

OPINION INDIVIDUELLE DE M. LE JUGE IWASAWA

[Traduction]

Répartition de la charge de la preuve en ce qui concerne l'épuisement des voies de recours internes — Défendeur devant apporter la preuve du contraire lorsque le demandeur démontre prima facie que les voies de recours sont inefficaces — Combinaison entre les particularités des mesures adoptées par les États-Unis et la primauté conférée à une loi plus récente sur un traité ayant amené la Cour à conclure que les sociétés concernées n'avaient aucune possibilité raisonnable d'obtenir réparation — Raisonnement ne s'appliquant pas automatiquement à d'autres circonstances dans les États où une loi postérieure à un traité l'emporte sur celui-ci.

Critère d'examen applicable aux exceptions relatives à la sécurité prévues dans les traités — Défendeur devant prouver que les conditions énoncées à l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'article XX du traité d'amitié sont remplies — Disposition conférant à l'État qui l'invoque un certain pouvoir discrétionnaire — Critères de la proportionnalité et de la mesure la moins restrictive étant trop stricts pour être appliqués aux exceptions relatives à la sécurité — Juridiction internationale devant déterminer si une mesure était rationnelle au regard des autres possibilités raisonnables dont l'État avait connaissance à l'époque, aux fins d'apprécier si ladite mesure était nécessaire à la protection des intérêts vitaux en matière de sécurité de celui-ci — États-Unis n'ayant pas démontré que le décret présidentiel n° 13599 était une mesure nécessaire à la protection de leurs intérêts vitaux sur le plan de la sécurité.

Standard de la protection et de la sécurité les plus constantes revêtant une pertinence particulière en tant que moyen de protection contre des dommages physiques causés par des tiers — Standard ne mettant pas en jeu la responsabilité stricte, mais l'obligation de diligence — Standard de protection et de sécurité complètes devant être entendu comme conférant une protection distincte de celle offerte par un traitement juste et équitable et interprété comme désignant une protection contre des dommages physiques.

1. Je souscris pour l'essentiel aux conclusions et au raisonnement que la Cour a exposés dans le présent arrêt. Je déplore d'avoir dû voter contre le point 3 du dispositif, dans lequel la Cour dit que les États-Unis d'Amérique ont violé l'obligation que leur impose le paragraphe 1 de l'article III du traité d'amitié. Je ne reviendrai cependant pas sur les raisons de mon vote, car je partage en grande partie les vues que d'autres juges ne souscrivant pas à cette conclusion ont exprimées dans l'exposé de leur opinion.

2. J'aborderai trois autres sujets dans le présent exposé : l'épuisement des voies de recours internes, les exceptions relatives à la sécurité prévues dans les traités et l'obligation d'assurer la protection et la sécurité de la manière la plus constante. En ce qui concerne l'épuisement des voies de recours internes, j'examinerai particulièrement certains points sur lesquels la Cour ne s'est pas étendue dans son arrêt. Les deux autres sujets, à savoir les exceptions relatives à la sécurité et l'obligation d'assurer la protection et la sécurité de la manière la plus constante, sont des questions importantes en droit international économique, qui sont fréquemment soulevées dans des instances et font l'objet d'une attention grandissante dans la littérature.

I. ÉPUISEMENT DES VOIES DE RECOURS INTERNES

3. En la présente espèce, la Cour ne s'est pas référée à la charge de la preuve en ce qui concerne l'épuisement des voies de recours internes, alors que celle-ci sous-tend en grande partie ses conclusions. Dans des affaires antérieures relatives à la protection diplomatique, elle a toutefois précisé à qui incombait la charge de la preuve en la matière. En l'affaire de la *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (États-Unis d'Amérique c. Italie)* [ci-après *ELSI*], elle a ainsi souligné tout d'abord que «les États-Unis [le demandeur] étaient parfaitement conscients qu'il leur fallait observer la règle de l'épuisement des recours internes», et ensuite que «l'Italie [le défendeur] devait démontrer qu'il existait ... un quelconque recours interne qui n'avait pas été tenté ou du moins tenté mais pas épuisé. Ce devoir, l'Italie n'a jamais essayé de le nier»¹. En l'affaire *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)* [ci-après *Diallo*], réaffirmant ce qu'elle avait dit en l'affaire *ELSI*, la Cour a déclaré ce qui suit :

«En matière de protection diplomatique, c'est au demandeur qu'il incombe de prouver que les voies de recours internes ont bien été épuisées ou d'établir que des circonstances exceptionnelles dispensaient la personne prétendument lésée ... d'épuiser les recours internes disponibles (cf. ... (*ELSI*), p. 43-44, par. 53). Quant au défendeur, il lui appartient de convaincre la Cour qu'il existait dans son ordre juridique interne des recours efficaces qui n'ont pas été épuisés (cf. *ibid.*, p. 46, par. 59).»²

4. En règle générale, c'est le principe *onus probandi incumbit actori* qui s'applique en droit international ; la charge de la preuve incombe au demandeur³. Dans le cas de l'épuisement des voies de recours internes,

¹ *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (États-Unis d'Amérique c. Italie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1989, p. 44, par. 53, et p. 46, par. 59.

² *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2007 (II), p. 600, par. 44.

³ Voir, par exemple, *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2010 (I), p. 71, par. 162.

celle-ci est répartie comme suit⁴. Étant donné que l'épuisement des voies de recours internes est l'une des conditions préalables à l'exercice de la protection diplomatique⁵, un demandeur exerçant pareille protection doit préciser que la personne lésée a épuisé les recours internes⁶. Si le défendeur excipe du non-épuisement des voies de recours internes, il doit indiquer lesquelles n'ont pas été épuisées⁷. Le demandeur doit alors démontrer soit que ces voies ont bien été épuisées, soit que des exceptions à la règle s'appliquent, par exemple en prouvant le caractère inefficace des voies de recours⁸. Lorsque le demandeur démontre *prima facie* que les voies de recours sont inefficaces, il incombe au défendeur d'apporter la preuve du contraire⁹.

5. Dans les affaires portant sur des requêtes individuelles, les juridictions internationales des droits de l'homme ont adopté une répartition différente de la charge de la preuve en matière d'épuisement des voies de recours internes. C'est à l'État défendeur qu'il incombe initialement de démontrer l'existence d'un recours efficace. Une fois que le défendeur a apporté la preuve mise à sa charge, c'est à l'individu qui a formé la requête de démontrer soit qu'il a épuisé ledit recours, soit que celui-ci n'était pas efficace¹⁰.

