

OPINION INDIVIDUELLE DE M. LE JUGE YUSUF

[Traduction]

Désaccord avec la décision concernant la banque Markazi — Abandon des critères énoncés dans l'arrêt de 2019 — Nouveaux critères contredisant les critères antérieurs — Changement des règles du jeu au milieu de l'affaire — Caractère non décisif de la fonction de l'entité — Nature de l'activité étant le facteur déterminant pour la qualification de « société » — Caractère éminemment pertinent des activités exercées par la banque Markazi aux États-Unis — Nature commerciale de ces activités — Qualité de société refusée à tort à la banque Markazi — Cour ayant compétence en vertu du traité — Conclusions de la Cour concernant la violation du paragraphe 1 de l'article III et des paragraphes 1 et 2 de l'article IV auraient dû être étendues à la banque Markazi.

A. INTRODUCTION

1. Je souscris aux conclusions de la Cour concernant la violation par les États-Unis des obligations que leur imposent le paragraphe 1 de l'article III, les paragraphes 1 et 2 de l'article IV et le paragraphe 1 de l'article X du traité d'amitié, de commerce et de droits consulaires de 1955 (ci-après le « traité »). Ces conclusions ne s'étendent toutefois pas aux mesures adoptées par les États-Unis concernant les actifs de la banque Markazi. La Cour a en effet conclu qu'elle n'était pas compétente pour connaître des demandes de l'Iran portant sur le traitement réservé par les autorités américaines aux actifs de cette banque.

2. Je suis en désaccord avec le raisonnement et la conclusion de la Cour sur ce point. J'ai par conséquent voté contre le point 1 du dispositif de l'arrêt. Les motifs de mon désaccord sont les suivants. Premièrement, l'analyse qui a conduit la Cour à cette conclusion contredit les critères qu'elle avait définis dans son arrêt de 2019 sur les exceptions préliminaires en vue de déterminer si une entité pouvait être qualifiée de « société » au sens du traité. Deuxièmement, la définition du terme « société » figurant au paragraphe 1 de l'article III du traité n'exclut pas une entité appartenant à l'État ou sous son contrôle telle que la banque Markazi eu égard à ses fonctions, en particulier lorsqu'elle mène des activités commerciales sur le territoire de l'État d'accueil. Troisièmement, l'application des critères définis dans l'arrêt de 2019 montre que, à l'époque pertinente, la banque Markazi exerçait sur le territoire des États-Unis des activités de la nature de celles qui permettraient de la qualifier de « société » au sens du traité.

B. LE CONTEXTE EN BREF

3. Pour replacer les arguments ci-dessus dans leur contexte, il importe de rappeler, ne serait-ce que brièvement, le contexte des questions qui concernaient la banque Markazi dans la présente instance. Entre 2002 et 2007, la banque Markazi, qui est la banque centrale de l'Iran, a acheté aux États-Unis, par le truchement d'un intermédiaire financier — Clearstream Bank — des actifs sous la forme de titres de créance consistant en des droits sur des obligations d'une valeur d'environ 1,8 milliard de dollars des États-Unis, qui devaient être détenus sur un compte ouvert à la Citibank à New York (voir le paragraphe 18 ci-après). À la suite d'une série de mesures prises par les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire, les actifs de la banque Markazi ont été bloqués, saisis et confisqués pour être distribués à 15 groupes de demandeurs en l'affaire *Peterson et al.* contre l'Iran. Ces actifs représentaient la grande majorité de ceux qui étaient en cause en l'espèce.

