

SEPARATE OPINION OF JUDGE *AD HOC* BROWER

*Clean hands — Incomplete references in support of the Respondent's argument — Judge Hudson's individual opinion — Limitation not satisfied.*

*Article XX of the Treaty of Amity — Article XX is not a jurisdictional limitation because not self-judging — Parties could have drafted Article XX as a self-judging clause — Other treaties on commercial matters contain self-judging clauses.*

*Sovereign immunity — Treaty of Amity governs economic relations and consular rights — Treaty of Amity expressly grants consular immunities — Expressio unius est exclusio alterius — Interpretation based on Article 31, paragraph 3 (c), of the Vienna Convention on the Law of Treaties would amount to rewriting the Treaty of Amity — Words used in the Treaty of Amity further strengthen the conclusion that the Treaty is of a purely commercial nature — A contrario interpretation is of no avail.*

*The third objection to jurisdiction is of an exclusively preliminary character — Bank Markazi's basic function as Iran's Central Bank determines whether or not it is a "company" under the Treaty of Amity — Iran adduced no proof that Bank Markazi actually engaged in commercial activities — Under Iran's Monetary and Banking Act 1972 as amended Bank Markazi is not authorized to engage in commercial activity — Iran's pleadings contain few arguments that Bank Markazi engaged in commercial activity — All immune State organs and international organizations carry out some degree of ancillary commercial activity required for their support and maintenance — Iran has consistently argued in United States' courts that Bank Markazi carries out strictly sovereign activities — Iran cannot "blow hot and cold at the same time" — Court had before it all the facts necessary to decide whether Bank Markazi is a "company" within the meaning of the Treaty of Amity.*

1. I agree with the Court's conclusions on the first and second objections to jurisdiction, and on both objections to admissibility. I could not vote, however, in favour of the operative paragraph concerning the third objection to jurisdiction. First, I wish to highlight certain points of agreement with the majority, but on which the Judgment did not elaborate at length. Second, I intend to set out the reasons for my partial dissent.

## I. CLEAN HANDS

2. In the oral proceedings, the United States referred to the words of Professor John Dugard, seven times judge *ad hoc* of the Court, acting in

OPINION INDIVIDUELLE DE M. LE JUGE *AD HOC* BROWER

[Traduction]

*Mains propres — Caractère incomplet des sources présentées à l'appui de l'argument du défendeur — Opinion individuelle du juge Hudson — Restriction n'ayant pas été respectée.*

*Article XX du traité d'amitié — Disposition ne constituant pas une limitation de compétence car n'étant pas une clause discrétionnaire — Rien ne s'étant opposé à ce que les Parties formulent l'article XX comme une clause de ce type — Autres traités relatifs à des questions commerciales contenant des clauses discrétionnaires.*

*Immunité souveraine — Traité d'amitié régissant les relations économiques et les droits consulaires — Traité d'amitié accordant expressément des immunités consulaires — Expressio unius est exclusio alterius — Interprétation fondée sur l'alinéa c) du paragraphe 3 de l'article 31 de la convention de Vienne sur le droit des traités revenant à récrire le traité d'amitié — Termes employés dans le traité d'amitié corroborant la conclusion selon laquelle celui-ci est de nature purement commerciale — Interprétation a contrario n'étant d'aucune utilité.*

*Troisième exception d'incompétence ayant un caractère exclusivement préliminaire — Fonction essentielle de la banque Markazi en tant que banque centrale de l'Iran déterminant s'il s'agit ou non d'une « société » au sens du traité d'amitié — Iran n'ayant présenté aucun élément de preuve attestant que la banque Markazi aurait effectivement mené des activités commerciales — Banque Markazi n'étant pas autorisée à exercer des activités commerciales au regard de la loi monétaire et bancaire iranienne de 1972 telle qu'amendée — Ecritures et plaidoiries de l'Iran ne contenant guère d'arguments pour démontrer que la banque Markazi se livrait à des activités commerciales — Tous organes étatiques et organisations internationales jouissant de l'immunité exerçant certaines activités commerciales auxiliaires requises pour leur fonctionnement et leur entretien — Iran ayant toujours affirmé devant les tribunaux américains que la banque Markazi se livrait à des activités strictement souveraines — Iran ne pouvant « souffler en même temps le chaud et le froid » — Cour ayant disposé de tous les faits nécessaires pour déterminer si la banque Markazi est une « société » au sens du traité d'amitié.*

1. Je souscris aux conclusions de la Cour concernant les première et deuxième exceptions d'incompétence ainsi que les deux exceptions d'irrecevabilité. En revanche, je n'ai pas pu voter en faveur du point du dispositif relatif à la troisième exception d'incompétence. Je commencerai par souligner certains points d'accord avec la majorité, qui n'ont cependant pas été suffisamment développés dans l'arrêt, avant d'exposer les raisons de mon désaccord partiel.

