale;
- c) ...

#### Partie II Deux éléments constitutifs

##### Projet de conclusion 3

###### *Approche fondamentale*

Pour déterminer l'existence d'une règle de droit international coutumier et son contenu, il est nécessaire de rechercher s'il existe une pratique générale acceptée comme étant le droit.

##### Projet de conclusion 4

###### *Appréciation de la preuve*

Pour apprécier si telle pratique générale est acceptée comme étant le droit, il faut tenir compte du contexte, notamment des circonstances de l'espèce.

### **Partie III**

#### **Pratique générale**

##### **Projet de conclusion 5**

###### *Rôle de la pratique*

L'exigence d'une pratique générale en tant qu'élément du droit international coutumier signifie que c'est avant tout la pratique des États qui contribue à la création ou à l'expression de règles de droit international coutumier.

##### **Projet de conclusion 6**

###### *Attribution de comportement*

La pratique de l'État consiste dans le comportement qui lui est attribuable, dans l'exercice d'une fonction exécutive, législative, judiciaire ou autre.

##### **Projet de conclusion 7**

###### *Formes de pratique*

1. La pratique peut prendre diverses formes et résulte d'actes matériels et verbaux.
2. La pratique se manifeste notamment dans le comportement des États « sur le terrain », l'action et la correspondance diplomatiques, les actes législatifs, la jurisprudence interne, les publications officielles dans le domaine du droit international, les déclarations faites au nom d'États concernant telle ou telle entreprise de codification, la pratique en matière de traités et les actes résultant de résolutions adoptées par des organes d'organisations ou de conférences internationales.
3. L'inaction peut aussi valoir pratique.
4. Les actes (y compris l'inaction) des organisations internationales peuvent également valoir pratique.

##### **Projet de conclusion 8**

###### *Appréciation de la preuve de la pratique*

1. Il n'y a aucune hiérarchie prédéterminée entre les différentes formes de pratique.
2. Il convient d'envisager l'ensemble de la pratique connue de l'État. On accordera moins de poids à la pratique des organes de l'État dès lors qu'ils ne parlent pas d'une même voix.

## Projet de conclusion 9

### *La pratique doit être générale et constante*

1. Pour concourir à constituer une règle de droit international coutumier, la pratique correspondante doit être générale, c'est-à-dire suffisamment répandue et représentative, sans être forcément universelle.
2. La pratique doit être généralement constante.
3. Il n'est prescrit aucune durée précise, pour autant que la pratique soit suffisamment générale et constante.
4. Pour déterminer l'existence d'une pratique, on prendra dûment en considération la pratique des États particulièrement intéressés.

## Partie IV

### « Acceptée comme étant le droit »

## Projet de conclusion 10

### *Rôle de l'acceptation d'une pratique générale comme étant le droit*

1. La condition que la pratique générale soit acceptée comme étant le droit, en tant qu'élément constitutif du droit international coutumier, signifie que la pratique en question s'accompagne d'un sentiment d'obligation juridique.
2. Distingue la règle de droit international coutumier de la simple habitude ou du simple usage le fait d'être acceptée comme étant le droit.

## Projet de conclusion 11

### *Preuve de l'acceptation comme étant le droit*

1. La preuve de l'acceptation d'une pratique générale comme étant le droit peut revêtir diverses formes, celles-ci pouvant varier selon la nature de la règle et les circonstances de son application.
2. Les formes de preuves comprennent, sans s'y limiter, les déclarations par lesquelles l'État affirme ce qui est ou n'est pas la règle de droit international coutumier, la correspondance diplomatique, la jurisprudence des juridictions internes, les avis des conseillers juridiques de gouvernements, les publications officielles dans les domaines du droit international, la pratique conventionnelle et les décisions touchant les résolutions des organes d'organisations internationales et de conférences internationales.
3. L'inaction peut également valoir preuve d'acceptation comme étant le droit.
4. Le fait qu'un acte (positif ou négatif) accompli par tel État établisse l'existence d'une pratique aux fins de la détermination d'une règle de droit international coutumier n'empêche pas le même acte de prouver que la pratique en question est acceptée comme étant le droit.

**ANNEXE 156**

**SOCIÉTÉ DES NATIONS, COMITÉ D'EXPERTS POUR LA CODIFICATION PROGRESSIVE DU DROIT  
INTERNATIONAL, RAPPORT AU CONSEIL DE LA SOCIÉTÉ DES NATIONS SUR LES QUESTIONS  
QUI PARAISSENT AVOIR OBTENU LE DEGRÉ DE MATURITÉ SUFFISANT POUR  
UN RÈGLEMENT INTERNATIONAL, DOC. C.196.M.70 (1927)**

SOCIÉTÉ DES NATIONS

COMITÉ D'EXPERTS POUR LA CODIFICATION  
PROGRESSIVE DU DROIT INTERNATIONAL

**RAPPORT**  
**AU CONSEIL DE LA SOCIÉTÉ DES NATIONS**

SUR LES

QUESTIONS QUI PARAISSENT AVOIR OBTENU  
LE DEGRÉ DE MATURITÉ SUFFISANT  
POUR UN RÈGLEMENT INTERNATIONAL

(QUESTIONNAIRES N<sup>os</sup> 1 A 7)

*Adopté par le Comité à sa troisième session, tenue en mars-avril 1927.*

Publications de la Société des Nations

V. QUESTIONS JURIDIQUES

1927. V. 1.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
Résolution de l'Assemblée du 22 septembre 1924 . . . . .	5
Composition du Comité d'experts nommé par le Conseil de la Société des Nations . . . . .	6
Rapport sur les questions qui paraissent avoir obtenu le degré de maturité suffisant pour un règlement international . . . . .	7

---

<i>Annexe I.</i> Questionnaires adoptés par le Comité à sa deuxième session, tenue en janvier 1926 . . . . .	8
<i>Annexe II.</i> Réponses des gouvernements aux questionnaires . . . . .	127
<i>Annexe II bis.</i> Réponses des gouvernements reçues après la session du Comité . . . . .	
<i>Annexe III.</i> Analyses des réponses reçues des gouvernements aux questionnaires présentés par des membres du Comité . . . . .	263

---

*Deuxième partie de la première question.*

DANS QUELS CAS UN ÉTAT PEUT ÊTRE RESPONSABLE DES DOMMAGES CAUSÉS SUR SON TERRITOIRE  
A LA PERSONNE OU AUX BIEN DES ÉTRANGERS.

L'exposé précédent nous sera très utile pour déterminer les limites de la responsabilité internationale, dans chaque cas particulier, sans recourir à des notions surannées, ou à des conceptions basées sur des analogies tirées du droit interne.

C'est surtout lorsqu'il s'agit de codifier le droit international que l'esprit doit se dégager totalement de toutes les idées qui tendent à élargir la responsabilité des États par l'incorporation dans le droit international de principes provenant de sources différentes et même opposées.

Cette tendance a nui au droit international, augmentant, au lieu de réduire, le nombre des conflits internationaux. Gardons-nous de toute exagération, qui pourrait constituer une perpétuelle et grave menace à la bonne harmonie des rapports entre nations. Consultons toujours la volonté interétatique, seule capable de créer le droit international, et écartons la responsabilité, là où cette volonté est divergente ou douteuse.

C'est là une conduite d'autant plus sage que l'organisation actuelle des États renferme elle-même les éléments nécessaires pour rendre effective la protection des étrangers.

Et c'est dans cet esprit que nous allons passer, maintenant, à l'étude des différents faits qui peuvent causer des dommages aux étrangers et engager ou ne pas engager la responsabilité internationale.

*Crimes politiques commis sur des étrangers sur le territoire d'un Etat.*

Le crime politique est le cas le plus grave qui puisse se présenter, le droit international exigeant une protection supérieure à l'égard de l'étranger investi d'une représentation officielle.

Cependant, ce crime, en lui-même, ne constituerait pas une violation du droit international. L'homme, qu'il ait ou non une fonction publique, restera toujours exposé à subir des offenses et des dommages. La communauté internationale n'a pas voulu faire entendre, évidemment, que le caractère représentatif dévolu par un individu serait capable de l'immuniser contre les accidents de la vie.

Néanmoins, les États se sont imposés, à l'égard de ces personnes, un devoir de surveillance plus strict que celui qu'ils déploient envers de simples particuliers. Ils doivent également dicter des mesures spéciales pour prévenir les attentats, dont pourraient être victimes ces représentants d'États étrangers, et ils doivent déployer une activité supérieure, aussi bien dans la poursuite des auteurs du crime que pour assurer le cours régulier de la justice.

Si l'État négligeait ces devoirs, s'il n'agissait pas avec toute la diligence et la bonne foi voulues, alors, et seulement alors, sa conduite engagerait sa responsabilité internationale.

Cette question a, d'ailleurs, été étudiée déjà et habilement résolue par un comité spécial de juristes, nommé par le Conseil de la Société des Nations, en date du 28 septembre 1924.