4. En 1984, les États-Unis avaient désigné l'Iran en tant qu'«État soutenant le terrorisme». Par la suite, le Congrès des États-Unis a modifié la loi sur l'immunité des États étrangers (*Foreign Sovereign Immunities Act* ou «FSIA») pour permettre aux particuliers d'engager devant les juridictions américaines, contre les «États soutenant le terrorisme», des actions en dommages-intérêts pour décès et préjudices corporels causés par des actes de terrorisme. Puis il a, en 2002, adopté la loi sur l'assurance contre les risques associés au terrorisme (*Terrorism Risk Insurance Act* ou «TRIA»), qui a autorisé l'exécution des décisions de justice rendues sous le régime de la FSIA sur les «actifs bloqués» d'un État désigné comme «partie terroriste», y compris ses organismes ou agences. Les biens de la banque Markazi ont ensuite été bloqués par application du décret présidentiel n° 13599 promulgué par le président des États-Unis en février 2012. Finalement, en 2012 également, le Congrès des États-Unis a adopté la loi sur la réduction de la menace iranienne et les droits de l'homme en Syrie (*Iran Threat Reduction and Syria Human Rights Act* ou «ITRSHRA»), dont l'article 502 visait expressément et mettait sous main de justice «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'État de New York». Il s'agissait des actifs de la banque Markazi susmentionnée. Tous ces textes ont été adoptés alors que le traité entre les États-Unis et l'Iran était encore en vigueur. Ce n'est que le 3 octobre 2018 que les États-Unis ont annoncé qu'ils dénonçaient cet instrument, soit plus de deux ans après que l'Iran eut introduit son instance devant la Cour le 14 juin 2016.

5. Le 1^{er} mai 2017, les États-Unis ont déposé des exceptions préliminaires d'irrecevabilité et d'incompétence. La troisième de ces exceptions portait sur le point de savoir si la banque Markazi était une «société» au sens du traité, fondée à ce titre à revendiquer les droits et protections que confèrent aux «sociétés» les articles III, IV et V de cet instrument¹.

¹ *Certains actifs iraniens (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2019 (I), p. 36, par. 84.*

6. Dans son arrêt du 13 février 2019 sur la compétence, la Cour a estimé que la question de savoir si la banque Markazi était une « société » devait être déterminée par référence à la nature des activités de cette banque, mais qu'elle ne disposait pas de tous les éléments nécessaires pour procéder à cette détermination. Elle a par conséquent joint cette question au fond.

C. CHANGEMENT DE CRITÈRES À MI-PARCOURS

7. La nécessité pour la Cour de disposer d'informations supplémentaires s'expliquait par sa volonté de mieux connaître la nature des activités que la banque Markazi avait exercées sur le territoire des États-Unis pendant la période pertinente et qui avaient été affectées par les mesures américaines. Cette volonté découlait de la conclusion à laquelle la Cour était parvenue à ce moment-là, et suivant laquelle,

« puisque c'est la nature de l'activité effectivement exercée qui détermine la qualification de l'entité qui l'exerce, la personne morale dont il s'agit devrait être regardée comme une "société" au sens du traité dans la mesure où elle exerce des activités de nature commerciale, même si ce n'est pas à titre principal »².

8. La Cour a donc décidé qu'elle devait se pencher

« sur la question de la nature des activités qu'exerce la banque Markazi. Plus précisément, elle doit examiner les activités que cette dernière exerçait sur le territoire des États-Unis lorsqu'ont été prises les mesures dont l'Iran allègue qu'elles ont violé les droits dont, selon lui, la banque Markazi bénéficierait en vertu des articles III, IV et V du traité. »³

Ainsi, les critères établis par la Cour dans son arrêt de 2019 pour déterminer si la banque Markazi était une « société » au sens du traité étaient centrés sur la nature des activités qu'exerçait celle-ci aux États-Unis à l'époque pertinente.

9. Dans le présent arrêt rendu au fond en la même affaire, la majorité a cependant fait volte-face et inventé un nouveau critère accordant la prééminence à la fonction exercée par l'entité en cause. On peut lire en effet, au paragraphe 51 de l'arrêt, que la série de transactions effectuées par la banque Markazi à l'époque pertinente doit être « replac[ée] ... dans son contexte, en tenant compte notamment de ses liens éventuels avec l'exercice d'une fonction souveraine », comme si l'on pouvait imaginer que les activités commerciales d'une banque centrale pussent ne pas avoir de lien avec ses fonctions souveraines. Il s'agit là d'un nouveau critère qui ne fait pas partie de ceux qui avaient été définis par la Cour dans son arrêt de 2019. Au lieu que ce soit la nature de l'activité effectivement exercée qui détermine la

² *Ibid.*, p. 38-39, par. 92.