⁴ Le juge Lauterpacht a expliqué la répartition de la charge de la preuve dans l'exposé de son opinion individuelle qui a été joint à l'arrêt rendu dans l'affaire relative à *Certains emprunts norvégiens* :

« 1) En règle générale, il appartient à l'État demandeur de prouver qu'il n'existe pas de recours efficace auquel on puisse s'adresser; 2) cette preuve n'est pas nécessaire s'il existe une loi qui, à première vue, prive les demandeurs particuliers d'un recours; 3) dans ce cas, il appartient à l'État défendeur de démontrer que, nonobstant l'absence apparente d'un recours, son existence peut néanmoins être raisonnablement présumée ». (*Certains emprunts norvégiens (France c. Norvège)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1957, opinion individuelle du juge Lauterpacht, p. 39.)

⁵ Voir, par exemple, *Interhandel (Suisse c. États-Unis d'Amérique)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1959, p. 27; article 14, paragraphe 1, des Articles sur la protection diplomatique de la Commission du droit international.

⁶ Voir notamment American and British Claims Commission, *Napier Case*, 14 novembre 1872, *History and Digest of the International Arbitrations to Which the United States Has Been a Party*, vol. III, p. 3154 (J. Moore (sous la dir. de), 1898).

⁷ « Pour contester valablement que la procédure internationale n'est pas recevable, l'État défendeur doit apporter la preuve de l'existence ... de voies de recours qui n'ont pas été utilisées. » *La réclamation Ambatielos (Grèce c. Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord)*, sentence du 6 mars 1956, *Recueil des sentences arbitrales (RSA)*, vol. XII, p. 119.

⁸ Voir, par exemple, *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis*, arrêt, 1939, C.P.J.I. série A/B n° 76, p. 19. La Cour permanente de Justice internationale a considéré que, tant qu'il n'avait pas été clairement démontré que les tribunaux du défendeur n'avaient pas compétence pour connaître d'une action introduite par la société du demandeur, la Cour ne pouvait accepter la thèse du demandeur selon laquelle la règle de l'épuisement des recours internes ne trouverait pas son application dans l'affaire.

⁹ Voir *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2007 (II), p. 600, par. 44.

¹⁰ Voir, par exemple, Cour européenne des droits de l'homme, *Akdivar et autres c. Turquie*, arrêt du 16 septembre 1996, n° 21893/93, par. 68; Cour interaméricaine des droits de l'homme, *Velásquez-Rodríguez c. Honduras*, arrêt du 29 juillet 1988, par. 59-60.

Cette répartition particulière de la charge de la preuve adoptée par les juridictions internationales des droits de l'homme ne s'applique pas nécessairement aux affaires entre États relatives à la protection diplomatique.

6. Dans la présente affaire, le défendeur excipait du défaut d'épuisement des recours internes pour contester certaines prétentions du demandeur (voir arrêt, par. 55-56 et 59). En réponse, ce dernier a montré *prima facie* que les recours offerts par le système judiciaire américain étaient inefficaces (voir *ibid.*, par. 58 et 60). Dès lors, c'est au défendeur qu'il incombait de prouver que ces recours étaient en réalité efficaces.

7. L'Iran tirait grief d'une série de mesures législatives et exécutives ayant effectivement privé ses sociétés, organismes et agences des recours disponibles, et contestait sur cette base les actions en exécution engagées contre leurs actifs. Les juridictions américaines étaient tenues d'appliquer ces mesures, qui ne laissaient guère de place à l'appréciation judiciaire. Selon l'Iran, les mesures des États-Unis constituaient un régime global «qui, en pratique, ne p[ouvait] pas être réexaminé par les juridictions internes». De leur côté, les États-Unis soutenaient que les recours internes offraient une possibilité raisonnable d'obtenir réparation. Toutefois, comme l'a souligné la Cour, «[I]es sociétés iraniennes qui sont parvenues à faire écarter par les tribunaux certaines mesures n'ont pu le faire qu'en démontrant soit que les mesures contestées se situaient hors du champ d'application de la loi sur laquelle elles étaient supposées être fondées, soit qu'elles étaient contraires à la loi elle-même» (arrêt, par. 71).

8. C'est la combinaison entre les particularités des mesures adoptées par les États-Unis et la primauté conférée à une loi fédérale plus récente sur un traité par la jurisprudence américaine qui a conduit la Cour à conclure que les sociétés en question n'avaient eu aucune possibilité raisonnable de faire valoir leurs droits avec succès dans les procédures judiciaires américaines. La Cour a adopté ce raisonnement dans les circonstances de la présente affaire (arrêt, par. 72). Celui-ci ne s'applique donc pas automatiquement à d'autres circonstances dans les États où une loi postérieure à un traité l'emporte sur celui-ci.

II. EXCEPTION RELATIVE À LA SÉCURITÉ PRÉVUE À L'ALINÉA *d*) DU PARAGRAPHE 1 DE L'ARTICLE XX DU TRAITÉ D'AMITIÉ

9. Les États-Unis affirmaient que le décret présidentiel n° 13599 était couvert par l'exception relative à la sécurité prévue à l'alinéa *d*) du paragraphe 1 de l'article XX du traité d'amitié. La Cour ayant rejeté cette affirmation dans un court paragraphe (arrêt, par. 108), je proposerai une analyse plus détaillée de la prétention des États-Unis et exposerai plusieurs motifs supplémentaires venant étayer la conclusion énoncée dans l'arrêt.

10. Je m'attarderai en particulier sur le critère d'examen à utiliser pour analyser les demandes formées au titre d'exceptions relatives à la sécurité

telles que celles prévues à l'alinéa *d*) du paragraphe 1 de l'article XX du traité d'amitié. De nombreux traités, dont d'autres traités d'amitié, de commerce et de navigation, des accords internationaux d'investissement, et des accords commerciaux multilatéraux et régionaux, prévoient des exceptions relatives à la sécurité. À maintes reprises au cours de ces dernières années, des États ont invoqué une exception relative à la sécurité prévue dans un traité pour affirmer que des mesures incompatibles avec les dispositions substantielles de cet instrument étaient justifiées. Je considère que le critère d'examen que les juridictions internationales doivent utiliser pour analyser ce type d'affirmations revêt une importance cruciale.

11. Le paragraphe 1 de l'article XX du traité d'amitié se lit comme suit :

«Le présent Traité ne fera pas obstacle à l'application de mesures ... *d*) [] nécessaires à l'exécution des obligations de l'une ou l'autre des Hautes Parties contractantes relatives au maintien ou au rétablissement de la paix et de la sécurité internationales ou à la protection des intérêts vitaux de cette Haute Partie contractante sur le plan de la sécurité.»