Elle avait été posée dans les termes suivants :

« A quelles conditions et dans quelles limites la responsabilité de l'État se trouve-t-elle engagée par le crime politique commis sur des étrangers sur son territoire ? »

La réponse du Comité des juristes fut la suivante :

« La responsabilité d'un État, pour un crime politique commis sur la personne des étrangers sur son territoire, ne se trouve engagée que si cet État a négligé de prendre toutes les dispositions appropriées en vue de prévenir le crime et en vue de la poursuite, de l'arrestation et du jugement du criminel.

« Le caractère public reconnu que revêt un étranger, les circonstances dans lesquelles il se trouve sur le territoire de l'État entraînent, pour celui-ci, un devoir de vigilance spéciale à son égard. »

Cette façon de définir le devoir international de l'État et de déterminer la limite de sa responsabilité répond exactement au critérium que nous avons développé dans la première partie de ce rapport. Les États n'ont jamais songé à se rendre garants de l'inviolabilité des droits individuels et de prendre sur eux la responsabilité d'autrui. Ils se sont simplement imposés l'obligation de s'organiser dans des conditions telles que les étrangers puissent trouver la sécurité relative qu'une bonne organisation interne peut leur offrir, ainsi que les organes appropriés à la répression et au jugement.

Cette limitation du devoir et, par conséquent, de la responsabilité impose à l'État lésé par l'attentat commis une conduite extrêmement prudente à l'égard de l'État où le crime ou attentat fut commis. La responsabilité ne pourrait être retenue qu'après une constatation régulière des faits.

En ce qui concerne donc les crimes politiques commis sur des étrangers, nous proposons l'adoption du texte inséré ci-dessus.

*Actes illicites des fonctionnaires.*

Nous avons dit que les fonctionnaires, quelle que soit la branche de l'organisation nationale à laquelle ils appartiennent, sont des organes de l'État et que leurs actes doivent être considérés, par conséquent, comme des actes de l'État.

C'est, en effet, par l'intermédiaire desdits fonctionnaires que l'Etat assure sa fonction protectrice. Cette obligation n'a pas été contractée sous une forme aussi concrète que nous venons de l'exposer, le droit international créant le droit, sans établir la règle de son application. Mais, puisque l'Etat est une entité abstraite, il doit, pour développer son activité, se pourvoir d'organes aptes à réaliser sa mission étatique.

Et, s'il est parfaitement exact que l'Etat n'est pas tenu d'avoir tel ou tel organe, il n'est pas moins vrai qu'il a l'obligation de créer tous ceux qui lui sont indispensables pour être en mesure de remplir ses devoirs internationaux.

La première question qui se pose ici est celle de savoir si tous les actes des fonctionnaires doivent être considérés comme des actes de l'Etat. Nous répondons négativement et nous faisons une distinction entre ceux qui sont exécutés par les fonctionnaires dans les limites de leur compétence et ceux qui outrepassent cette limite.

Les premiers sont de véritables actes de l'Etat et s'ils se trouvent en contradiction avec le droit international et lèsent le droit d'un autre Etat, ils entraînent fatalement la responsabilité de l'Etat auquel ils sont indiscutablement imputables. Si l'étranger subit de ce fait un dommage, c'est à l'Etat de le réparer.

La raison en est claire. Lorsque le fonctionnaire agit dans la limite de sa compétence, il obéit à un commandement. Si ce commandement enfreint une règle de droit international, l'Etat doit en répondre, parce que l'infraction ne pourrait provenir que d'un vice de commandement, soit qu'il outre passe le droit de l'Etat, soit qu'il omet de faire ce à quoi l'Etat est lié.

Dans l'un comme dans l'autre de ces deux cas, l'acte du fonctionnaire, légal au point de vue du droit interne, constitue, malgré tout, un acte illicite imputable à l'Etat.

Pendant, pour que la responsabilité de l'Etat soit réellement engagée, du fait qu'un étranger a subi des dommages par la faute d'un fonctionnaire, et pour que l'Etat auquel il appartient puisse se considérer lésé et prétendre à une réparation, il faut que certaines conditions soient réalisées. Les voici: 1<sup>o</sup> il faut que l'acte exécuté par le fonctionnaire, dans la limite de sa compétence, ait été contraire à un devoir international; 2<sup>o</sup> que le droit violé ait été juridique et non pas moral; 3<sup>o</sup> que le droit invoqué par l'Etat lésé, pour la violation qui aurait déterminé le dommage, soit un droit positif, créé par un traité entre les deux Etats ou par le droit coutumier, dûment reconnu comme émanant de la volonté collective des Etats; 4<sup>o</sup> que le dommage ne soit pas le résultat d'un acte réalisé par le fonctionnaire, pour pourvoir à la défense des droits de l'Etat.

Lorsque ces points extrêmes se trouvent réalisés, la responsabilité internationale est évidente et l'Etat ne saurait se prévaloir de l'insuffisance de sa législation. Sa responsabilité découle précisément du fait qu'il n'a pas su prévoir la nécessité des lois indispensables à l'accomplissement de ses obligations internationales. C'est pour cette raison, surtout, que les traités sont publiés. Ils deviennent ainsi des lois que les fonctionnaires sont tenus de connaître et d'observer.

Si l'acte du fonctionnaire est exécuté en dehors de sa compétence, c'est-à-dire, s'il a outrepassé son pouvoir, on se trouve alors devant un acte qui, juridiquement, n'est pas un acte de l'Etat. Il peut être illicite, mais, au point de vue droit international, il ne saurait être imputable à l'Etat.

Ceux qui veulent rendre les Etats responsables de ces faits sont obligés de recourir à des théories plus ou moins ingénieuses, mais qui ne trouvent pas place dans le droit international. Nous citerons, entre autres, celle de la *culpa in eligendo* ou *in custodiendo*. Elle repose, comme toutes les théories basées sur la faute, sur une *proesumptio juris et de jure*, qui ne saurait être appliquée en droit international.

D'autre part, existe-t-il un Etat, si parfait soit-il, qui puisse être sûr de ne pas se tromper, lorsqu'il choisit ses fonctionnaires ou lorsqu'il contrôle leurs actes? Peut-on répondre qu'un homme restera indéfiniment fidèle à ses devoirs et incapable d'un abus?

Certains voient le fondement de cette responsabilité dans les nombreux précédents que l'on retrouve en remontant le cours de l'histoire des réclamations internationales. Il serait infiniment dangereux d'attribuer une valeur quelconque à ces précédents. Le droit international positif ne doit pas épuiser ses forces dans une source aussi faible que contradictoire. Tout ce qu'on pourrait déduire de la plupart de ces précédents, c'est que l'abus du pouvoir a voulu s'imposer au droit. Pas une de ces responsabilités n'a été retenue contre des Etats puissants. Et pourtant, peut-on dire que les bons fonctionnaires sont le privilège exclusif des Etats forts?

Une pratique appuyée par la force ne saurait être qualifiée de pratique internationale, dans le sens admis par le droit international. Il faut se garder, au contraire, pour le prestige même du droit, d'incorporer, dans le droit coutumier, ce qui n'exprime pas, d'une façon indéniable, la volonté précise de tous les Etats de la communauté internationale.

Il serait inconcevable que le souci de protéger les étrangers ait poussé les Etats à les garantir contre les abus des autorités et à substituer la responsabilité internationale à la responsabilité individuelle.

De même que l'acte du fonctionnaire, accompli dans les bornes de sa compétence, est un acte de l'Etat, puisque, dérivant de l'application du droit national, parfait ou défectueux, peu importe, au point de vue du droit international, une irrégularité d'un fonctionnaire constitue un acte individuel qui n'a pas été voulu par l'Etat et qui peut provenir de la malveillance du fonctionnaire même.

Bien que ces cas doivent être considérés comme indifférents au point de vue du droit international, l'Etat n'en est pas moins tenu d'observer une ligne de conduite qui empêche, dans la mesure du possible, la réalisation de ces cas et qui permette à l'étranger endommagé de poursuivre le coupable.

Aussi, classerons-nous ces cas à un degré au-dessus des actes illicites, exécutés par le particulier non fonctionnaire. L'acte du particulier et celui du fonctionnaire, outrepassant sa compétence, restent toujours des actes privés; mais nous considérons que la surveillance de l'Etat doit être plus stricte à l'égard du deuxième.

C'est ainsi qu'en ce qui concerne ~~ce~~<sup>154</sup> il y aurait responsabilité internationale, si, d'une part, le Gouvernement, informé qu'un fonctionnaire s'apprête à commettre un acte illicite contre le ressortissant d'un Etat étranger, ne l'en empêchait pas en temps utile; si, d'autre part, l'acte accompli, le Gouvernement ne s'empressait pas d'infliger audit fonctionnaire les mesures répressives, établies par la législation nationale; ou bien encore, s'il ne donnait pas suite à l'action que l'étranger lésé a le droit d'introduire, d'accord avec la même législation.

En dehors de ces circonstances, l'Etat ne saurait être tenu pour responsable, en tant que droit international.

#### *Actes des particuliers.*

C'est ici, surtout, qu'une foule de théories ont été invoquées en vue d'établir la responsabilité internationale de l'Etat au sujet des faits accomplis par des individus soumis à son autorité. Aucune de ces théories n'a pu résister à un examen sérieux.