I. MAINS PROPRES

2. A l'audience, les Etats-Unis se sont référés aux termes employés par M. John Dugard, juge *ad hoc* à la Cour à sept reprises, en sa qualité de

his capacity as Special Rapporteur of the International Law Commission (hereinafter “ILC”) on diplomatic protection. The United States quoted Professor Dugard’s statement according to which it is:

“difficult to sustain the argument that the clean hands doctrine does not apply to disputes involving direct inter-State relations. States have frequently raised the clean hands doctrine in direct inter-State claims and in no case has the ICJ stated that the doctrine is irrelevant to inter-State claims.”<sup>1</sup>

The United States also cited a writing of former President of the Court Judge Schwebel which it argued should be understood as confirming that “a number of States have maintained the vitality and applicability of the principle of clean hands in inter-State disputes and that the Court has not rejected the principle”<sup>2</sup>. Iran simply commented that there exist serious doubts concerning the existence and the relevance of the clean hands doctrine<sup>3</sup>.

3. The Court has not commented on these references, but both Professor Dugard and Judge Schwebel were cited incompletely. In his contribution on the clean hands doctrine, Judge Schwebel had concluded that “[w]hether indeed the principle of clean hands is a principle of contemporary international law is a question on which opinion is divided”<sup>4</sup>. Judge Schwebel also made reference to the work of Professor Dugard as ILC Special Rapporteur, especially to the latter’s statement that evidence in favour of the clean hands doctrine is “inconclusive”<sup>5</sup>. Professor Dugard himself was cautious as to the existence and relevance of that doctrine in inter-State dispute settlement. Although he maintained that the clean hands doctrine may apply to inter-State relations<sup>6</sup>, his remarks were made in the context of a study on diplomatic protection, of which the present dispute is not an example. Furthermore, Professor Dugard concluded his report with the words of Judge Schwebel to the effect that “the evidence in favour of the clean hands doctrine is inconclusive”<sup>7</sup>. Thus, a complete reading of the references cited to support the Respondent’s

<sup>1</sup> CR 2018/28, p. 56, para. 82 (Bethlehem). See John Dugard, *Sixth Report on Diplomatic Protection*, UN doc. A/CN.4/546 (11 August 2004), p. 5, para. 6.

<sup>2</sup> CR 2018/28, p. 56, para. 82 (Bethlehem). See Stephen M. Schwebel, “Clean Hands, Principle”, in Rüdiger Wolfrum (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (Oxford University Press, 2012), Vol. II, pp. 232-235.

<sup>3</sup> CR 2018/31, pp. 51-52, paras. 35-37 (Pellet).

<sup>4</sup> Schwebel, *supra* note 2, p. 233, para. 3.

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 234, para. 13.

<sup>6</sup> Dugard, *supra* note 1, para. 6.

<sup>7</sup> *Ibid.*, para. 18. Judge Crawford, then ILC Special Rapporteur on State responsibility, stated that the clean hands doctrine had been invoked before international tribunals, but rarely applied. See “Draft Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with Commentaries”, *Yearbook of the International Law Commission (YILC)*, 2001, Vol. II, Part Two, p. 72, para. 9.

rapporteur spécial de la Commission du droit international (ci-après la «CDI») sur la protection diplomatique. Celui-ci estimait qu'il était

«difficile de maintenir l'argument selon lequel la théorie des mains propres ne s'applique pas aux différends portant directement sur les relations interétatiques. Les Etats ont souvent invoqué la théorie des mains propres dans des réclamations interétatiques et la CIJ n'a jamais déclaré que la théorie des mains propres ne s'appliquait pas aux réclamations interétatiques.»<sup>1</sup>

Les Etats-Unis ont également cité un texte du juge Schwebel, ancien président de la Cour, qui, selon eux, devait être considéré comme confirmant qu'«un certain nombre d'Etats [avaient] préservé la vitalité et l'applicabilité du principe des mains propres dans les différends interétatiques et que la Cour n'a[vait] pas rejeté ce principe»<sup>2</sup>. L'Iran, quant à lui, s'est contenté d'indiquer qu'il y avait de sérieux doutes concernant l'existence et la pertinence de la doctrine des mains propres<sup>3</sup>.