Les États-Unis soutenaient que le décret présidentiel n° 13599 était une mesure nécessaire à la protection de leurs intérêts vitaux en matière de sécurité et que le traité d'amitié n'y faisait pas obstacle.

12. L'alinéa *d*) du paragraphe 1 de l'article XX peut être considéré comme une défense affirmative. Conformément au principe *reus in excipiendo fit actor* (le défendeur, en soulevant une exception, devient demandeur), il incombe au défendeur — en l'espèce, les États-Unis — de prouver que les conditions énoncées à l'alinéa *d*) du paragraphe 1 de l'article XX sont remplies. La Cour l'a d'ailleurs confirmé en indiquant «qu'il appartenait aux États-Unis de démontrer que le décret [présidentiel] n° 13599 constituait une mesure nécessaire à la protection de leurs intérêts vitaux en matière de sécurité» (arrêt, par. 108).

13. Comme le paragraphe 1 de l'article XX du traité d'amitié, l'article XXI de l'accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994 [ci-après le «GATT de 1994»] prévoit des exceptions concernant la sécurité, mais il le fait dans des termes sensiblement différents. L'article XXI du GATT de 1994 se lit comme suit :

«Aucune disposition du présent Accord ne sera interprétée

.....

b) [] comme empêchant une partie contractante de prendre toutes mesures *qu'elle estimera* nécessaires à la protection des intérêts essentiels de sa sécurité :

- i) se rapportant aux matières fissiles ou aux matières qui servent à leur fabrication ;
- ii) se rapportant au trafic d'armes, de munitions et de matériel de guerre et à tout commerce d'autres articles et matériel destinés

directement ou indirectement à assurer l'approvisionnement des forces armées ;

- iii) appliquées en temps de guerre ou en cas de grave tension internationale. » (Les italiques sont de moi.)

14. Dans l'affaire *Russie — Mesures concernant le trafic en transit*, introduite par l'Ukraine conformément aux procédures de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) régissant le règlement des différends, la Russie soutenait que le sous-alinéa iii) de l'alinéa b) de l'article XXI du GATT de 1994 était « entièrement “fondé sur une autonomie de jugement” ». Le groupe spécial de l'OMC a estimé que « l'expression adjectivale “qu'elle estimera” » (« which it considers ») figurant dans le texte introductif de l'alinéa b) de l'article XXI « p[ouvait] être interprétée comme qualifiant uniquement le mot “nécessaires” ... ou comme qualifiant également la détermination de ces “intérêts essentiels de ... sécurité” ; ou enfin et au maximum, comme qualifiant aussi la détermination des questions décrites dans les trois sous-alinéas de l'article XXI b) ». Le groupe spécial a conclu que cette disposition ne s'étendait pas à la détermination des circonstances visées au sous-alinéa iii) et que, pour que des mesures relèvent de l'alinéa b) de l'article XXI, « il d[eva]it être constaté objectivement qu'elles satisf[aisaie]nt aux prescriptions énoncées dans l'un des sous-alinéas énumérés de cette disposition ». Par conséquent, le groupe spécial a rejeté l'argument selon lequel le sous-alinéa iii) de l'alinéa b) de l'article XXI était « totalement “fondé sur une autonomie de jugement” »¹¹.

15. En l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, la Cour a analysé l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'article XXI du traité d'amitié, de commerce et de navigation entre le Nicaragua et les États-Unis, qui est le pendant de l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'article XX du traité d'amitié entre l'Iran et les États-Unis. Aucun de ces instruments ne contient l'expression « qu'elle estimera » (« which it considers ») ou une autre expression similaire. Dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires* et dans celle des *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique)*, la Cour a clairement établi que les exceptions relatives à la sécurité prévues dans ces traités n'étaient pas « fondé[s] sur une autonomie de jugement », affirmant que, « d'après les termes du traité lui-même, la question de savoir si une mesure [était] nécessaire à la protection des intérêts vitaux de sécurité d'une partie ne rel[evait] pas de l'appréciation subjective de la partie intéressée »¹². Compte tenu de cette déclaration sans équivoque de la Cour, les deux Parties à la présente espèce convenaient que l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'article XXI du traité d'amitié ne revêtait pas un « caractère discrétionnaire »¹³.

¹¹ Rapport du groupe spécial, *Russie — Mesures concernant le trafic en transit*, WT/DS512/R et Add.1, adoptés le 26 avril 2019, par. 7.26, 7.63 et 7.101-7.102.

¹² *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 141, par. 282. Voir également *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2003, p. 183, par. 43.

¹³ Réplique de l'Iran, par. 10.19-10.21 ; duplique des États-Unis, par. 7.18.

16. En l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires*, la Cour a mis en regard l'article XXI du GATT de 1994 et l'article XXI du traité d'amitié, de commerce et de navigation entre le Nicaragua et les États-Unis, soulignant que cette dernière disposition « fai[sai]t simplement état ... des mesures "nécessaires" et non pas de celles considérées comme telles par une partie »¹⁴. Il semble que la Cour ait tenté de faire une distinction entre les traités qui contiennent l'expression « which it considers » et d'autres où cette expression est absente, donnant à penser que ces derniers n'ont pas un « caractère discrétionnaire ».

17. En l'affaire des *Plates-formes pétrolières*, toutefois, la Cour elle-même a précisé que, « [c]ompte tenu de [l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'article XX du traité d'amitié], une partie au traité p[ouvai]t être fondée à prendre certaines mesures *qu'elle consid[érait]* "nécessaires" à la protection de ses intérêts vitaux sur le plan de la sécurité »¹⁵, bien que cette disposition ne contienne pas l'expression « qu'elle considère » (« which it considers »).

18. Dans l'affaire relative à *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)*, la Cour a reconnu que l'alinéa c) de l'article 2 de la convention d'entraide judiciaire en matière pénale entre Djibouti et la France donnait « un très large pouvoir discrétionnaire » à l'État requis, car cette disposition renfermait l'expression « [s]i l'État requis estime ». Entre parenthèses, la Cour a cité en exemple les affaires des *Activités militaires et paramilitaires* et des *Plates-formes pétrolières* pour illustrer « la compétence de la Cour à l'égard de dispositions accordant un *large pouvoir discrétionnaire* »¹⁶. Par conséquent, elle a reconnu que les dispositions portant sur les exceptions relatives à la sécurité en cause dans ces affaires, à savoir respectivement l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'article XXI du traité d'amitié, de commerce et de navigation entre le Nicaragua et les États-Unis et l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'article XX du traité d'amitié entre l'Iran et les États-Unis, conféraient un large pouvoir discrétionnaire aux parties contractantes, alors même que lesdites dispositions ne contiennent pas l'expression « qu'elle considère » (« which it considers »).