On a cherché tout d'abord à ressusciter une coutume médiévale, par laquelle la communauté politique devait répondre des actes de ses membres. Cette notion, qui pouvait avoir raison d'être lorsque tout pouvoir était concentré entre les mains des souverains, serait parfaitement hors de propos dans l'état actuel de l'organisation des rapports entre l'Etat et les individus qui se trouvent sous sa juridiction.

Par la suite, la réaction de Grotius introduisant la conception romaine de la *culpa* marquait déjà un pas en avant; mais elle était encore loin de correspondre aux exigences du droit international et de préciser la véritable fonction des Etats modernes dans leurs relations internationales.

Aujourd'hui, l'irresponsabilité de l'Etat, à raison des actes d'autrui, est devenue une règle juridique fondamentale, sans laquelle la base même de la communauté se trouverait ébranlée.

Le souverain, qui, jadis, se confondait avec l'Etat, n'est plus le maître absolu de tout ce qui se trouve sur son territoire. L'individu, aussi bien que le souverain, possède une sphère d'action qui lui est propre. Il agit en complète indépendance et il répond de ses actes. Il en est de même de l'Etat vis-à-vis des autres Etats que de l'individu à l'égard de l'Etat où il réside. Si le particulier, national ou étranger, offense ou cause des dommages à un particulier, également national ou étranger, son acte, illicite au point de vue du droit interne, peut être poursuivi par la personne lésée et d'accord avec ce même droit.

Nous croyons inutile de nous attarder à l'étude de cette question, parce qu'elle n'offre guère d'intérêt d'après le droit international. Si un doute pouvait se présenter au sujet des dommages causés par des actes de particuliers, il suffirait de consulter la définition que nous avons donnée de la violation du droit international et du caractère et des limites de la responsabilité des Etats dans leurs relations mutuelles.

#### *Actes rentrant dans l'exercice de la fonction judiciaire.*

S'il existe un principe général où les divergences ne sont pas permises, c'est bien celui qui proclame le respect dû à la Majesté de la Justice. S'il y a une offense intolérable entre Etats qui se respectent, c'est celle de mettre en doute la bonne foi des magistrats locaux chargés d'administrer cette justice.

Et il y a encore d'autres principes aussi stricts et universels que ceux-ci. Par exemple, celui qui considère comme un attentat à la souveraineté interne toute intervention, toute prétention d'intervention, dans le cours régulier de la justice d'un autre Etat.

Voilà des normes juridiques formelles, autant que précises, que la volonté des Etats a créées pour régler la conduite qu'ils doivent observer dans toutes les circonstances de la vie collective internationale.

Quant au devoir de protection judiciaire à l'égard des étrangers, il se borne à leur reconnaître une condition juridique dont ils peuvent profiter moyennant l'usage de lois appropriées et de tribunaux indépendants, mis à leur portée, aussi bien qu'à celle des nationaux. Ni plus ni moins.

Les décisions de ces tribunaux doivent toujours être considérées comme conformes au droit. Le juge, et seulement le juge local, a le pouvoir d'interpréter le droit. Quand bien même il se tromperait, son jugement doit être respecté. Ainsi l'exigent la dignité de la justice et le caractère de l'Etat moderne.

L'irresponsabilité de l'Etat, par suite d'une erreur judiciaire commise par ses tribunaux, est tellement ancrée dans la conscience des peuples que, dans tous les pays, la littérature juridique n'épargne pas ses critiques, fort sévères parfois, à la décision arbitrale par laquelle de Martens déclare les Pays-Bas responsables de l'erreur judiciaire commise par ses tribunaux, lors de l'affaire du navire australien *Costa-Rica-Packet*.

Ceci revient à dire que la communauté des nations n'admet d'autre recours contre les erreurs judiciaires que celui que la législation locale peut offrir à l'étranger aussi bien qu'au national, et que, si celle-ci ne prévoit point de recours, l'un et l'autre doivent s'incliner sans prétendre en déduire la moindre responsabilité de la part de l'Etat local.

Ce même raisonnement doit prévaloir en ce qui concerne les jugements appelés *injustes* ou *manifestement injustes*.

Rien ne serait plus dangereux que d'admettre la possibilité de reviser, en dehors des tribunaux locaux, une décision judiciaire soi-disant injuste. Ce serait ouvrir une porte à tous les abus, à la plus grave violation de souveraineté interne et à combien de conflits internationaux!

Dans l'organisation actuelle des Etats, liés par le respect réciproque de leurs institutions, il serait inconcevable de prétendre créer, à un moment quelconque, un juge spécial au-dessus d'une magistrature nationale.

Si nous ne voulons pas bouleverser ce qui doit constituer la source unique du droit international: la volonté collective des Etats, comment supposer qu'en rentrant dans la communauté, ceux-ci

auraient formé le propos de diminuer la dignité et l'autorité de leurs tribunaux de justice ? C'est à cela, cependant, qu'aboutirait toute revision qui ne serait pas prévue par la législation de chaque Etat. Et c'est précisément à cette revision que devraient fatalement recourir les partisans de la responsabilité internationale au sujet de décisions judiciaires viciées par une *injustice manifeste* ou *notoire*.

Où trouveraient-ils le *super-juge* dûment qualifié pour déterminer l'existence de cette injustice ? Et, en admettant qu'ils le trouvent, qu'advierait-il du principe de l'égalité des Etats sur lequel repose la communauté internationale et qu'on ne peut méconnaître sans ébranler tout son fondement ?

D'autre part, l'acceptation d'une action internationale ouverte à l'étranger, contre les jugements locaux, irait à l'encontre de la règle internationale qui établit que les ressortissants d'un Etat étranger ne peuvent prétendre à une situation privilégiée par rapport aux nationaux. Ce serait pourtant le cas, s'ils avaient un recours international en plus des voies prévues par le droit national.

Nous n'irions pas plus avant dans ces démonstrations, s'il n'y avait pas, malheureusement, des partisans de cette responsabilité internationale parmi les écrivains de la nouvelle littérature juridique. C'est la raison pour laquelle nous insistons encore sur ce sujet, et pour mieux affirmer la thèse par laquelle nous soutenons que l'action internationale ne saurait être admise contre les jugements locaux, nous citerons quelques cas à l'appui. Ils feront mieux ressortir encore avec quelle répugnance les demandes d'interventions de ce genre ont été le plus souvent accueillies.

Lorsque le Gouvernement des Etats-Unis d'Amérique, en 1885, fut saisi d'une demande dans ce sens, le secrétaire d'Etat, M. Bayard, adressa une lettre au ministre américain au Mexique, dans laquelle il disait : « Ce Département n'est pas un tribunal pour la revision des jugements des cours étrangères et nous avons uniformément établi que les erreurs de droit et même de fait desdits tribunaux ne seront pas un motif pour que nous intervenions. »

Un autre secrétaire d'Etat américain, M. Marcy, se prononça dans le même sens par une lettre adressée à son ministre au Chili, M. Starkéatter : « Les irrégularités dans un procès d'un citoyen américain au Chili, si elles n'ont pas la valeur d'un *déni de justice*, ne donneront pas fondement à une intervention des Etats-Unis. »

Lorsque la Grande-Bretagne et le Portugal soumièrent à l'arbitrage la question concernant la soi-disant *manifeste injustice* d'un jugement prononcé par la *Corte de Relação*, le tribunal d'arbitrage déclara : « En admettant sans hésitation que ce jugement ait été erroné, son injustice manifeste doit être refusée. Il serait manifestement injuste de demander compte au Gouvernement du Portugal de fautes attribuables aux tribunaux de son pays. D'après la constitution du Portugal, ces tribunaux sont parfaitement indépendants du Gouvernement, lequel, par conséquent, ne peut exercer aucune influence sur leurs décisions. Le Gouvernement de la Grande-Bretagne ne peut méconnaître cette vérité, sans méconnaître, du même coup, toute l'organisation du Portugal comme celle d'un Etat cultivé ; ce qui, évidemment, est loin de la pensée du Gouvernement de la Grande-Bretagne. »

Si ces déclarations furent exprimées dans des cas où la partie en cause se trouvait être un petit Etat, on peut bien supposer l'accueil qu'une grande Puissance accorderait à une demande tendant à la rendre responsable pour une décision injuste rendue par ses magistrats.

L'indépendance et le respect de la fonction judiciaire d'un Etat sont si indiscutablement reconnus que, même lorsque les tribunaux sont appelés à appliquer des règles de droit international privé, rentrant dans le domaine des lois d'un Etat, par suite d'un traité international, ils ne sont pas tenus à subir la surveillance de leurs gouvernements (Résolution de l'Institut de droit international dans sa session de La Haye, 1875).

Une autre prétention, non moins inadmissible, est celle de la responsabilité internationale pour retard anormal dans l'administration de la justice.

Aucun Etat ne saurait se flatter d'avoir des tribunaux si remarquablement organisés qu'ils ne puissent dépasser les délais prévus par les lois de procédure. Plus l'Etat est grand, plus les procès soumis à ses juges sont nombreux et plus difficile il est, par conséquent, d'éviter des retards souvent anormaux.