3. La Cour n'a pas formulé d'observations au sujet des textes invoqués par les Etats-Unis, mais tant M. Dugard que le juge Schwebel ont été cités de manière incomplète. Dans sa contribution à la doctrine des mains propres, le second est parvenu à la conclusion suivante: «[I]a question de savoir si le principe des mains propres est effectivement un principe de droit international contemporain est une question sur laquelle les avis sont partagés»<sup>4</sup>. Il s'est aussi référé aux travaux de M. Dugard, rapporteur spécial de la CDI et, en particulier, à l'observation de ce dernier pour qui les éléments en faveur de la doctrine des mains propres ne sont «pas concluants»<sup>5</sup>. M. Dugard lui-même s'était montré prudent quant à l'existence et à la pertinence de ladite doctrine dans le domaine des différends interétatiques. Bien qu'il ait soutenu que celle-ci pouvait s'appliquer aux relations interétatiques<sup>6</sup>, il s'exprimait alors dans le cadre d'une étude sur la protection diplomatique, dont le présent différend n'est pas une illustration. En outre, il conclut que «les arguments en faveur de l'existence d'une jurisprudence «mains propres» ne sont pas concluants»<sup>7</sup>, mots

<sup>1</sup> CR 2018/28, p. 56, par. 82 (Bethlehem). Voir John Dugard, Sixième rapport sur la protection diplomatique, Nations Unies, doc. A/CN.4/546 (11 août 2004), p. 5, par. 6.

<sup>2</sup> CR 2018/28, p. 56, par. 82 (Bethlehem). Voir Stephen M. Schwebel, «Clean Hands, Principle», dans Rüdiger Wolfrum (dir. publ.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (Oxford University Press, 2012), vol. II, p. 232-235.

<sup>3</sup> CR 2018/31, p. 51-52, par. 35-37 (Pellet).

<sup>4</sup> Schwebel, note 2 ci-dessus, p. 233, par. 3.

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 234, par. 13.

<sup>6</sup> Dugard, note 1 ci-dessus, par. 6.

<sup>7</sup> *Ibid.*, par. 18. Le juge Crawford, alors rapporteur spécial de la CDI sur la responsabilité des Etats, a indiqué que «[I]a théorie dite des «mains propres» a[vait] été principalement invoquée ... devant des cours et tribunaux internationaux, mais rarement appliquée». Voir «Projet d'articles sur la responsabilité des Etats pour faits internationalement illicites et commentaires y relatifs», *Annuaire de la Commission du droit international (ACDI)* (2001), vol. II, deuxième partie, p. 184, par. 9.

unclean hands argument shows that, in fact, they provide scant support for that argument.

4. Furthermore, in its preliminary objections, the United States referred to Judge Hudson's individual opinion in *Diversion of Water from the Meuse (Netherlands v. Belgium)*<sup>8</sup>. According to the United States, Judge Hudson considered that the Court may apply principles of equity as part of international law, one of which is "representative of the clean hands doctrine"<sup>9</sup>. In its observations, Iran responded that Judge Hudson's comments "dealt not with the clean hands principle but, more generally, with the principle of equity"<sup>10</sup>. Moreover, Iran commented on the 2007 arbitral award in *Guyana v. Suriname*, which, in turn, elaborated on the clean hands doctrine by reference to Judge Hudson's individual opinion. On the basis of the *Guyana v. Suriname* award, Iran contended that "[t]he Claimant's conduct must relate to the same reciprocal obligation on which it bases its claim"<sup>11</sup>, and, in relation to the United States' clean hands argument, that the United States itself "has not even claimed that the accusations upon which it bases its assertion that Iran has unclean hands amount to an ongoing violation of Iran's obligations under the Treaty of Amity"<sup>12</sup>. At the oral proceedings, the United States did not mention Judge Hudson's individual opinion, while Iran added that Judge Hudson's views related to the merits of a case and not the admissibility of an application<sup>13</sup>.