19. À n'en pas douter, la présence de l'expression « which it considers » permet d'établir expressément qu'un pouvoir discrétionnaire est accordé à l'État concerné. Toutefois, même en l'absence d'une telle expression, les exceptions relatives à la sécurité doivent être considérées comme conférant à l'État qui les invoque un certain pouvoir discrétionnaire¹⁷.

¹⁴ *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 116, par. 222.

¹⁵ *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2003, p. 183, par. 43 (les italiques sont de moi).

¹⁶ *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2008, p. 229, par. 145 (les italiques sont de moi).

¹⁷ Un tribunal arbitral a utilisé l'expression « marge d'appréciation » (« margin of appreciation ») pour rendre compte de la notion de pouvoir discrétionnaire conféré par les exceptions relatives à la sécurité à l'État qui les invoque : *Continental Casualty Company v. The Argentine Republic*, affaire CIRDI n° ARB/03/9, sentence du 5 septembre 2008, par. 181. Voir également *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay*, affaire CIRDI n° ARB/10/7, sentence du 8 juillet 2016, par. 388

20. Les Parties à la présente affaire ne s'accordaient ni sur le critère que la Cour devait employer pour examiner la demande présentée par les États-Unis en vertu de l'alinéa *d*) du paragraphe 1 de l'article XX, ni sur la conclusion à laquelle elle devait aboutir. L'Iran soutenait que la nécessité s'évalue au regard du critère de proportionnalité, dont font foi, selon lui, la jurisprudence de l'OMC et celle des procédures arbitrales relatives aux investissements. Les États-Unis, quant à eux, alléguaient que l'alinéa *d*) du paragraphe 1 de l'article XX confère un large pouvoir discrétionnaire à l'État qui agit de bonne foi.

21. Dans l'affaire *Russie — Mesures concernant le trafic en transit*, le groupe spécial de l'OMC a défini le critère à utiliser pour évaluer les mesures prises en vertu de l'article XXI (Exceptions concernant la sécurité) du GATT de 1994. Il a reconnu que cette disposition était en partie « fondé[e] sur une autonomie de jugement », avançant que l'expression « qu'elle estimera » (« which it considers ») qualifiait non seulement le mot « nécessaires », mais aussi la détermination des « intérêts essentiels de ... sécurité ». Le groupe spécial a donc admis qu'« il appart[enai]t, en général, à chaque Membre de définir ce qu'il estim[ait] comme étant les intérêts essentiels de sa sécurité ». Toutefois, selon le groupe spécial, « le pouvoir discrétionnaire dont dispose un Membre pour désigner des préoccupations particulières comme “intérêts essentiels de sécurité” est limité par son obligation d'interpréter et d'appliquer de bonne foi l'article XXI *b*) iii) du GATT de 1994 » et « [l']obligation de bonne foi ... s'applique non seulement à la définition donnée par le Membre des intérêts essentiels de sécurité ... mais aussi, et surtout, à leur lien avec les mesures en cause ». Le groupe spécial a en outre précisé que

« cette obligation [de bonne foi] [prenait] corps dans l'exigence que les mesures en cause satisfassent à une prescription minimale de plausibilité par rapport aux intérêts essentiels de sécurité invoqués, c'est-à-dire qu'elles ne soient pas dénuées de plausibilité en tant que mesures visant à protéger ces intérêts »¹⁸.

Le cadre d'analyse énoncé par le groupe spécial dans l'affaire *Russie — Mesures concernant le trafic en transit* a été généralement accepté par les membres de l'OMC, et suivi par les groupes spéciaux constitués ultérieurement¹⁹.

et 398-399 (acceptant l'expression « marge d'appréciation » dans le contexte de l'examen d'une demande relative au traitement juste et équitable, affirmant que les juridictions devraient traiter avec « grande déférence » les jugements des États concernant les besoins nationaux sur des questions telles que la protection de la santé publique). À comparer avec l'opinion concordante et dissidente de M. Born, arbitre, *ibid.*, par. 87, 137-138 et 188.

¹⁸ *Russie — Mesures concernant le trafic en transit*, *supra* note 11, par. 7.63, 7.10-7.102, 7.131-7.133 et 7.138. L'Ukraine n'a pas fait appel et le rapport du groupe spécial a été adopté le 26 avril 2019 par l'Organe de règlement des différends de l'OMC. L'Ukraine a affirmé que « [l]e Groupe spécial avait apporté une contribution très importante et opportune » et que, « [p]lus important encore, il avait constaté que l'existence de circonstances appropriées était un élément crucial de la justification au titre de l'article XXI du GATT de 1994 ». Organe de règlement des différends de l'OMC, compte rendu de la réunion du 26 avril 2019, WT/DSB/M/428, p. 20.

¹⁹ Dans l'affaire *Arabie saoudite — Mesures concernant la protection des droits de propriété intellectuelle* (instance introduite par le Qatar), les parties (Qatar et Arabie saoudite), de

22. La Cour a elle aussi considéré que les dispositions contenant l'expression «which it considers» ou une expression similaire devaient être examinées au regard du critère de la bonne foi. Dans l'affaire relative à *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)*, elle a ainsi admis que l'alinéa c) de l'article 2 de la convention d'entraide judiciaire en matière pénale, qui renferme l'expression «[s]i l'État requis estime», donnait à ce dernier «un très large pouvoir discrétionnaire», soulignant toutefois que «l'exercice de ce pouvoir demeur[ait] soumis à l'obligation de bonne foi codifiée à l'article 26 de la convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités»²⁰.