S'il est entendu que l'Etat n'est responsable ni des erreurs judiciaires ni de l'injustice manifeste des décisions judiciaires, ni du retard anormal dans l'administration de la justice, faut-il en déduire qu'il n'a aucune responsabilité en ce qui concerne sa fonction judiciaire ? Nullement. Sa responsabilité internationale peut se trouver gravement engagée.

Nous avons démontré déjà que l'Etat doit protection aux ressortissants des Etats étrangers se trouvant sur son territoire et qu'il doit exercer cette protection en octroyant aux étrangers les moyens nécessaires à la défense de leurs droits. Mais ces moyens ne sauraient être que ceux accordés par les lois, les tribunaux et les autorités chargées de l'ordre et de la sécurité.

Dans le cas qui nous occupe, l'Etat manquerait à son devoir envers les autres Etats, s'il n'ouvrait ses tribunaux aux étrangers dans les mêmes conditions qu'aux nationaux, ou si ses tribunaux se refusaient à donner suite à l'action introduite par un étranger en défense des droits qui lui sont reconnus et au moyen de recours établis par la législation interne.

Cette responsabilité-là proviendrait d'un *déni de justice* :

Lorsque nous disons « dans les mêmes conditions qu'aux nationaux », nous voulons appeler l'attention sur l'égalité dans la jouissance des recours mis à la disposition de tous ceux qui se trouvent sous la même juridiction. Ainsi, si les nationaux sont admis au droit de faire appel contre une décision de première instance, le même traitement doit être accordé aux étrangers, lorsqu'il s'agit de droits qui leur sont reconnus.

Ne doit pas être considérée comme *déni de justice* la décision par laquelle une autorité judiciaire, suivant la procédure locale, déclare irrecevable une demande présentée par un étranger.

Le devoir de l'Etat s'est trouvé accompli du fait même que le tribunal local a pu se prononcer sur cette demande.

Il s'ensuit que le *déni de justice* consiste à refuser aux étrangers le libre accès aux tribunaux organisés dans l'Etat pour l'accomplissement de sa fonction judiciaire, ou encore à ne pas accorder ce libre accès, dans un cas spécial, à l'étranger qui aurait à défendre ses droits et alors que le recours serait ouvert aux nationaux.

Nous nous résumons et concluons, en conséquence, que, en tant que devoir de protection judiciaire incombant à l'Etat, celui-ci n'encourt une responsabilité internationale qu'au seul cas où il aurait commis un *déni de justice*, tel que nous venons de le définir.

*Dommages soufferts par des étrangers en cas d'émeute ou de guerre civile.*

Depuis longtemps déjà, ce problème a donné lieu à des conflits extrêmement variés et à des discussions qui n'ont pas encore abouti à la détermination d'une règle précise. Cet état de choses n'est pas imputable à l'absence de normes juridiques internationales susceptibles de résoudre ce problème; mais bien plutôt à la tendance qu'ont les adeptes du droit international à s'enliser dans des domaines fermés à toute enquête d'ordre juridique international, pour tirer ensuite, au moyen d'analogies incompatibles avec le droit international, des conclusions dépourvues de tout fondement.

Quelques-uns, pour arriver à ce résultat, n'ont pas craint de remonter très loin, aussi bien dans le domaine des conceptions individualistes que dans celui des conceptions solidaires.

Et lorsque ces théories s'écroulèrent devant un examen sérieux, de nouvelles théories les remplacèrent avec un égal insuccès, d'ailleurs.

Les dernières en compte furent développées lors de la discussion du règlement élaboré à Neuchâtel par l'Institut de droit international. Ce furent les théories de l'*expropriation* et celle du *risque étatique*.

Nous allons les examiner succinctement, en nous gardant, bien entendu, d'envisager la question sous le même angle que leurs auteurs. Notre étude ne visant qu'à la recherche de règles de droit international susceptibles d'être codifiées, nous ne saurions, pour trouver des fondements à la responsabilité internationale, nous éloigner systématiquement de ce droit.

Brusa l'a fait et ne s'en cache pas, puisque, dans son intéressant rapport à l'Institut de droit international, il déclare que l'intervention diplomatique étrangère doit se borner au cas où justice ne serait pas accordée à l'étranger qui a subi des dommages en cas d'émeute ou de révolution, ou bien encore, lorsque le gouvernement aurait violé le droit des gens, notamment, remarque-t-il, en violant un traité défendant les emprunts et les contributions forcées à la charge des résidents étrangers.

« Ici, ajoute Brusa, outre l'obligation corrélative de rendre les services et biens reçus, l'Etat aurait en même temps réellement engagé sa responsabilité vis-à-vis de l'Etat étranger et du droit des gens, ce qui autoriserait l'intervention directe de la diplomatie. »

Si nous ne nous abusons, la déduction logique de la pensée de Brusa est la suivante :

1<sup>o</sup> Que le fondement de l'obligation d'indemniser des dommages réside dans le fait que l'Etat reçoit des services;

2<sup>o</sup> Que la responsabilité de l'Etat ne devient internationale que lorsqu'il viole le droit des gens, par *déni de justice* ou par violation de traité.

Ceci prouverait que la responsabilité qui découle du raisonnement de Brusa est purement civile. En corrélation avec sa théorie de la compensation des bénéfices reçus par l'Etat, et comme s'il avait voulu, à dessein, se séparer du droit international, il avance, au même moment, son autre théorie de l'*expropriation* en matière civile.

Que deviendrait le droit international, si les règles issues du droit privé se transportaient ainsi dans son domaine, sous le seul prétexte d'une analogie quelconque? Y aurait-il une semblable analogie entre les rapports des Etats entre eux et les rapports entre l'Etat et les individus; entre la société internationale et la société nationale? Il ne saurait avant tout y avoir d'analogie juridique entre deux droits différents, et par la source, et par le contenu, et par la validité. L'un et l'autre sont mus par deux forces créatrices de droit qui n'ont aucune parenté entre elles. La première, bien qu'elle soit supérieure, exige le concours de multiples volontés, tandis que la seconde joue sans la moindre subordination.

C'est en s'inspirant de ce principe que le droit international doit se soustraire à toute invasion du droit interne.

Aussi bien dans les théories de Brusa que dans l'application du *risque* proposée par Fauchille, à la même occasion, on n'aperçoit pas des extrêmes juridiques du droit privé capables de se confondre avec ceux du droit international. D'où impossibilité juridique de tirer des conclusions, même provisoires.

En résumé, il est oiseux de prétendre chercher dans le droit civil, ou dans les notions qui peuvent lui être appliquées, les éléments nécessaires à l'établissement d'une responsabilité internationale.

Indépendamment du vice fondamental que nous venons de signaler, ces deux théories prêtent à d'autres critiques. Celles de l'*expropriation*, notamment, n'est pas plus exacte, lorsqu'elle assimile tous les dommages qu'un étranger peut subir, en cas de révolution, à la perte de la propriété pour cause d'utilité publique. Nous devons voir ici une prestation qui devra indubitablement être indemnisée, quels que soient les cas où elle s'est présentée; tandis que nous n'apercevons pas la même prestation matérielle dans d'autres actes pouvant occasionner des dommages.

La théorie du *risque étatif* tend à introduire dans le droit international des notions économiques qui ne trouvent point l'emploi dans les relations internationales. L'argumentation, choisie pour leur ouvrir une voie dans ce domaine, ne saurait augmenter leur valeur pas plus qu'elle ne justifierait leur admission. « Les étrangers, disait Fauchille, qui viennent s'établir dans un pays constituent, comme les nationaux, une source de profits pour l'Etat où ils résident: leur industrie, leur séjour sur son territoire, sont pour lui une cause de bénéfices. N'est-il pas logique et juste qu'en retour, l'Etat soit tenu de réparer les dommages que ces personnes (nationaux ou étrangers) auront subis par le fait d'autres nationaux ou d'autres étrangers? »

Ne serait-il pas plus rationnel de renverser l'argument? Et de dire: les étrangers ne quittent point leur patrie dans le but de faire bénéficier l'Etat dans lequel ils vont se fixer. Ils viennent à lui, au contraire, avec le ferme propos de profiter de ses richesses, de son hospitalité, de ses institutions, et dans l'espoir qu'ils pourront se former une situation meilleure que celle qu'ils ont abandonnée chez eux. Leur déplacement étant volontaire, ils doivent courir le risque qu'entraîne tout ce qui est basé sur le hasard et l'imprévu.

Il faudrait écarter également de notre étude les théories qui prétendent baser la responsabilité de l'Etat, en cas d'émeute ou de révolution, sur une *proesumptio juris et de jure*, ou sur une *obligatio ex delicto*.

Le droit international lui-même nous fournit des éléments qui lui sont propres pour résoudre cette question.

L'*émeute* est un acte exécuté par de simples particuliers et non par l'Etat. Les dommages qu'elle peut occasionner aux étrangers n'engendrent la responsabilité internationale que si l'Etat s'était soustrait à ses devoirs de surveillance, de répression et de protection judiciaire.