³ *Ibid.*, p. 39, par. 93.

qualification de l'entité qui l'exerce, comme il était dit au paragraphe 92 de l'arrêt de 2019, ce sont maintenant la fonction de ladite entité et le lien entre cette fonction et ses activités qui sont réputés déterminants. Ce nouveau critère contredit directement les motifs qui ont permis à la Cour d'invoquer le paragraphe 4 de l'article 79^{ter} de son Règlement pour joindre au fond la troisième exception des États-Unis. Si le critère déterminant était effectivement le lien entre les activités de la banque Markazi et sa fonction souveraine, alors la Cour n'avait aucune raison d'estimer qu'elle ne disposait pas de tous les éléments nécessaires pour déterminer si les activités exercées aux États-Unis à l'époque pertinente permettaient de qualifier cette banque de « société ».

10. Il n'est pas contesté que la fonction première de la banque Markazi soit une fonction souveraine, puisqu'elle est la banque centrale de l'Iran. Le lien que les activités en cause pouvaient avoir avec les fonctions d'une banque centrale était connu de la Cour. Il n'a pas été révélé à la faveur des écritures et plaidoiries des Parties pendant la phase de l'examen de l'affaire au fond. Qui plus est, le lien qu'une activité commerciale peut avoir avec une fonction souveraine ne la transforme pas en activité souveraine, pas plus qu'il ne la prive de sa nature d'activité commerciale. Ainsi donc, le nouveau critère utilisé par la Cour ne résiste pas à un examen attentif, et il ne pouvait pas l'aider à déterminer si une entité peut être qualifiée de « société ». En tout état de cause, il est juridiquement erroné de la part de la Cour d'appliquer de nouveaux critères et de changer les règles du jeu au milieu d'une affaire, alors qu'elle avait si clairement annoncé, dans son arrêt sur les exceptions préliminaires, les critères qu'elle utiliserait pour déterminer si les activités exercées aux États-Unis par la banque Markazi à l'époque pertinente permettaient de qualifier celle-ci de « société » au sens du traité. Il n'est pas loisible à une juridiction de souffler le chaud et le froid lorsqu'il s'agit d'établir des critères en vue de régler une question juridique ou d'appliquer ces critères à l'objet de son examen lorsqu'elle statue en la même affaire.

11. Par ailleurs, il existe une différence manifeste entre les activités souveraines « liées aux fonctions régaliennes de l'État » qu'évoque la Cour dans son arrêt de 2019 et les activités commerciales liées à une fonction souveraine. En effet, ce dernier lien ne transforme pas les activités commerciales en actes souverains ou en actes relevant de la souveraineté de l'État. Le tribunal arbitral du CIRDI en l'affaire *Československá Obchodní Banka, A.S. (ČSOB) v. The Slovak Republic* était saisi d'une question similaire. Il s'agissait de savoir si la banque *Československá Obchodní Banka (ČSOB)* pouvait être qualifiée de « ressortissante » de l'État contractant au sens de l'article 25 de la convention de Washington ou si elle devait être considérée comme l'État en tant que tel du fait qu'elle exerçait des activités liées à des fonctions souveraines. Le tribunal a déclaré ce qui suit :

« Il est incontestable que, pendant une grande partie de son existence, la ČSOB a agi pour le compte de l'État en facilitant ou en exécutant les

transactions bancaires internationales et les opérations commerciales avec l'étranger auxquelles l'État souhaitait apporter son appui, et que le fait que la ČSOB était contrôlée par l'État l'obligeait à exécuter les instructions de celui-ci à cet égard. Cependant, pour déterminer si la ČSOB, lorsqu'elle s'acquittait de ces fonctions, exerçait des fonctions gouvernementales, il convient de se concentrer sur la nature de ces activités et non sur leur fin. Or si, dans l'exercice des activités susmentionnées, la ČSOB facilitait effectivement les politiques ou les buts de l'État, les activités elles-mêmes étaient essentiellement de nature commerciale et non gouvernementales.»⁴