5. In the relevant part of his individual opinion, Judge Hudson wrote that:

"[i]t would seem to be an important principle of equity that where two parties have assumed an identical or a reciprocal obligation, one party which is engaged in a continuing non-performance of that obligation should not be permitted to take advantage of a similar non-performance of that obligation by the other party. The principle finds expression in the so-called maxims of equity which exercised great influence in the creative period of the development of the Anglo-American law. Some of these maxims are, 'Equality is equity';

<sup>8</sup> *Diversion of Water from the Meuse (Netherlands v. Belgium)*, Judgment, 1937, P.C.I.J., Series A/B, No. 70, individual opinion by Mr. Hudson, p. 77.

<sup>9</sup> Preliminary Objections of the United States (POUS), p. 61, para. 6.37.

<sup>10</sup> Observations and Submissions of Iran on the Preliminary Objections of the United States (OSI), p. 92, para. 8.8.

<sup>11</sup> *Ibid.*, para. 8.19. Iran cited the Award in the Arbitration regarding the delimitation of the maritime boundary between Guyana and Suriname of 17 September 2007 (*Guyana v. Suriname*); United Nations, Reports of International Arbitral Awards (RIAA), Vol. XXX, pp. 117-118, paras. 420-421.

<sup>12</sup> OSI, pp. 97-98, para. 8.20.

<sup>13</sup> CR 2018/31, pp. 52-53, para. 39 (Pellet).

ensuite repris par le juge Schwebel. Il ressort donc d'une lecture exhaustive des textes cités par le défendeur à l'appui de son argument sur l'absence de mains propres que, de fait, lesdites sources n'étaient guère cet argument.

4. Dans leurs exceptions préliminaires, les Etats-Unis se sont en outre référés à l'exposé de l'opinion individuelle du juge Hudson en l'affaire des *Prises d'eau à la Meuse (Pays-Bas c. Belgique)*<sup>8</sup>. Selon le défendeur, le juge Hudson considérait que la Cour pouvait appliquer les principes d'équité en tant que partie du droit international, l'un de ces principes étant «représentatif de la doctrine des mains propres»<sup>9</sup>. Dans ses observations, l'Iran a répondu que le juge Hudson «ne traitait pas du principe des mains propres mais, plus généralement, du principe de l'équité»<sup>10</sup>. A cet égard, il s'est fondé sur la sentence arbitrale rendue en 2007 en l'affaire *Guyana c. Suriname*, dans laquelle était examinée la doctrine des mains propres à la lumière de l'opinion individuelle du juge Hudson, soutenant que «[l]e comportement du demandeur [devait] concerner l'obligation réciproque même sur laquelle il fond[ait] sa demande»<sup>11</sup> et, au sujet de l'argument des mains propres formulé par les Etats-Unis, que ceux-ci «n'[avaient] même pas soutenu que les accusations sur la base desquelles ils allégu[ai]ent que l'Iran aurait les mains sales constitu[ai]ent une violation continue des obligations de l'Iran au titre du traité d'amitié»<sup>12</sup>. A l'audience, les Etats-Unis n'ont pas fait mention de l'opinion individuelle du juge Hudson; l'Iran, pour sa part, a ajouté que les vues de celui-ci se rapportaient au fond d'une affaire et non à la recevabilité d'une requête<sup>13</sup>.

5. Dans la partie pertinente de l'exposé de son opinion individuelle, le juge Hudson a écrit ce qui suit :

«Un important principe d'équité semblerait être que, quand deux parties ont assumé une obligation identique ou réciproque, une partie qui, de manière continue, n'exécute pas cette obligation, ne devrait pas être autorisée à tirer avantage d'une non-observation analogue de cette obligation par l'autre partie. Ce principe trouve son expression dans ce que l'on appelle les maximes d'équité, qui ont exercé une grande influence au cours de la période créatrice du développement du droit anglo-américain. Quelques-unes de ces maximes sont

<sup>8</sup> *Prises d'eau à la Meuse (Pays-Bas c. Belgique)*, arrêt, 1937, C.P.J.I. série A/B n° 70, p. 77, opinion individuelle de M. Hudson.

<sup>9</sup> Exceptions préliminaires des Etats-Unis (EPEU), p. 61, par. 6.37.