Les préjudices causés par une révolution peuvent provenir d'actes exécutés par chacune des parties adverses. S'ils ont été accomplis par les autorités légitimes, intéressées à rétablir l'ordre, l'Etat n'est pas responsable de ce que l'exercice de son droit et devoir suprême entraînerait des dommages aux étrangers, les intérêts de la collectivité, à laquelle appartiennent les étrangers, aussi bien que les nationaux, étant supérieurs à tout intérêt privé et l'Etat, en prenant des mesures destinées à rétablir le bien-être de la collectivité, n'ayant agi qu'en tant qu'entité devant garantir l'ordre et la sécurité, aussi bien au point de vue étatique qu'au point de vue international. Le premier lui étant imposé par la Constitution même, et, le second, par l'engagement qu'il a contracté d'assurer aux étrangers une situation normale, laquelle ne saurait exister en dehors de l'ordre et de la paix. Si on peut à la rigueur mettre en doute l'irresponsabilité absolue, lorsque l'Etat exerce un droit, on ne peut en faire autant, lorsqu'il exerce simultanément un droit et un devoir international.

Nous ne partageons pas l'opinion de ceux qui dénie aux révolutions le caractère *de force majeure*. En général, ni les guerres ni les révolutions ne sont voulues par l'Etat, et celles-ci moins encore que celles-là. Elles éclatent presque toujours par le déclenchement d'une force aveugle, contre laquelle le pouvoir public reste impuissant. Aucun Etat n'est immunisé contre ce malheur. Il fond sur lui avec la même brutalité que n'importe quel déchaînement des forces de la nature. Les étrangers, aussi bien que les nationaux, doivent en prendre leur parti et subir la bonne ou mauvaise fortune que leur réservent ces événements involontaires et imprévus.

Si le rôle protecteur de l'Etat était exigible dans le sens strict de réparer tout dommage subi par un étranger, il faudrait songer du même coup à la réparation de celui que peuvent lui occasionner les grèves. La responsabilité de l'Etat serait, dans ce cas, plus directe encore, puisque, dans presque tous les pays, l'Etat reconnaît le droit de grève, ou tout au moins il la tolère. Il ne faut pas perdre de vue, en effet, que, dans la vie intensive actuelle des grandes villes, une grève peut occasionner beaucoup plus de dommages aux étrangers, comme aux nationaux, que les petites révolutions qui ont donné, bien des fois, prétexte à de formidables réclamations.

Le cas de dommages provenant des actes de rebelles ou de révolutionnaires rentre dans la catégorie des actes de particuliers, qui ne sont pas imputables à l'Etat. Et ici il faut tenir compte de la règle suivant laquelle le devoir de protection est limité au territoire sur lequel l'Etat exerce sa souveraineté. Il n'est pas tenu de répondre des faits réalisés sur un territoire qui échappe à son autorité et à son contrôle, lorsqu'un cas de force majeure l'empêche de remplir ses fonctions protectrices.

Consultons maintenant le droit coutumier pour savoir s'il existe une règle susceptible d'être considérée comme une émanation de la volonté interétatique en ce qui concerne les dommages subis par les étrangers dans les guerres civiles.

Ce droit coutumier nous apprend effectivement, et avec une netteté mathématique, que les Etats ont toujours entendu, partout et dans tous les temps, être entièrement dégagés de toute responsabilité internationale concernant ces dommages.

Les Etats forts n'ont jamais manqué de l'affirmer, dans des termes tellement clairs et précis, que nul doute ne peut exister quant à leur volonté bien définie. Les Etats faibles, lorsqu'ils n'ont pu résister à l'imposition de la force, ont payé des indemnités, mais sous la réserve expresse qu'elles n'étaient pas dues de droit et qu'ils entendaient uniquement faire *acte de libéralité*.

Nous citerons quelques Etats qui, en différentes occasions, mirent en avant cette irresponsabilité internationale; ce sont: la Belgique, en 1830 et 1834; la France, en 1830, 1848 et 1871; la Russie, en 1850; l'Autriche, en 1865; les Etats-Unis, lors de la guerre de Sécession et, en 1851, lorsque des Espagnols furent victimes de la population de la Nouvelle-Orléans, et aussi tous les Etats de l'Amérique latine.

On a souvent critiqué les traités conclus entre quelques Etats européens et plusieurs Etats américains qui introduisirent des dispositions relatives à l'irresponsabilité en cas de dommages résultant de soulèvements et de guerres civiles. Nous estimons que ces critiques devraient s'adresser bien plutôt aux nations, qui, contrairement à toute règle internationale, ont prétendu imposer aux autres une responsabilité qu'en réalité elles ne pouvaient assumer. Et les Etats de l'Amérique latine ont agi sagement en s'efforçant d'assurer, par des traités, la défense de leurs droits légitimes.

Il est à remarquer, d'ailleurs, que ces traités se gardaient d'exclure la responsabilité résultant d'un *déni de justice*.

Bref, si la codification du droit international doit être faite, comme cela n'est pas douteux, d'après la volonté manifestée par les Etats, soit par des traités, soit par la pratique au cours de leurs rapports internationaux, nous devons en conclure que l'Etat n'est pas responsable des dommages subis par les étrangers en cas d'émeute ou de révolution.

Néanmoins, nous ne comprenons nullement dans ces dommages la perte de biens que l'Etat aurait infligée aux étrangers par réquisition, expropriation, confiscation, spoliation ou à tout autre titre arbitraire. Que ce soit en temps de paix, de guerre ou de révolution, l'Etat doit être le premier à respecter et à protéger la propriété des étrangers.

Nous avons dit que la propriété, comme la vie et la liberté, font partie des droits fondamentaux de l'individu, et qu'ils doivent être reconnus et protégés partout où il se trouve. L'état de guerre ou de révolution ne justifierait nullement la violation d'aucun de ces droits, et l'Etat qui manquerait à l'accomplissement du devoir de sauvegarde et de protection contracté à l'égard de la communauté internationale encourrait une responsabilité également internationale.

L'Etat est donc tenu de rembourser les biens des étrangers qu'il se serait appropriés en temps de révolution.

En ce qui concerne les biens des étrangers pris par les révolutionnaires ou rebelles, ce qui constitue, comme nous l'avons dit, des faits rentrant dans la catégorie des actes privés, l'Etat doit faciliter aux étrangers les moyens de poursuivre les coupables et de rentrer en possession de leurs biens. Si, au contraire, l'Etat enlevait aux étrangers tout moyen d'action, en vertu d'une loi d'amnistie, il engagerait sa responsabilité internationale et serait tenu de répondre des dommages que les révolutionnaires ou rebelles auraient causés auxdits étrangers.

## V

### *Deuxième question.*

SI, ET DANS QUELS TERMES, IL SERAIT POSSIBLE DE PRÉVOIR UNE CONVENTION INTERNATIONALE ASSURANT LA CONSTATATION DES FAITS POUVANT ENGAGER LA RESPONSABILITÉ DES ÉTATS ET INTERDISANT, EN PAREIL CAS, LE RECOURS A DES MESURES COERCITIVES AVANT D'AVOIR ÉPUISE LES VOIES DE RÈGLEMENT PACIFIQUE.

Nous avons vu que la responsabilité internationale ne découle pas des dommages que les étrangers peuvent subir; mais d'une omission ou de l'exécution d'un acte contraire au droit international et imputables à l'Etat. S'il arrive parfois que la responsabilité ressort nettement de l'existence ou de l'inexistence de l'acte même, il est souvent indispensable aussi — et nous pouvons dire presque toujours — de suivre une investigation approfondie des faits, afin de savoir s'ils intéressent bien réellement le droit international et si la responsabilité incombe à l'Etat.

La meilleure méthode internationale qui existe actuellement pour effectuer ces constatations est celle des commissions internationales d'enquêtes.

Résumons les avantages qu'elles offrent:

1<sup>o</sup> Le temps qui s'écoule entre la réalisation des faits et la constitution de ces commissions ne peut être que propice à calmer les esprits et l'effervescence des passions.

2<sup>o</sup> La nationalité des personnes chargées de l'enquête, leur honorabilité et la responsabilité morale qu'elles encourent garantissent l'impartialité de leurs investigations.

3<sup>o</sup> Les conclusions de ces commissions n'ayant pas le caractère d'une sentence arbitrale, le conflit peut s'effacer par l'acceptation pure et simple de ces conclusions, sans qu'aucune condamnation vienne blesser les sentiments de l'Etat responsable.

4<sup>o</sup> Si les conclusions ne produisaient pas de résultat immédiat, le différend pourrait encore être facilement résolu par tout autre moyen de règlement pacifique.

Dans la plupart des cas, il faut attendre que l'enquête parvienne à mettre fin au litige sans créer des rancunes profondes entre les deux Etats intéressés. Pas plus l'un que l'autre ne doit se considérer vainqueur ou vaincu; aucun des deux n'a subi le commandement impérieux d'un jugement. La commission se borne à présenter son rapport, tandis que les parties intéressées peuvent en tirer librement les conclusions et conséquences qui en découlent.