23. En ce qui concerne les dispositions portant sur les exceptions relatives à la sécurité qui ne contiennent pas l'expression «which it considers» ou des termes similaires, le critère d'examen devrait être plus rigoureux que celui de la bonne foi. En l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires*, la Cour a décrit succinctement le critère à utiliser pour évaluer les mesures adoptées au titre des exceptions relatives à la sécurité prévues dans le traité d'amitié, de commerce et de navigation entre le Nicaragua et les États-Unis : «[L]a Cour doit ... se prononcer sur le caractère raisonnable du péril encouru par [l]es "intérêts vitaux en ce qui concerne la sécurité" et ensuite sur le caractère non seulement utile mais "nécessaire" des mesures présentées comme destinées à en assurer la protection»²¹. Elle a souligné que «les mesures ne d[evai]ent pas simplement tendre à protéger les intérêts vitaux de sécurité de la partie qui les adopte; elles doivent être "nécessaires" à cette fin»²². La Cour l'a réaffirmé en référence à l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'article XX du traité d'amitié dans l'affaire des *Plates-formes pétrolières*²³.

24. Ainsi que la Cour l'a expliqué en l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires*, au premier stade de l'examen, une juridiction internationale doit se prononcer sur le caractère raisonnable du péril encouru par les intérêts vitaux en ce qui concerne la sécurité. Compte tenu du sens ordinaire à donner, dans son contexte, à l'expression «intérêts vitaux en ce qui concerne

nombreuses tierces parties au différend et le groupe spécial ont tous souscrit au cadre analytique énoncé par le groupe spécial *Russie — Mesures concernant le trafic en transit*. Rapport du groupe spécial, *Arabie saoudite — Mesures concernant la protection des droits de propriété intellectuelle*, WT/DS567/R et Add.1, diffusés le 16 juin 2020, par. 7.243-7.255 et 7.271. Voir aussi le rapport du groupe spécial, *États-Unis — Certaines mesures visant les produits en acier et en aluminium*, WT/DS544/R, Add.1 et Suppl. n° 1, diffusés le 9 décembre 2022, par. 7.128, et d'autres rapports du groupe spécial adoptés pour des affaires connexes intentées par la Norvège (DS552), la Suisse (DS556) et la Türkiye (DS564); rapport du groupe spécial, *États-Unis — Prescription en matière de marquage de l'origine* (Hong Kong, Chine), WT/DS597/R, diffusé le 21 décembre 2022, par. 7.185.

²⁰ *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2008, p. 229, par. 145.

²¹ *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 117, par. 224.

²² *Ibid.*, p. 141, par. 282.

²³ *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2003, p. 183, par. 43.

la sécurité», on peut penser que cette expression renvoie à l'essence même des fonctions régaliennes de l'État, telles que la protection de son territoire et de sa population contre des menaces extérieures et le maintien de l'ordre public interne. Il incombe à l'État invoquant l'exception de décrire avec suffisamment de précision la nature des intérêts vitaux en matière de sécurité qui sont en jeu, afin de démontrer que ces derniers sont légitimes à la lumière de l'objet et du but du traité.

25. Au deuxième stade de l'examen, la juridiction internationale doit rechercher si les mesures sont «nécessaires» à la protection des intérêts vitaux en matière de sécurité. La Cour a jugé que ces mesures ne devaient pas être «seulement utile[s]» ni «simplement tendre à protéger» les intérêts vitaux de sécurité, mais qu'elles devaient être «nécessaire[s]» pour en assurer la protection.

26. Dans la présente affaire, l'Iran proposait l'application d'un critère strict pour évaluer la nécessité d'une mesure. Il soutenait que «[l]'examen de la nécessité impliqu[ait] inévitablement celui de la proportionnalité», se fondant sur la jurisprudence de l'OMC et sur celle des tribunaux d'arbitrage d'investissement²⁴. L'examen de la proportionnalité suppose d'évaluer toute incidence négative résultant de la mesure examinée au regard de la réalisation des objectifs qu'elle poursuit. Dans les domaines du droit international des droits de l'homme et du droit constitutionnel national, les juridictions — tant internationales qu'internes — se sont appuyées sur le critère de la proportionnalité pour évaluer des mesures de restriction des droits de l'homme. En revanche, les organes juridictionnels de l'OMC n'ont pas fait appel à ce critère. Les commentateurs l'expliquent par un manque de disposition institutionnelle de l'OMC à mettre en balance les valeurs et intérêts concernés. Un certain nombre de tribunaux arbitraux constitués pour connaître de différends relatifs aux investissements ont, quant à eux, employé le critère de la proportionnalité pour examiner le traitement juste et équitable²⁵ ou l'expropriation indirecte²⁶, sans toutefois y recourir en ce qui concerne les exceptions relatives à la sécurité²⁷. À mon sens, le critère de la proportionnalité est trop strict pour être appliqué aux exceptions relatives à la sécurité.

²⁴ CR 2022/16, p. 40, par. 10 (Pellet).

²⁵ Voir, par exemple, *Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador*, affaire CIRDI n° ARB/06/11, sentence du 5 octobre 2012, par. 404 ; *Philip Morris v. Uruguay*, *supra* note 17, par. 409-410.

²⁶ Voir notamment *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. The United Mexican States*, affaire CIRDI n° ARB(AF)/00/2, sentence du 29 mai 2003, par. 122 ; *Fireman's Fund Insurance Company v. The United Mexican States*, affaire CIRDI n° ARB(AF)/02/01, sentence du 17 juillet 2006, par. 176, point j).

²⁷ Pour certains commentateurs, dans l'affaire *Continental Casualty v. Argentina*, on trouve un exemple d'utilisation du critère de la proportionnalité par un tribunal d'arbitrage en matière d'investissement. En réalité, dans cette affaire, le tribunal s'est référé au critère de la mesure la moins restrictive. *Continental Casualty v. Argentina*, *supra* note 17, par. 193-195. Voir également *Deutsche Telekom AG v. The Republic of India*, affaire CPA n° 2014-10, sentence intérimaire du 13 décembre 2017, par. 239.

27. Alors que l'Iran invoquait la jurisprudence de l'OMC et celle des tribunaux d'arbitrage en matière d'investissement pour étayer sa thèse selon laquelle la Cour devait examiner la proportionnalité des mesures, il faut savoir que, dans les affaires citées, les instances concernées se sont en fait appuyées sur le critère de la mesure la moins restrictive, et non sur celui de la proportionnalité. Par exemple, dans l'affaire *Corée — Mesures affectant les importations de viande de bœuf*, l'Organe d'appel de l'OMC a souscrit à l'explication suivante donnée par un groupe spécial du GATT :

«[U]ne partie contractante [du GATT] ne peut justifier une mesure incompatible avec une autre disposition de l'Accord général en la déclarant "nécessaire" au sens de l'article XX *d*) si elle dispose d'une autre mesure dont on pourrait attendre raisonnablement qu'elle l'emploie et qui n'est pas incompatible avec d'autres dispositions de l'Accord général. De même, dans les cas où une mesure compatible avec d'autres dispositions de l'Accord général n'est pas raisonnablement disponible, une partie contractante a l'obligation d'utiliser, parmi les mesures dont elle dispose raisonnablement, celle qui comporte le *moindre degré d'incompatibilité* avec les autres dispositions de l'Accord général.»²⁸

Le critère de la mesure la moins restrictive n'est pas identique au critère de la proportionnalité.