12. En outre, comme cela sera exposé dans la section suivante, le nouveau critère conçu par la Cour dans le présent arrêt pour déterminer si les activités exercées aux États-Unis par la banque Markazi à l'époque pertinente permettent de la qualifier de « société » au sens du traité entre en contradiction avec la définition du terme « société » énoncée au paragraphe 1 de l'article III du traité, ainsi qu'avec le traitement que le paragraphe 4 de l'article XI prévoit pour les organismes et agences de l'État.

D. DÉFINITION DU TERME « SOCIÉTÉ » À L'ARTICLE III DU TRAITÉ D'AMITIÉ

13. Le paragraphe 1 de l'article III du traité indique que le terme « société » doit s'entendre « des sociétés de capitaux ou de personnes, des compagnies et de toutes associations, qu'elles soient ou non à responsabilité limitée et à but lucratif ». Comme l'a fait observer la Cour dans son arrêt de 2019, « la personnalité juridique propre que confère à la banque Markazi l'alinéa c) de l'article 10 de la loi monétaire et bancaire iranienne de 1960, telle qu'elle a été amendée », n'est pas contestée⁵. La même loi précise que la banque Markazi est « soumise aux lois et règlements régissant les sociétés par actions pour les aspects dont ne traite pas la [présente] loi » et qu'« elle n'est pas soumise aux lois et règlements généraux applicables aux ministères, aux organismes publics et aux administrations affiliés à l'État ». Qui plus est, dans le même arrêt, la Cour a déclaré que « le fait que la banque Markazi soit intégralement la propriété de l'État iranien, et que l'État exerce un pouvoir de direction et un contrôle étroit sur les activités de la banque ... ne permet[ait] pas, à lui seul, d'exclure cette entité de la catégorie des "sociétés" au sens du traité »⁶.

14. Néanmoins, à la lumière de l'objet et du but du traité d'amitié, qui vise à garantir des droits et à accorder des protections aux personnes physiques et

⁴ *Československá Obchodní Banka, A.S. (ČSOB) v. The Slovak Republic*, affaire CIRDI n° ARB/97/4, décision du tribunal arbitral sur les exceptions à la compétence, 24 mai 1999, par. 20.

⁵ *Certains actifs iraniens (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2019 (I), p. 38, par. 88.

⁶ *Ibid.*

morales qui exercent des activités commerciales, la Cour était aussi d'avis que la possession d'une personnalité juridique propre selon le droit interne d'une partie contractante n'était pas une condition suffisante « pour qualifier une entité donnée de "société" au sens du traité d'amitié »⁷. Par conséquent, pour jouir de la protection offerte aux sociétés iraniennes sur le territoire américain, la banque Markazi devait démontrer que les activités qu'elle exerçait aux États-Unis étaient de nature commerciale. Je souscris sans réserve à cette idée de la Cour telle qu'elle est présentée dans son arrêt de 2019. C'est également la raison qui a conduit la Cour à se pencher sur la nature des activités qu'exerçait la banque Markazi sur le territoire des États-Unis au moment où ses actifs ont été touchés par les mesures américaines dont l'Iran a saisi la Cour.

15. En l'espèce, la question en litige n'était pas de savoir si la banque Markazi exerçait habituellement et généralement des activités commerciales en différents endroits du monde. Ce qui importait ici, s'agissant du traité d'amitié et du différend entre les Parties, était de savoir si les activités exercées par la banque Markazi sur le territoire des États-Unis qui avaient été soumises aux mesures américaines dont l'Iran tirait grief étaient des activités commerciales. C'était là le nœud du différend. Il n'était donc pas question de qualifier généralement la banque Markazi de « société » en toutes circonstances ou dans toutes ses opérations, mais seulement par rapport aux activités qu'elle exerçait sur le territoire des États-Unis à l'époque pertinente.