Il ne faut pas oublier l'immense service rendu à la cause de la paix par ce moyen de conciliation, lors de l'affaire du *Dogger Bank* entre la Russie et la Grande-Bretagne. Jamais la question des dommages causés aux étrangers n'amena deux grandes Puissances plus près de la guerre que lorsqu'en 1904, la flotte russe, en route vers l'Extrême-Orient, canonna une flottille de pêcheurs anglais sur le *Dogger Bank*.

La guerre ne fut évitée qu'en recourant à une de ces commissions internationales d'enquête prévue par la Convention de La Haye de 1899.

Cette procédure eut comme premier résultat d'apaiser la juste indignation soulevée en Angleterre et qui grandissait au fur et à mesure que se prolongeait la discussion entre les Gouvernements russe et anglais.

La Commission d'enquête, composée de cinq commissaires, dont un choisi par les gouvernements de chacune des deux nations intéressées, deux autres par les Gouvernements français et américain et le cinquième par les quatre membres réunis, mentionnés ci-dessus, présenta son rapport

**ANNEXE 160**

**INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL, RÉOLUTION SUR LA RESPONSABILITÉ INTERNATIONALE  
DES ÉTATS À RAISON DES DOMMAGES CAUSÉS SUR LEUR TERRITOIRE À LA PERSONNE  
OU AUX BIENS DES ÉTRANGERS [1927], REPRODUIT DANS L'*ANNUAIRE*  
*DE LA COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL*, VOL. II [1956]**

conditions que les nationaux, sauf disposition contraire de la Constitution du pays considéré.

*Article 2.* — Les États n'ont et ne se reconnaissent, à l'égard des étrangers, d'autres obligations ou responsabilités que celles qui se trouvent établies par leurs Constitutions ou par leurs lois, à l'égard des nationaux.

En conséquence, les États ne sont pas responsables des dommages causés aux étrangers du fait d'actes d'éléments factieux ou de particuliers et, en général, des préjudices résultant de cas fortuits ou de force majeure quels qu'ils soient, y compris les faits de guerre, civile ou étrangère, exception faite des cas où l'autorité constituée a failli dans l'exécution de ses devoirs.

*Article 3.* — Lorsqu'un étranger a des réclamations ou des plaintes d'ordre civil, criminel ou administratif à présenter contre un État ou ses nationaux, il doit saisir le tribunal compétent du pays, et ne peut faire valoir sa réclamation par la voie diplomatique que s'il y a, de la part dudit tribunal, déni manifeste de justice, ou retard anormal, ou violation évidente des principes du droit international.

#### Annexe 6

RÉSOLUTION RELATIVE A LA « RESPONSABILITÉ INTERNATIONALE DE L'ÉTAT »<sup>230</sup>, ADOPTÉE A LA SEPTIÈME CONFÉRENCE INTERNATIONALE AMÉRICAINE, MONTEVIDEO, 1933

La septième Conférence internationale américaine,  
Décide:

1. De recommander que l'ensemble du problème de la responsabilité internationale de l'État, surtout pour déni manifeste de justice ou retard non motivé dans l'administration de la justice, soit étudié par les organismes de codification institués par les Conférences internationales américaines; ces organismes coordonneront leurs travaux avec l'œuvre de codification entreprise sous les auspices de la Société des Nations.

2. De réaffirmer néanmoins comme principe de droit international l'égalité civile de l'étranger avec le national comme limite maximum de la protection à laquelle l'étranger peut aspirer dans les législations des États.

3. Réaffirme également que les étrangers ne peuvent bénéficier de la protection diplomatique que lorsqu'ils ont épuisé toutes les voies de recours établies par les lois du pays où l'action est intentée.

Sont exceptés les cas de déni manifeste de justice, ou de retard non motivé dans l'administration de la justice, lesquels seront toujours interprétés restrictivement, c'est-à-dire en faveur de la souveraineté de l'État où le différend est né. Si le différend n'est pas réglé, dans un délai raisonnable, par la voie diplomatique, il y aura lieu de recourir à l'arbitrage.

4. La Conférence reconnaît que ces principes généraux appellent une définition et des limitations; les organismes chargés de préparer la codification devront tenir compte de cette nécessité en formulant les règles applicables aux différents cas qui peuvent se présenter.

#### C. — La codification privée

#### Annexe 7

PROJETS RELATIFS À LA « RESPONSABILITÉ DES GOUVERNEMENTS » ET À LA « PROTECTION DIPLOMATIQUE »\*, PRÉPARÉS PAR L'INSTITUT AMÉRICAIN DE DROIT INTERNATIONAL, 1925

PROJET N° 15. — RESPONSABILITÉ DES GOUVERNEMENTS

Considérant qu'il convient de déterminer la responsabilité des

\* Traduction établie par le Secrétariat de l'Organisation des Nations Unies.

<sup>230</sup> *The International Conferences of American States, First Supplement, 1933-1940, Washington (D. C.), Fondation Carnegie pour la paix internationale, 1940, p. 91 et 92.*

républiques américaines à l'égard des étrangers, à raison des dommages qu'ils peuvent subir sur le territoire de ces républiques,

Ces dernières sont convenues de conclure la convention suivante:

#### Article premier

Le gouvernement de chacune des républiques américaines s'engage à maintenir sur son territoire l'ordre interne et la stabilité gouvernementale indispensables à l'accomplissement des obligations internationales.

#### Article II

En conséquence de la règle posée à l'article précédent, les gouvernements des républiques américaines ne sont responsables des dommages causés aux étrangers dans leur personne ou dans leurs biens, quelle que soit la cause de ces dommages, que lorsqu'ils n'ont pas maintenu l'ordre à l'intérieur, ont fait preuve de négligence dans la répression des atteintes à l'ordre intérieur, ou, enfin, n'ont pas pris les précautions qu'il était en leur pouvoir de prendre pour prévenir ces dommages et préjudices.

#### PROJET N° 16. — PROTECTION DIPLOMATIQUE

Considérant que les cas qui peuvent donner lieu à réclamation diplomatique sont un sujet qui les intéresse tout particulièrement,

Les républiques américaines ont conclu la convention suivante:

#### Article premier

Les républiques américaines ne se reconnaissent, à l'égard des étrangers, d'autres obligations ou devoirs que ceux qui sont prévus en faveur de leurs nationaux par leur Constitution, leur législation et les traités en vigueur.

#### Article II

Toute république américaine a le droit d'accorder la protection diplomatique à ses nationaux, qu'ils le soient de naissance ou à la suite d'une naturalisation, en conformité de la présente Convention.

Les conditions dans lesquelles une république américaine peut accorder sa protection diplomatique sont exclusivement régies par sa législation interne.

#### Article III

Tout État a le droit d'accorder sa protection diplomatique à ses nationaux dans une république américaine lorsqu'ils n'ont pas de voies de recours légales devant les autorités de ce pays, ou lorsqu'il peut être prouvé qu'il y a eu de la part desdites autorités déni de justice, retard injustifié ou violation des principes du droit international.

#### Article IV

Il y a déni de justice:

a) Lorsque les autorités du pays dans lequel la réclamation est présentée opposent des obstacles non autorisés par la loi à l'exercice par l'étranger des droits qu'il revendique;

b) Lorsque les autorités du pays où l'étranger a formé un recours ont refusé, sans y être autorisés par la loi ou pour des raisons contraires aux principes du droit, de reconnaître les droits de l'intéressé;

c) Lorsque les règles fondamentales de la procédure en vigueur dans le pays ont été violées et qu'il n'y a plus de voies de recours possibles.

#### Article V

Toute république américaine peut protéger non seulement ses propres nationaux mais aussi ceux des pays qui l'ont chargée de leur représentation diplomatique ou de la protection de leurs intérêts dans le pays où la réclamation est présentée.

#### Article VI

Toute république américaine à laquelle une réclamation diplomatique est adressée peut refuser d'en connaître si l'intéressé s'est ingéré dans les affaires intérieures ou dans la politique étrangère du pays d'une manière préjudiciable aux intérêts du gouvernement. Elle peut aussi refuser de connaître de cette réclamation si le réclamant a commis des actes d'hostilité à son égard.

*Article VII*

Une réclamation diplomatique n'est pas recevable lorsque l'intéressé est également considéré, par la loi du pays auquel la réclamation est présentée, comme un ressortissant de ce pays du fait de circonstances autres que sa simple résidence sur le territoire dudit pays.

*Article VIII*

Une réclamation diplomatique n'est recevable que si l'intéressé était ressortissant du pays réclamant lorsque s'est produit l'acte ou l'événement donnant lieu à la réclamation, et l'était également lors de la présentation de la réclamation.

*Article IX*

Toute république d'Amérique latine a le droit d'accorder la protection diplomatique non seulement à ses ressortissants mais aussi aux sociétés ou autres personnes morales qui, aux termes de sa législation, ont sa nationalité.