<sup>10</sup> Observations écrites de la République islamique d'Iran sur les exceptions préliminaires des Etats-Unis (OEI), p. 92, par. 8.8.

<sup>11</sup> OEI, par. 8.19. L'Iran a cité la *Sentence arbitrale relative à la délimitation de la frontière maritime entre le Guyana et le Surinam (Guyana c. Surinam)*, 17 septembre 2007; Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales (RSA)*, vol. XXX, p. 117-118, par. 420-21.

<sup>12</sup> OEI, p. 97-98, par. 8-20.

<sup>13</sup> CR 2018/31, p. 52-53, par. 39 (Pellet).

‘He who seeks equity must do equity’. It is in line with such maxims that ‘a court of equity refuses relief to a plaintiff whose conduct in regard to the subject-matter of the litigation has been improper’ . . .

The general principle is one of which an international tribunal should make a very sparing application. It is certainly not to be thought that a complete fulfilment of all its obligations under a treaty must be proved as a condition precedent to a State’s appearing before an international tribunal to seek an interpretation of that treaty. Yet, in a proper case, and with scrupulous regard for the limitations which are necessary, a tribunal bound by international law ought not to shrink from applying a principle of such obvious fairness.”<sup>14</sup>

Thus, Judge Hudson did not write specifically about the clean hands doctrine, but more generally addressed principles of equity applicable by international courts and tribunals. Notably, he also commented that “[t]he general principle [of equity] is one of which an international tribunal should make a very sparing application”<sup>15</sup>, while at the same time urging that “a tribunal bound by international law ought not to shrink from applying a principle of such obvious fairness”<sup>16</sup> if to do so comports with “scrupulous regard for the limitations which are necessary”<sup>17</sup>.

6. The limitations to which Judge Hudson referred included “that where two parties have assumed an identical or a reciprocal obligation”<sup>18</sup> and that “one party . . . is engaged in a continuing non-performance of that obligation”<sup>19</sup> while, at the same time, there is “a similar non-performance of that obligation by the other party”<sup>20</sup>. The United States admitted, however, that this limitation was “not precisely the circumstances of this case”<sup>21</sup>, and instead focused its clean hands argument on a broader range of alleged violations by Iran of international law rules not set forth in the Treaty of Amity.

7. Therefore, leaving aside the issue of the existence of the clean hands doctrine and its possible content, the United States, relying on Judge Hudson’s individual opinion, admittedly did not meet its central “limitation”. For all these reasons, I could not accept the “clean hands” objection to admissibility.

---

<sup>14</sup> *Diversion of Water from the Meuse*, *supra* note 8, p. 77.

<sup>15</sup> *Ibid.*

<sup>16</sup> *Ibid.*

<sup>17</sup> *Ibid.*

<sup>18</sup> *Ibid.*

<sup>19</sup> *Ibid.*

<sup>20</sup> *Ibid.*

<sup>21</sup> POUS, para. 6.37, p. 61, n. 248.

«L'égalité est l'équité»; «Celui qui cherche à obtenir l'équité doit agir en équité». C'est conformément à ces maximes qu'«un tribunal d'équité refuse d'accorder remède au plaignant qui s'est mal conduit à l'égard de ce qui fait le fond du litige»...

Le principe général est de ceux qu'un tribunal international doit appliquer avec beaucoup de prudence. On ne saurait certainement estimer que, pour qu'un Etat pût se présenter devant un tribunal international afin d'obtenir l'interprétation d'un traité, il faudrait que cet Etat eût préalablement prouvé qu'il a rempli toutes les obligations assumées par lui en vertu de ce traité. Et cependant, dans un cas nettement pertinent, et en tenant compte scrupuleusement des restrictions nécessaires, un tribunal, lié par le droit international, ne devrait pas reculer devant l'application d'un principe si évidemment juste.»<sup>14</sup>

Le juge Hudson n'examinait donc pas spécifiquement la doctrine des mains propres, mais, plus généralement, les principes d'équité applicables par les juridictions internationales. Il convient de relever qu'il estimait que «[l]e principe général [de l'équité] [était] de ceux qu'un tribunal international d[evait] appliquer avec beaucoup de prudence»<sup>15</sup>, tout en insistant sur le fait qu'«un tribunal, lié par le droit international, ne devrait pas reculer devant l'application d'un principe si évidemment juste»<sup>16</sup>, à condition que, ce faisant, il «t[ienne] compte scrupuleusement des restrictions nécessaires»<sup>17</sup>.