16. Il importe d'éclaircir ce point pour mieux appréhender le différend, puisque ce qui comptait, ce n'était pas que la banque Markazi doive toujours être traitée comme une « société » aux États-Unis en application du traité d'amitié quelles que soient les activités qu'elle exerce, mais qu'elle doive y être traitée comme telle si ses activités sur les marchés américains lui valent la qualification de « société ». Autrement dit, c'est seulement lorsque la banque Markazi intervenait sur les marchés américains selon les règles de la concurrence et nouait des relations commerciales avec d'autres entités qu'elle acquerrait le droit d'être considérée comme une « société » au sens du traité aux fins de ces activités. Il convient aussi de rappeler que le paragraphe 4 de l'article XI autorise expressément les sociétés, administrations et agences publiques à exercer des activités commerciales et industrielles de quelque nature que ce soit sur le territoire de l'autre haute partie contractante, mais leur interdit de prétendre y bénéficier d'une exemption en matière d'impôts ou d'autres obligations applicables aux entreprises privées. Cette disposition s'appliquait à la banque Markazi en tant qu'organisme ou agence de l'Iran, et protégeait ses activités commerciales et ses investissements aux États-Unis.

17. Le fait que la banque Markazi soit propriété de l'État ou sous contrôle de l'État, qu'elle exerce des activités souveraines en Iran ou qu'elle ait une fonction souveraine en droit iranien ne l'empêchait ni d'exercer sur le

⁷ *Ibid.*, p. 38, par. 90-91.

territoire des États-Unis des activités commerciales en tant que « société » au sens du traité ni de bénéficiaire du traitement que les États-Unis étaient tenus, en vertu de cet instrument, de réserver aux sociétés iraniennes auxquelles leurs activités commerciales sur le territoire des États-Unis valent d'être qualifiées de « sociétés ». Dans la mesure où les activités de la banque Markazi aux États-Unis étaient de nature commerciale ou d'affaires, ces activités lui permettaient d'être qualifiée de « société » au sens du traité et, partant, de relever de la compétence de la Cour aux fins du présent différend. Que ces activités aient été exercées dans un but lucratif ou non, comme il est stipulé au paragraphe 1 de l'article III, ou qu'elles l'aient été en vue de produire des revenus destinés à l'État ou à ses réserves monétaires, cela n'empêchait pas que la banque Markazi puisse être considérée comme une « société » au sens du traité. Rien dans cet instrument n'indique que le traitement à accorder aux « sociétés » exerçant des activités commerciales ou d'affaires sur le territoire de l'autre partie dépende de la finalité des transactions que les entités concernées effectuent habituellement dans leur propre pays ou de la fonction qu'elles y remplissent habituellement. Ce traitement leur est accordé en raison de la nature commerciale ou d'affaires des activités qu'elles exercent et dont le traité garantit la protection. C'est du moins ce que la Cour avait affirmé au paragraphe 92 de son arrêt de 2019 :

« puisque c'est la nature de l'activité effectivement exercée qui détermine la qualification de l'entité qui l'exerce, la personne morale dont il s'agit devrait être regardée comme une "société" au sens du traité dans la mesure où elle exerce des activités de nature commerciale, même si ce n'est pas à titre principal »⁸.

Il s'ensuit que le raisonnement par lequel la Cour a lié la qualification d'une entité comme « société » au sens du traité à la finalité de l'activité ou de la fonction qu'exerce cette entité, au lieu de la lier à la nature de l'activité, comme elle l'avait déclaré en 2019, ne trouve aucun fondement dans le traité d'amitié.