*Article X*

Il est expressément interdit aux républiques américaines d'accorder une protection diplomatique à ses nationaux lorsqu'il s'agit de droits acquis, par cession volontaire ou forcée, postérieurement à l'acte qui a donné lieu à la réclamation.

*Article XI*

Tous les différends qui surgiraient entre les républiques d'Amérique latine au sujet de la recevabilité d'une réclamation diplomatique présentée en application de la présente Convention seront, en cas d'échec des négociations directes, obligatoirement réglés par voie d'arbitrage ou par décision d'un tribunal international.

**Annexe 8**

PROJET RELATIF À LA « RESPONSABILITÉ INTERNATIONALE DES ÉTATS À RAISON DES DOMMAGES CAUSÉS SUR LEUR TERRITOIRE À LA PERSONNE OU AUX BIENS DES ÉTRANGERS »<sup>231</sup>, PRÉPARÉ PAR L'INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL, 1927

L'institut de droit international émet le vœu de voir consacrer dans la pratique du droit des gens l'ensemble des règles suivantes, concernant la responsabilité internationale des États, en raison des dommages causés sur leur territoire, alors qu'il y a paix entre eux, à la personne ou aux biens des étrangers.

I

L'État est responsable des dommages qu'il cause aux étrangers par toute action ou omission contraire à ses obligations internationales, quelle que soit l'autorité de l'État dont elle procède: constituante, législative, gouvernementale ou judiciaire.

Cette responsabilité de l'État existe, soit que ses organes aient agi conformément, soit qu'ils aient agi contrairement, à la loi ou à l'ordre d'une autorité supérieure.

Elle existe également lorsque ces organes agissent en dehors de leur compétence, en se couvrant de leur qualité d'organes de l'État et en se servant des moyens mis, à ce titre, à leur disposition.

Cette responsabilité de l'État n'existe pas si l'inobservation de l'obligation n'est pas la conséquence d'une faute de ses organes, à moins que, dans le cas dont il s'agit, une règle, conventionnelle ou coutumière, spéciale à la matière, n'admette la responsabilité sans faute.

II

L'État est responsable du fait des collectivités qui exercent sur son territoire des fonctions publiques.

III

L'État n'est responsable, en ce qui concerne les faits dommageables commis par des particuliers, que lorsque le dommage résulte du fait qu'il aurait omis de prendre les mesures auxquelles, d'après les circonstances, il convenait normalement de recourir pour prévenir ou réprimer de tels faits.

<sup>231</sup> Harvard Law School, *op. cit.*, p. 228 à 230.

IV

Réserve faite des cas où le droit international appellerait un traitement de l'étranger préférable à celui du national, l'État doit appliquer aux étrangers, contre les faits dommageables émanant de particuliers, les mêmes mesures de protection qu'à ces nationaux. Les étrangers doivent en conséquence avoir au moins le même droit que ceux-ci à obtenir des indemnités.

V

L'État est responsable du chef de déni de justice:

- 1) Lorsque les tribunaux nécessaires pour assurer la protection des étrangers n'existent ou ne fonctionnent pas;
- 2) Lorsque les tribunaux ne sont pas accessibles aux étrangers;
- 3) Lorsque les tribunaux n'offrent pas les garanties indispensables pour assurer une bonne justice.

VI

L'État est également responsable si la procédure ou le jugement constituent un manquement manifeste à la justice, notamment s'ils ont été inspirés par la malveillance à l'égard des étrangers, comme tels, ou comme ressortissants d'un État déterminé.

VII

L'État n'est responsable des dommages causés en cas d'attroupelement, d'émeute, d'insurrection ou de guerre civile que s'il n'a pas cherché à prévenir les actes dommageables avec la diligence qu'il convient d'apporter normalement dans les mêmes circonstances, ou s'il n'a pas réagi avec la même diligence contre ces actes, ou s'il n'applique pas aux étrangers les mêmes mesures de protection qu'aux nationaux. Il est notamment obligé de mettre les étrangers au bénéfice des mêmes indemnités que ses nationaux, au regard des communes ou autres personnes. La responsabilité de l'État en raison d'actes commis par des insurgés cesse lorsqu'il a reconnu ces derniers comme partie belligérante et, en tout cas, à l'égard des États qui les ont reconnus comme tels.

Est réservée la question de savoir dans quelle mesure un État est responsable des actes des insurgés, même reconnus comme partie belligérante, au cas où ceux-ci sont devenus le gouvernement du pays.

VIII

Les principes exposés aux articles 3 et 4 régissent aussi l'obligation internationale qui incombe à l'État de garantir les droits que les étrangers ont à son égard, en vertu de son droit interne.

IX

L'État fédéral est responsable de la manière d'agir des États particuliers, non seulement si elle est contraire à ses propres obligations internationales, mais encore si elle l'est aux obligations internationales qui incomberaient à ces États. Il ne peut invoquer pour se soustraire à cette responsabilité le fait que sa Constitution ne lui donne ni le droit de contrôle sur les États particuliers, ni le droit d'exiger d'eux qu'ils satisfassent à leurs obligations.

De même, l'État protecteur est responsable de la manière d'agir de l'État protégé, en tant que ce dernier est tenu d'exécuter les obligations internationales de l'État protecteur, ou en tant que celui-ci représente l'État protégé vis-à-vis des États tiers, lésés par lui et usant de la faculté de faire valoir leurs réclamations.

X

La responsabilité de l'État comprend la réparation des dommages soufferts, en tant qu'ils se présentent comme la conséquence de l'inobservation de l'obligation internationale. Elle comprend de plus, s'il y a lieu, selon les circonstances et d'après les principes généraux du droit des gens, une satisfaction à donner à l'État qui a été lésé dans la personne de ses ressortissants, sous la forme d'excuses plus ou moins solennelles et, dans les cas appropriés, par la punition, disciplinaire ou autre, des coupables.

XI

Le dédommagement comprend, s'il y a lieu, une indemnité pour les personnes lésées, à titre de réparation des souffrances morales qu'elles ont éprouvées.

Lorsque la responsabilité de l'État résulte uniquement du fait qu'il n'a pas pris les mesures requises après l'accomplissement de l'acte dommageable, il n'est tenu qu'à la réparation du dommage résultant de l'omission totale ou partielle de ces mesures.

L'État responsable de la conduite d'autres États est tenu de faire exécuter, par eux, les prestations que comporte cette responsabilité et qui dépendent d'eux; s'il est dans l'impossibilité de le faire, il est tenu d'accorder une compensation équivalente.

En principe, l'indemnité à accorder doit être mise à la disposition de l'État lésé.

Sont réservées les questions relatives à l'évaluation des dommages-intérêts et aux rapports des personnes lésées avec leur État et avec l'État contre lequel la réclamation a été formée.

XII

Aucune demande de réparation ne peut être introduite de la part de l'État aussi longtemps que l'individu lésé dispose de voies de recours efficaces et suffisantes pour le faire jouir du traitement qui lui est dû.

Aucune demande de réparation ne peut non plus avoir lieu si l'État responsable met à la disposition de l'individu lésé une voie de procédure efficace pour obtenir le dédommagement correspondant.

VŒU FINAL

L'Institut émet le vœu que par des conventions internationales, là où il n'en existe pas encore, les États s'engagent par avance à soumettre tous différends concernant la responsabilité internationale de l'État résultant des dommages causés sur leur territoire à la personne et aux biens des étrangers, d'abord à une commission internationale d'enquête, si cela est nécessaire pour l'examen des faits; ensuite à une procédure de conciliation; enfin, si elle ne peut aboutir, à une procédure judiciaire devant la Cour permanente d'arbitrage, à la Cour permanente de Justice internationale, ou toute autre juridiction internationale pour une solution définitive.

L'Institut émet aussi le vœu que les États s'abstiennent de toute mesure coercitive avant d'avoir eu recours aux moyens qui précèdent.

Annexe 9

PROJET DE CONVENTION RELATIF À LA « RESPONSABILITÉ INTERNATIONALE DES ÉTATS À RAISON DES DOMMAGES CAUSÉS SUR LEUR TERRITOIRE À LA PERSONNE OU AUX BIENS DES ÉTRANGERS »<sup>282</sup>, PRÉPARÉ PAR LA HARVARD LAW SCHOOL, 1929

Article premier

Un État est responsable, au sens du terme employé dans la présente convention, lorsqu'il doit réparation à un autre État pour un dommage subi par celui-ci par suite du préjudice causé à un de ses ressortissants.

Article II

Le droit international et les traités déterminent la responsabilité d'un État nonobstant toute disposition contraire de son droit national, des décisions de ses tribunaux nationaux ou de ses conventions avec des étrangers.

Article III

La responsabilité d'un État n'est pas dérogée du fait que le dommage causé à un étranger est imputable à une de ses subdivisions politiques, quel que soit d'ailleurs le contrôle que le gouvernement national ait le droit d'exercer sur la subdivision d'après sa Constitution.

<sup>282</sup> Harvard Law School, *op. cit.*, p. 140 et suiv.

Aux fins du présent article, il y a lieu d'assimiler à une subdivision politique d'un État un dominion, une colonie, une dépendance, un protectorat ou une collectivité sous mandat, qui n'a pas la libre direction de ses relations internationales.