28. Les groupes spéciaux et l'Organe d'appel du GATT/OMC ont opté pour le critère de la mesure la moins restrictive pour évaluer la «nécessité» des mesures prises au titre de l'article XX (Exceptions générales) du GATT de 1994. Dans un premier temps, ils ont développé ce critère par référence au sous-alinéa *d*), qui traite des mesures «nécessaires pour assurer le respect des lois et règlements»²⁹. Ils l'ont par la suite étendu au sous-alinéa *b*), qui porte sur les mesures «nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux»³⁰, puis au sous-alinéa *a*), qui a trait aux mesures «nécessaires à la protection de la moralité publique»³¹. Il est malvenu de transposer le critère de la mesure la moins restrictive, qui a été établi pour l'examen des exceptions générales énoncées à l'article XX, aux exceptions relatives à la sécurité prévues à l'article XXI.

²⁸ Rapport de l'Organe d'appel, *Corée — Mesures affectant les importations de viande de bœuf fraîche, réfrigérée et congelée*, WT/DS161/AB/R, WT/DS169/AB/R, adopté le 10 janvier 2001, par. 165, citant le rapport du groupe spécial, *États-Unis — Article 337 de la Loi douanière de 1930 et modifications y relatives*, IBDD 36S/345, adopté le 7 novembre 1989, par. 5.26 (les italiques sont de moi). Voir également *Deutsche Telekom v. India*, supra note 27, par. 239.

²⁹ Voir, par exemple, le rapport du groupe spécial, *États-Unis — Article 337 de la Loi douanière de 1930 et modifications y relatives*, supra note 28, par. 5.26.

³⁰ Voir le rapport du groupe spécial, *Thaïlande — Restrictions à l'importation et taxes intérieures touchant les cigarettes*, IBDD 37S/200, adopté le 7 novembre 1990, par. 75.

³¹ Rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis — Mesures visant la fourniture transfrontière de services de jeux et paris*, WT/DS285/AB/R et Corr.1, adopté le 20 avril 2005, par. 308 (conclusion concernant l'alinéa *a*) de l'article XIV du GATS, pendant de l'alinéa *a*) de l'article XX du GATT de 1994).

Le critère de la mesure la moins restrictive est lui aussi trop strict pour évaluer les exceptions relatives à la sécurité. Les instances juridictionnelles de l'OMC n'ont pas appliqué ce critère aux mesures adoptées en vertu de l'article XXI. Comme expliqué ci-dessus, le critère défini pour l'article XXI par le groupe spécial en l'affaire *Russie — Mesures concernant le trafic en transit* est bien moins exigeant que le critère de la mesure la moins restrictive établi par les instances juridictionnelles de l'OMC pour l'article XX.

29. Les intérêts essentiels de sécurité renvoient aux intérêts les plus vitaux de l'État. Les questions relatives à la sécurité nationale sont plus sensibles que nombre d'autres préoccupations publiques. Dans l'affaire relative à *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)*, la Cour a reconnu que les dispositions portant sur les exceptions relatives à la sécurité conféraient un « large pouvoir discrétionnaire » aux États (voir le paragraphe 18 ci-dessus). L'adoption d'un critère de la preuve très strict supposerait que la priorité est donnée au commerce, à l'investissement, aux échanges et aux autres éléments apparentés au détriment de la sécurité nationale. Dans le contexte sensible de la sécurité nationale, il appartient aux autorités nationales d'un État de déterminer, après évaluation initiale, s'il existe un péril et ce qu'il est nécessaire de faire pour y répondre. Une juridiction internationale doit se garder de se substituer à l'État en infirmant les décisions de ce dernier *ex post facto*. En revanche, une juridiction internationale remplit sa fonction de prévention des abus lorsqu'elle examine une mesure prise par un État en vue de s'assurer que son pouvoir discrétionnaire est exercé de manière raisonnable et de bonne foi³².

30. Sur la base de ces considérations, je suis d'avis que, pour évaluer si une mesure est nécessaire à la protection des intérêts essentiels de sécurité d'un État au titre d'une disposition ne contenant pas l'expression « which it considers » ou une autre expression similaire, comme c'est le cas de l'alinéa *d*) du paragraphe 1 de l'article XX du traité d'amitié, une juridiction internationale devrait déterminer si ladite mesure était rationnelle au regard des autres possibilités raisonnables dont l'État avait connaissance à l'époque. Lorsqu'elle procède à cette évaluation, la juridiction en question devrait tenir compte de l'importance des intérêts en jeu sur le plan de la sécurité et apprécier la contribution que la mesure était censée apporter à la protection de ces intérêts et son efficacité à cet égard, ainsi que son incidence sur le commerce, l'investissement, les échanges et autres domaines apparentés. En outre, la juridiction devrait déterminer si l'État a suivi les procédures appropriées pour exercer son pouvoir discrétionnaire³³. Il est en effet largement admis dans le droit administratif national que, lorsqu'une autorité néglige de suivre les procédures appropriées, cela peut être assimilé à une utilisation abusive d'un pouvoir discrétionnaire (excès de pouvoir).

³² Voir *Immunités et procédures pénales (Guinée équatoriale c. France)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2020, p. 323, par. 73.

³³ Cf. *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2008, déclaration du juge Keith, p. 280-281, par. 7-8.

31. Bien que l'alinéa *d*) du paragraphe 1 de l'article XX du traité d'amitié donne un certain pouvoir discrétionnaire à l'État qui invoque l'exception, je partage l'avis de la Cour selon lequel, dans la présente affaire, les États-Unis « n'ont pas fait [la] démonstration de manière convaincante » que le décret présidentiel n° 13599 constituait une mesure nécessaire à la protection de leurs intérêts vitaux en matière de sécurité (arrêt, par. 108).