E. NATURE DES ACTIVITÉS EXERCÉES PAR LA BANQUE MARKAZI AUX ÉTATS-UNIS À L'ÉPOQUE PERTINENTE

18. Selon les informations dont disposait la Cour, les activités en cause consistaient en 22 titres de créance libellés en dollars des États-Unis, acquis par la banque Markazi entre 2002 et 2007. Ils avaient été acquis par l'intermédiaire de Clearstream, société basée au Luxembourg, qui fournit des services bancaires à d'autres banques et s'est spécialisée dans les opérations de garde et de règlement de titres. Clearstream, qui n'a pas de succursale bancaire aux États-Unis, a ouvert des comptes courants à New York auprès

⁸ *Certains actifs iraniens (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2019 (I), p. 38-39, par. 92.*

de J. P. Morgan et Citibank pour pouvoir effectuer ses paiements, tels que le paiement du capital et des intérêts sur ses titres de créance à l'étranger⁹. Lorsque les titres de créance venaient à échéance ou étaient vendus, leur capital ou le produit de leur vente était déposé sur un compte-titres ouvert par Clearstream auprès de Citibank pour la banque Markazi et pouvait produire des intérêts supplémentaires¹⁰. C'est le produit de ces titres de créance détenus par Citibank pour la banque Markazi qui a été bloqué et ultérieurement remis à différents demandeurs aux États-Unis en exécution des décisions des juridictions américaines dans les affaires *Peterson*.

19. Au paragraphe 4 de son article 13, la loi monétaire et bancaire iranienne précitée autorise la banque Markazi, entre autres opérations, à «acquérir et vendre ... des obligations d'État, ainsi que des obligations émises par des États étrangers ou des institutions financières internationales accréditées»¹¹. Les obligations acquises par la banque Markazi, d'une valeur d'environ 1,8 milliard de dollars des États-Unis, ont été mises sur le marché financier par des États, des entreprises publiques ou la Banque mondiale et leur traitement a été assuré par une banque aux États-Unis. La banque Markazi les avait acquises dans un but lucratif et, comme pour tout placement financier, elle pouvait revendre certaines de ces obligations ou parties d'obligations lorsqu'une telle opération lui permettait de réaliser un bénéfice, plutôt que de les conserver jusqu'à l'échéance. Pour cela, elle devait observer les inévitables fluctuations du marché obligataire. Elle avait donc des activités de placement sur les marchés financiers et touchait le produit de ses placements par l'intermédiaire de Clearstream Bank, qui les déposait sur un compte ouvert auprès d'une banque américaine. En 2012, «la dernière obligation étant arrivée à échéance, les liquidités associées à ces obligations ont été placées auprès de Citibank à New York sur un compte rémunéré»¹².

20. Dans leurs plaidoiries en l'affaire *Peterson* devant le tribunal fédéral du district sud de l'État de New York, les avocats des demandeurs avaient qualifié les transactions financières susmentionnées de la banque Markazi d'activités commerciales sur le territoire des États-Unis. Selon eux,

«pour que Markazi puisse acheter les obligations bloquées et toucher les intérêts et le capital correspondant à ces obligations, les banques mandataires défenderesses devaient avoir aux États-Unis une substantielle activité commerciale en tant que mandataires de Markazi agissant sous sa direction»¹³.

Ils ont aussi fait valoir que,

⁹ Exceptions préliminaires des États-Unis d'Amérique, annexe 235, p. 6-7.

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ Mémoire de la République islamique d'Iran, pièces jointes et annexes, vol. IV, annexe 73, p. 11.

¹² Réplique de la République islamique d'Iran, p. 91, par. 3.26.

¹³ Documents pertinents de la procédure judiciaire dans l'affaire *Peterson* rendus publics, fournis par les États-Unis d'Amérique, vol. 1, doc. A12, p. 19, par. 86.

«chaque fois que les banques mandataires défenderesses exécutaient les ordres d'achat d'obligations donnés par Markazi, différentes entités agissant en qualité d'agents de Markazi devaient exercer une activité commerciale substantielle aux États-Unis pour que Markazi puisse toucher les intérêts et le capital correspondant à ses placements»¹⁴.