6. Les restrictions que le juge Hudson avait à l'esprit étaient que «deux parties [aient] assumé une obligation identique ou réciproque»<sup>18</sup>, qu'«une partie ..., de manière continue, n'exécute pas cette obligation»<sup>19</sup> et que, dans le même temps, il y ait une «non-observation analogue de cette obligation par l'autre partie»<sup>20</sup>. Or, les Etats-Unis ont reconnu que cette restriction ne correspondait «pas précisément aux circonstances de la présente affaire»<sup>21</sup>, faisant porter leur argument des mains propres sur un éventail plus large de violations alléguées de règles de droit international non contenues dans le traité d'amitié.

7. Dès lors, tout en laissant de côté la question de l'existence de la doctrine des mains propres et de son éventuelle teneur, force est de constater que les Etats-Unis, en se fondant sur l'exposé de l'opinion individuelle du juge Hudson, n'ont pas satisfait à la «restriction» essentielle énoncée par celui-ci. C'est pourquoi je n'ai pas pu retenir l'exception d'irrecevabilité fondée sur les «mains propres».

<sup>14</sup> *Prises d'eau à la Meuse*, note 8 ci-dessus, p. 77.

<sup>15</sup> *Ibid.*

<sup>16</sup> *Ibid.*

<sup>17</sup> *Ibid.*

<sup>18</sup> *Ibid.*

<sup>19</sup> *Ibid.*

<sup>20</sup> *Ibid.*

<sup>21</sup> EPEU, par. 6.37, p. 61, n. 248.



## II. ARTICLE XX OF THE TREATY OF AMITY

8. The Court has rejected the argument that Article XX of the Treaty of Amity limits the scope of its jurisdiction *ratione materiae* without much discussion, relying on the fact that it already had considered and rejected that argument in *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*<sup>22</sup>. The Court also noted that the same argument had been rejected earlier in *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*<sup>23</sup>, which concerned a similarly worded article in the Nicaragua-United States Treaty of Friendship, Commerce and Navigation.

9. I believe, however, that the Court could have come to the same conclusion independently of its previous jurisprudence. It is my view that unless Article XX of the Treaty of Amity were self-judging it only could raise an issue for the merits. Self-judging clauses limiting the scope of treaties on economic relations are older than the Treaty of Amity. The paradigmatic example is Article XXI, paragraph (b), of the 1947 General Agreement on Tariffs and Trade (hereinafter “GATT”)<sup>24</sup>, under which “[n]othing in this Agreement shall be construed . . . to prevent any contracting party from taking any action which it considers necessary for the protection of its essential security interests”. Under this provision, it is the State party to the GATT that is entitled to decide whether “it considers” a course of action necessary for the protection of its “essential security interests”<sup>25</sup>. The same provision was subsequently included in Article XIVbis, paragraph 1 (b), of the General Agreement on Trade in Services (hereinafter “GATS”)<sup>26</sup>. The manner in which Article XXI of the GATT and Article XIVbis of the GATS are worded is clearly different from the manner in which Article XX of the Treaty of Amity is drafted.

10. In 1946, nearly a decade before concluding the Treaty of Amity, the United States had accepted the Court’s compulsory jurisdiction under Article 36, paragraph 2, of the Statute. The reservation attached to its declaration provided that the Court would not have compulsory jurisdiction over “[d]isputes with regard to matters which are essentially within the domestic jurisdiction of the United States of America as determined by the United States of America”<sup>27</sup>. In 1955, the United States thus was very well aware of, and capable of drafting, self-judging clauses, which

<sup>22</sup> *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Preliminary Objection, Judgment, I.C.J. Reports 1996 (II), pp. 811-812, paras. 20-21.

<sup>23</sup> *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986, pp. 115-116, paras. 221-222, and pp. 135-136, para. 271.

<sup>24</sup> United Nations, *Treaty Series (UNTS)*, Vol. 55, p. 187.

<sup>25</sup> Panel Report, *United States-Export Restrictions (Czechoslovakia) (1949)*, GATT/CP.3/SR.22, 8 June 1949.

<sup>26</sup> *UNTS*, Vol. 1869, p. 185.