32. À cet égard, je relève en particulier les éléments suivants. Les États-Unis estiment qu'il en va de leurs intérêts vitaux sur le plan de la sécurité de « prévenir les attentats terroristes et le financement des activités terroristes ... et de mettre fin aux progrès du programme de missiles balistiques de l'Iran ». Le décret présidentiel n° 13599 met en application les prescriptions énoncées à l'alinéa *c*) de l'article 1245 de la loi sur le budget de la défense nationale pour l'exercice 2012 [*2012 National Defense Authorization Act*]. Tandis que l'article 1245 fait référence à un rapport du Trésor, dans lequel il est indiqué que « [l]e Trésor déclare publiquement que l'ensemble du secteur bancaire iranien ... expose le système financier mondial à des risques de financement du terrorisme, de financement de la prolifération et de blanchiment de capitaux », le décret présidentiel n° 13599 indique que les mesures ont pour objet les « pratiques trompeuses » du secteur bancaire iranien visant à « dissimuler des transactions de parties faisant l'objet de sanctions », les « insuffisances du dispositif de lutte contre le blanchiment de capitaux de l'Iran et les faiblesses de sa mise en œuvre », ainsi que « le risque permanent et intolérable que les activités de l'Iran font courir au système financier international », mais il ne mentionne pas les intérêts des États-Unis sur le plan de la sécurité. Le décret présidentiel n° 13599 frappait principalement les actifs de la banque Markazi en cause dans l'affaire *Peterson*, qui n'entraient pas dans le champ de compétence de la Cour. D'autres actifs tombant sous le coup du décret présidentiel n° 13599, notamment les actifs de la banque Melli et de la banque Saderat, avaient été bloqués avant 2012 en application d'autres décisions prises sous l'égide du décret présidentiel n° 13382 de 2005. Celui-ci ne crée pas de régime de mesures individualisées ; il s'applique de manière générale à toutes les institutions financières iraniennes. Bien que les États-Unis se soient référés à certaines résolutions du Conseil de sécurité des Nations Unies pour justifier son adoption, le décret présidentiel n° 13599 a un champ plus large que ce que prévoient les résolutions pertinentes.

III. OBLIGATION D'ASSURER LA PROTECTION ET LA SÉCURITÉ DE LA MANIÈRE LA PLUS CONSTANTE

33. L'Iran affirmait que les États-Unis avaient violé l'obligation qui leur incombe en vertu du paragraphe 2 de l'article IV du traité d'amitié d'assurer « la protection et la sécurité de la manière la plus constante » des biens des sociétés iraniennes. Il soutenait que cette obligation ne se limitait pas à la protection physique, mais qu'elle revêtait aussi un caractère juridique (voir arrêt, par. 170-171).

34. Ce standard s'exprime en des termes divers dans les traités : « protection constante », « protection pleine et entière », « protection continue », avec ajout du terme « sécurité » avant ou après « protection », avec ajout de l'expression « la plus » avant l'adjectif, etc. Les juridictions n'ont pas considéré que, sur le fond, ces variations revêtaient une quelconque importance³⁴. Le standard évoqué en l'espèce est souvent désigné sous l'appellation « protection et sécurité complètes ».

35. Ce standard a traditionnellement été interprété comme une exigence de protection physique. L'affaire *AAPL v. Sri Lanka* (1990), première procédure d'arbitrage introduite en vertu d'un accord international d'investissement, était aussi la première affaire dans laquelle ce standard était en cause. Les forces de sécurité sri-lankaises avaient détruit une ferme d'élevage de crevettes au cours d'une opération de contre-insurrection. L'affaire portait donc sur la protection contre des dommages physiques³⁵. Le standard de la protection et de la sécurité complètes a par la suite été appliqué par d'autres tribunaux d'arbitrage dans des situations où l'investissement était touché par des violences physiques³⁶.

36. Au début de ce siècle, certains tribunaux arbitraux ont toutefois commencé à considérer que ce standard s'étendait au-delà de la protection contre des dommages physiques et était aussi d'ordre juridique. Néanmoins, ils n'ont pas tous élargi sa portée dans la même mesure³⁷.

37. D'autres tribunaux arbitraux, en revanche, ont maintenu que le standard se limitait à la protection contre des dommages physiques³⁸. Par

³⁴ Voir *Frontier Petroleum Services Ltd. v. The Czech Republic*, affaire CPA n° 2008-09, sentence finale du 12 novembre 2010, par. 260.

³⁵ *Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) v. Republic of Sri Lanka*, affaire CIRDI n° ARB/87/3, sentence finale du 27 juin 1990.

³⁶ Voir notamment *American Manufacturing and Trading, Inc. v. Republic of Zaire*, affaire CIRDI n° ARB/93/1, sentence du 21 février 1997, par. 6.05 ; *Wena Hotels Ltd. v. Arab Republic of Egypt*, affaire CIRDI n° ARB/98/4, sentence du 8 décembre 2000, par. 82 et 84 ; *Tecmed v. Mexico*, *supra* note 26, par. 175-177.

³⁷ Voir également *CME Czech Republic B.V. v. The Czech Republic*, sentence partielle du 13 septembre 2001, par. 613 ; *Azurix Corp. v. The Argentine Republic*, affaire CIRDI n° ARB/01/12, sentence du 14 juillet 2006, par. 406-408 ; *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. The Argentine Republic*, affaire CIRDI n° ARB/97/3, sentence du 20 août 2007, par. 7.4.17 ; *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania*, affaire CIRDI n° ARB/05/22, sentence du 24 juillet 2008, par. 729 ; *National Grid P.L.C. v. The Argentine Republic*, sentence du 3 novembre 2008, par. 187-189 ; *Frontier Petroleum Services v. The Czech Republic*, *supra* note 34, par. 263 ; *Global Telecom Holding S.A.E. v. Canada*, affaire CIRDI n° ARB/16/16, sentence du 27 mars 2020, par. 664-665.