Le tribunal de district n'a pas rejeté ces arguments. Au contraire, dans son jugement («Order») du 28 février 2013, il a rejeté les arguments de la banque Markazi faisant valoir que ses actifs bénéficiaient de l'immunité de saisie au motif qu'ils obéissaient à des buts de banque centrale et, partant, relevaient de l'alinéa 1 du paragraphe *b*) de l'article 1611 de la FSIA. Le tribunal a rejeté cet argument en citant la «clause nonobstant» de la TRIA et le décret présidentiel n° 13599, qui, selon lui, «donn[ai]ent à penser que la banque Markazi n'exer[çait] pas d'activités protégées par l'alinéa 1 du paragraphe *b*) de l'article 1611» de la FSIA. Il a par conséquent conclu que l'immunité de banque centrale ne s'appliquait pas aux activités de la banque Markazi aux États-Unis, dont il considérait qu'elles étaient de nature commerciale.

21. Il est à tout le moins surprenant que, dans le présent arrêt, la Cour ait considéré que les déclarations faites par les conseils de la banque Markazi devant les juridictions américaines et sur lesquelles s'appuyaient les États-Unis en l'espèce «refl[é]tai]ent correctement la réalité des activités de la banque», alors qu'elle n'a tenu aucun compte des arguments formulés par les avocats des demandeurs devant les mêmes juridictions américaines, qui qualifiaient les activités de la banque Markazi aux États-Unis d'activités commerciales. Les arguments avancés par les Parties pour caractériser les activités de la banque Markazi aux États-Unis étaient pratiquement l'inverse de ceux qui avaient été formulés par la banque Markazi et les avocats des demandeurs devant les juridictions américaines. Dans la présente instance devant la Cour, les deux États ont semblé répondre chacun de son côté aux conclusions de l'arrêt de 2019 sur les exceptions préliminaires, l'Iran soutenant que les activités en cause étaient de nature commerciale et les États-Unis affirmant, à l'inverse, qu'il s'agissait d'activités de banque centrale — l'un et l'autre s'efforçant de convaincre la Cour du bien-fondé de sa position sur une éventuelle qualification de la banque Markazi comme «société» au sens du traité. Dans ces conditions, la Cour aurait dû s'appuyer sur les critères qu'elle avait définis dans son arrêt de 2019 pour trancher la question de savoir si la banque Markazi exerçait, à l'époque pertinente, des activités de la nature de celles qui permettent de caractériser une «société» au sens du traité.

22. Les critères définis par la Cour dans son arrêt de 2019 mettaient l'accent sur la nature des activités puisque, aux termes de cette décision, «c'est la nature de l'activité effectivement exercée qui détermine la qualification de l'entité qui l'exerce»¹⁵. Toujours selon cet arrêt, «la personne morale dont il

¹⁴ *Ibid.*, p. 21, par. 96.

¹⁵ *Certains actifs iraniens (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2019 (I), p. 38, par. 92.*

s'agit devrait être regardée comme une “société” au sens du traité dans la mesure où elle exerce des activités de nature commerciale, même si ce n'est pas à titre principal»¹⁶. Je suis d'avis que, si les critères de 2019 avaient été dûment appliqués aux activités exercées aux États-Unis à l'époque pertinente par la banque Markazi et consistant en l'achat de 22 titres de créance en obligations dématérialisées, leur gestion et leur vente subséquente, ces activités auraient été considérées comme des activités commerciales. Il s'ensuit que la banque Markazi aurait dû être qualifiée de « société » au sens du traité dans le présent arrêt. Cela lui aurait donné droit au traitement accordé aux sociétés de ce type par les dispositions du paragraphe 1 de l'article III et des paragraphes 1 et 2 de l'article IV du traité, dont la Cour a aujourd'hui conclu qu'elles avaient été violées par les États-Unis en ce qui concerne d'autres sociétés iraniennes. La Cour aurait donc dû se déclarer compétente à l'égard de la troisième exception soulevée par les États-Unis et, partant, étendre à la banque Markazi ses conclusions concernant la violation par les États-Unis des obligations que leur imposent le paragraphe 1 de l'article III et les paragraphes 1 et 2 de l'article IV.

(Signé) Abdulqawi Ahmed YUSUF.

¹⁶ *Ibid.*, p. 38-39, par. 92.