Article IV

Un État est tenu de maintenir des organes de gouvernement propres à assurer, en période normale, l'exécution des obligations découlant du droit international et des traités. En cas de circonstances extraordinaires, entraînant une désorganisation administrative temporaire, un État est tenu de mettre en œuvre tous les moyens dont il dispose pour l'exécution des obligations visées au présent article.

Article V

Un État est tenu d'assurer à un étranger lésé des voies de recours aussi efficaces que celles assurées à un ressortissant.

Article VI

Généralement un État n'est pas responsable (alors qu'il doit réparation à un autre État) tant que les voies de recours locales ouvertes à l'étranger lésé n'ont pas été épuisées.

Article VII

a) Un État est responsable du dommage causé à un étranger par la faute ou la négligence d'un de ses hauts fonctionnaires, dans l'exercice de ses fonctions, si les voies de recours locales ont été épuisées sans réparation suffisante.

b) Un État est responsable du dommage causé à un étranger par la faute ou la négligence d'un de ses fonctionnaires ou employés subalternes dans l'exercice de ses fonctions, en cas de déni de justice, ainsi qu'il est défini à l'article 9 ci-après, ou en cas de défaut de sanction disciplinaire à l'encontre dudit fonctionnaire ou employé, à moins que l'étranger lésé n'ait reçu réparation suffisante.

Article VIII

a) Un État est responsable du dommage causé à un étranger par suite de l'inexécution de son obligation contractuelle envers ledit étranger, alors que les voies de recours locales ont été épuisées sans réparation suffisante.

b) Sauf le cas de déni de justice, ainsi qu'il est défini à l'article 9 ci-après, un État n'est pas responsable du dommage causé à un étranger par suite de l'inexécution de l'obligation contractuelle d'une de ses subdivisions politiques envers ledit étranger.

Article IX

Un État est responsable du dommage causé à un étranger par suite d'un déni de justice. Il y a déni de justice quand il y a refus, délai injustifié ou obstruction d'accès aux tribunaux, insuffisance flagrante dans l'administration de la justice, manque à assurer les garanties généralement reconnues comme indispensables à la bonne administration de la justice ou jugement manifestement contraire à l'équité. Une erreur commise par un tribunal national, et qui ne cause pas d'injustice manifeste, n'est pas un déni de justice.

Article X

Un État est responsable du dommage causé à un étranger par suite du manque de diligence requise afin de prévenir le dommage, si les voies de recours locales ont été épuisées sans réparation suffisante pour ce manque de diligence.

La diligence requise dépend de la qualité privée ou publique de la personne de l'étranger et des circonstances d'espèce.

Article XI

Un État est responsable du dommage causé à un étranger par le fait d'un individu ou d'une foule si ledit État n'a pas fait preuve de la diligence requise en vue de prévenir le dommage et que les voies de recours locales ont été épuisées sans réparation suffisante pour ce manque de diligence, ou s'il y a eu déni de justice.

*Article XII*

Un État est responsable du dommage causé à un étranger par le fait d'insurgés, lorsque ledit État n'a pas fait preuve de la diligence requise en vue de prévenir le dommage et que les voies de recours locales ont été épuisées sans réputation suffisante pour ce manque de diligence.

*Article XIII*

a) En cas de révolution avortée, un État n'est pas responsable du dommage causé à un étranger par un fait des insurgés commis après leur reconnaissance comme « belligérants » soit par cet État même, soit par l'État dont l'étranger est ressortissant.

b) En cas de révolution victorieuse, l'État qui en est issu est responsable, conformément à l'article 7, du dommage causé à un étranger par toute faute des révolutionnaires commise à un moment quelconque depuis l'origine de la révolution.

*Article XIV*

Quand le fait commis sur son territoire et qui cause un dommage à un étranger est imputable à un autre État, l'État n'est responsable que s'il n'a pas fait preuve de la diligence requise en vue de prévenir le dommage.

*Article XV*

a) Un État n'est responsable à l'égard d'un autre État, qui présente une réclamation pour le compte d'un de ses ressortissants, que s'il y a eu intérêt constant d'un de ses ressortissants à ladite réclamation sans solution de continuité jusqu'au jour de sa présentation.

b) Un État n'est responsable à l'égard d'un autre État qui présente une réclamation pour le compte d'un non-ressortissant que si : 1) l'intéressé a perdu sa nationalité en vertu de la loi ; 2) si l'intérêt à la réclamation est passé d'un ressortissant à l'intéressé également en vertu de la loi.

*Article XVI*

a) Un État n'encourt aucune responsabilité si la personne lésée ou celle pour le compte de qui la réclamation est présentée était ou est un de ses ressortissants.

b) La responsabilité d'un État n'est pas dérogée quand le dommage a été subi par une société étrangère, ou qu'une réclamation est présentée pour le compte d'une société étrangère, du fait qu'un ou plusieurs des actionnaires de cette société possédait ou possède sa nationalité.

c) La responsabilité d'un État ne peut être dérogée par une disposition quelconque de sa propre législation tendant à consigner, pour certaines fins, un étranger comme un ressortissant.

*Article XVII*

La responsabilité d'un État n'est pas dérogée par suite d'une disposition quelconque de sa propre législation ou d'une convention avec un étranger, tendant à exclure toute responsabilité, en rendant sans recours les décisions de ses tribunaux.

La responsabilité d'un État n'est pas davantage dérogée par la renonciation d'un étranger à la protection de l'État dont il est ressortissant.

*Article XVIII*

Tout différend entre États, parties à la présente Convention, concernant l'interprétation ou l'application de ses dispositions, qui n'est pas réglé par voie diplomatique ou qui n'est pas soumis à l'arbitrage en vertu d'un traité d'arbitrage général ou spécial, sera déféré à la Cour permanente de Justice internationale et la Cour pourra en être saisie par une seule des parties.

**Annexe 10**

DÉCLARATION SUR LES DONNÉES FONDAMENTALES ET LES GRANDS PRINCIPES DU DROIT INTERNATIONAL MODERNE, APPROUVÉE PAR L'INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION, L'ACADÉMIE DIPLOMATIQUE INTERNATIONALE ET L'UNION JURIDIQUE INTERNATIONALE<sup>233</sup>

TITRE V

*Devoirs des États*

*Article 25.* Les États doivent :

...

b) Maintenir une organisation politique et juridique qui permette à toutes les personnes résidant sur leur territoire d'exercer les droits et de jouir des avantages que le sentiment de la justice internationale impose aujourd'hui à tout peuple civilisé.

...

TITRE VI

*Droits internationaux de l'individu*

*Article 28.* Tout État doit assurer à tout individu sur son territoire la pleine et entière protection du droit à la vie, à la liberté et à la propriété, sans distinction de nationalité, de sexe, de race, de langue ou de religion.

*Article 29.* Tout État doit aussi reconnaître à tout individu sur son territoire le droit au libre exercice, tant public que privé, de toute foi, religion ou croyance dont la pratique n'est pas incompatible avec l'ordre public et les bonnes mœurs.

TITRE VII

DROITS ET DEVOIRS DES ÉTRANGERS, RESPONSABILITÉS DES ÉTATS, RÉCLAMATIONS DIPLOMATIQUES

*Article 30.* Les étrangers ont droit au même traitement que les nationaux en ce qui concerne les droits privés et les garanties du droit pénal.

En aucun cas, les étrangers ne peuvent prétendre avoir plus de droits que les nationaux, sauf si le pays où ils résident n'assure pas aux habitants, de façon permanente, le minimum de droits auxquels se réfèrent l'article 25, lettre b, et les articles 28 et 29.

*Article 31.* Tout étranger est soumis à la loi et aux autorités du pays sur le territoire duquel il réside.

*Article 32.* Tout État est responsable des dommages que ses autorités causent aux ressortissants d'un autre État, soit par action, soit par abstention.

Cette responsabilité ne sera cependant ni moindre, ni plus grande qu'à l'égard de ses propres nationaux, sauf le cas indiqué à l'article 25, lettre b, et aux articles 28 et 29, ou s'il y a lieu, violation ou méconnaissance des droits qu'a l'étranger en vertu du droit international.

*Article 33.* Les États peuvent, par convention, étendre ou restreindre entre eux la responsabilité établie aux articles précédents.

*Article 34.* Les étrangers qui ont subi de la part des autorités ou de particuliers du pays où ils se trouvent un dommage qu'ils estiment engager la responsabilité de celui-ci doivent recourir aux autorités de ce pays. L'État auquel ils ressortissent ne pourra leur accorder sa protection diplomatique qu'en cas de déni de justice.

S'il s'élève des contestations sur le déni de justice, elles seront résolues par la justice internationale.

*Article 35.* Tout État qui cause injustement un préjudice à un autre État doit le réparer.

La question de savoir si le préjudice a été causé injustement relève de la justice internationale.

<sup>233</sup> Alejandro Alvarez, *Exposé de motifs et déclaration des grands principes du droit international moderne*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, 1938, Les Éditions internationales, p. 49 et suiv.