³⁸ Voir, par exemple, *Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic*, affaire CPA n° 2001-04, sentence partielle du 17 mars 2006, par. 483-484 ; *PSEG Global Inc. and Konya Ilgin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Şirketi v. Republic of Turkey*, affaire CIRDI n° ARB/02/5, sentence du 19 janvier 2007, par. 258-259 ; *BG Group Plc. v. The Republic of Argentina*, sentence finale du 24 décembre 2007, par. 324-326 ; *Rumeli Telekom A.S. and Telsim Mobil Telekomikasyon Hizmetleri A.S. v. The Republic of Kazakhstan*, affaire CIRDI n° ARB/05/16, sentence du 29 juillet 2008, par. 668 ; *Liman Caspian Oil BV and NCL Dutch Investment B.V. v. The Republic of Kazakhstan*, affaire CIRDI n° ARB/07/14, sentence du 22 juin 2010, par. 289 ;

exemple, dans l'affaire *Saluka v. The Czech Republic* (2006), le tribunal a estimé que «la disposition relative à la “sécurité et la protection pleines et entières” n'[était] pas conçue pour couvrir toute forme de détérioration du bien de l'investisseur, mais pour protéger plus précisément son intégrité physique contre l'ingérence par l'usage de la force»³⁹. Dans l'affaire *BG Group v. Argentina* (2007), le tribunal a jugé «inapproprié de s'écarter du standard de “protection et sécurité ... constante(s)”», tel qu'envisagé à l'origine⁴⁰. Dans l'affaire *Suez and Vivendi v. Argentina* (2010), le tribunal a procédé à une analyse détaillée du standard, notamment de son évolution historique. Il a ensuite souligné qu'«une interprétation trop large du standard de protection et de sécurité complètes p[ouvai]t conduire à son chevauchement avec d'autres standards de protection des investissements, ce qui n'est ni nécessaire ni souhaitable», concluant que «le présent tribunal n'[était] pas convaincu qu'il faille s'écarter de l'interprétation traditionnelle de ce terme»⁴¹.

38. Pour étayer sa thèse selon laquelle le standard à l'examen s'étend aussi à la protection juridique, l'Iran s'est référé à l'affaire *ELSI*, dans laquelle la chambre de la Cour a examiné la question de savoir s'il y avait eu violation de la disposition garantissant «la protection et la sécurité les plus constantes», énoncée dans le traité d'amitié, de commerce et de navigation conclu entre l'Italie et les États-Unis. L'Iran soulignait que, pour ce faire, la chambre s'était fondée sur l'argumentation des États-Unis selon laquelle «les “biens” à protéger au sens de cette disposition du traité [d'amitié, de commerce et de navigation] n'étaient pas l'usine et l'équipement, lesquels étaient l'objet de la réquisition, mais l'entité formée par l'*ELSI* elle-même»⁴². Cela ne signifie cependant pas que la chambre ait appliqué ce standard comme exigeant une protection supérieure à la seule protection contre des dommages physiques; elle ne s'est simplement pas prononcée sur ce point.

39. En la présente espèce, la Cour a fait un certain nombre de déclarations importantes concernant le standard de protection et de sécurité complètes. En particulier, elle a observé que l'«élément essentiel» de ce standard «résid[ait] dans la protection des biens contre les dommages physiques» et souligné que ce standard «revêt[ait] une importance et une pertinence pratiques particulières en ce qu'il garanti[ssai]t la protection des biens contre les dommages physiques susceptibles d'être causés par des tiers». La Cour a

Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and Vivendi Universal S.A. v. The Argentine Republic, affaire CIRDI n° ARB/03/19, décision sur la responsabilité du 30 juillet 2010, par. 158-179; *Gold Reserve Inc. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, affaire CIRDI n° ARB(AF)/09/1, sentence du 22 septembre 2014, par. 622; *Olin Holdings Ltd. v. State of Libya*, affaire CCI n° 20355/MCP, sentence finale du 25 mai 2018, par. 364-365; *OperaFund Eco-Invest SICAV PLC and Schwab Holding AG v. Kingdom of Spain*, affaire CIRDI n° ARB/15/36, sentence du 6 septembre 2019, par. 576.

³⁹ *Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic*, *supra* note 38, par. 484.

⁴⁰ *BG Group v. Argentina*, *supra* note 38, par. 326.

⁴¹ *Suez and Vivendi v. Argentina*, *supra* note 38, par. 161-169, 174, 179.

⁴² *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (États-Unis d'Amérique c. Italie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1989, p. 64, par. 106.

confirmé que ce standard ne mettait pas en jeu la responsabilité stricte des États, mais faisait obligation à chaque État «de faire preuve de la diligence due» pour assurer une protection contre les dommages physiques sur son territoire. Elle a constaté que les traités d'amitié, de commerce et de navigation et les accords internationaux d'investissement prévoyaient souvent un traitement juste et équitable ainsi qu'une protection et une sécurité complètes «dans des phrases consécutives, voire dans la même phrase», et considéré que «[c]es deux standards de protection distincts» se recouperaient dans une large mesure si l'on interprétait celui de la protection et de la sécurité complètes comme incluant la protection juridique (arrêt, par. 190). Par conséquent, la Cour a conclu que la disposition relative au standard de protection et de sécurité complètes n'était pas censée s'appliquer à des situations régies par l'obligation d'assurer un traitement juste et équitable (*ibid.*, par. 191) et a rejeté à l'unanimité la conclusion soumise par l'Iran à cet égard (*ibid.*, point 9 du dispositif).

40. Étendre à la protection juridique la portée du standard de protection et de sécurité complètes en ferait un standard similaire à celui du traitement juste et équitable. De fait, certaines juridictions ont considéré que la protection et la sécurité complètes étaient incluses dans le standard de traitement juste et équitable⁴³. Face à la tendance récente à l'extension de la protection et de la sécurité complètes au-delà de la protection physique, certains traités ont expressément limité le standard à la protection contre des dommages physiques⁴⁴. Pour éviter que ces deux standards distincts se chevauchent, il vaut mieux envisager la protection et la sécurité complètes comme conférant une protection distincte de celle offerte par un traitement juste et équitable. Sauf disposition contraire dans le traité considéré, il convient d'interpréter la protection et la sécurité complètes comme désignant une protection contre des dommages physiques.

(Signé) IWASAWA Yuji.

⁴³ Voir *Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador*, Cour d'arbitrage international de Londres, affaire n° UN 3467, sentence finale du 1^{er} juillet 2004, par. 187; *Azurix v. Argentina*, *supra* note 37, par. 407-408.

⁴⁴ Voir, par exemple, US-Korea Free Trade Agreement, art. 11.5, par. 2, al. b), 2007; accord économique et commercial global entre le Canada, d'une part, et l'Union européenne et ses États membres, d'autre part, art. 8.10, point 5, 2016; accord entre le Gouvernement du Royaume du Maroc et le Gouvernement de la République du Rwanda sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements, art. 2, par. 2, 2016; accord de protection des investissements entre l'Union européenne et Singapour, art. 2.4, point 5, 2018; accord de protection des investissements entre l'Union européenne et le Viêt Nam, art. 2.5, point 5, 2019. Voir également United States Model Bilateral Investment Treaty, art. 5, par. 2, al. b), 2012; Dutch Model Bilateral Investment Treaty (Pays-Bas), art. 9, par. 1, 2019.