<sup>27</sup> *Ibid.*, Vol. 1, p. 10.

## II. L'ARTICLE XX DU TRAITÉ D'AMITIÉ

8. La Cour a rejeté l'argument selon lequel l'article XX du traité d'amitié limitait la portée de sa compétence *ratione materiae* sans y consacrer de longs développements, se fondant sur le fait qu'elle avait déjà examiné et rejeté ce même argument dans l'affaire des *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique)*<sup>22</sup>. Elle a également observé que ce même argument avait été écarté en l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*<sup>23</sup>, qui portait sur un article contenu dans le traité d'amitié, de commerce et de navigation entre le Nicaragua et les Etats-Unis dont le libellé était analogue à celui de l'article XX.

9. Je suis cependant d'avis que la Cour aurait pu parvenir à la même conclusion sans se référer à sa jurisprudence. Selon moi, à moins que l'article XX du traité d'amitié ne soit d'application discrétionnaire, il ne peut en effet que soulever une question appelant un examen au fond. Les clauses discrétionnaires limitant la portée de traités de commerce sont plus anciennes que le traité d'amitié. L'exemple type en est le paragraphe *b*) de l'article XXI de l'accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1947 (ci-après le «GATT»)<sup>24</sup>, aux termes duquel «[a]ucune disposition du présent accord ne sera interprétée ... comme empêchant une partie contractante de prendre toutes mesures qu'elle estimera nécessaires à la protection des intérêts essentiels de sa sécurité». Cette disposition autorise donc tout Etat partie au GATT à décider s'il «estime» qu'une mesure est nécessaire pour la protection des «intérêts essentiels de sa sécurité»<sup>25</sup>. Elle a été ensuite incluse dans l'alinéa *b*) du paragraphe 1 de l'article XIV*bis* de l'accord général sur le commerce des services (ci-après le «GATS»)<sup>26</sup>. Or, le libellé de l'article XXI du GATT et de l'article XIV*bis* du GATS est clairement différent de celui de l'article XX du traité d'amitié.

10. En 1946, soit près de dix ans avant la conclusion du traité d'amitié, les Etats-Unis avaient accepté la juridiction obligatoire de la Cour en vertu du paragraphe 2 de l'article 36 du Statut. La réserve dont ils avaient alors assorti leur déclaration prévoyait que la Cour n'aurait pas compétence obligatoire à l'égard des «différends relatifs à des questions relevant essentiellement de la compétence nationale des Etats-Unis d'Amérique, telle qu'elle [était] fixée par les Etats-Unis d'Amérique»<sup>27</sup>. En 1955, les Etats-Unis avaient donc parfaitement conscience de l'existence des clauses

<sup>22</sup> *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique)*, exception préliminaire, arrêt, C.I.J. Recueil 1996 (II), p. 811-812, par. 20-21.

<sup>23</sup> *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 115-116, par. 221-222, et p. 135-136, par. 271.

<sup>24</sup> Nations Unies, *Recueil des traités des Nations Unies (RTNU)*, vol. 55, p. 187.

<sup>25</sup> Demande du Gouvernement de la Tchécoslovaquie pour une décision au titre de l'article XXIII (1949), GATT/CP.3/SR.22.

<sup>26</sup> RTNU, vol. 1869, p. 185.

<sup>27</sup> *Ibid.*, vol. 1, p. 10.

strongly suggests that, had the intention been that of making Article XX of the Treaty of Amity self-judging, the United States and Iran would have done so. The United States, however, manifested no such intention, even on its own part, while negotiating with Iran, according to the drafting history of the Treaty of Amity that has been made available to the Court in this proceeding.

11. Clauses similar to Article XX of the Treaty of Amity have been included in certain bilateral investment treaties (hereinafter “BITS”). By way of example, the India-Mauritius BIT contains a provision which states that:

“[t]he provisions of this Agreement shall not in any way limit the right of either Contracting Party to apply prohibitions or restrictions of any kind or take any other action which is directed to the protection of its essential security interests, or to the protection of public health or the prevention of diseases in pests and animals or plants”.

Referring to the Court’s jurisprudence, an arbitral tribunal has recently interpreted this provision not to be self-judging<sup>28</sup>.

12. I note, however, that, in paragraph 123 of the Judgment, the Court has commented that the United States’ allegations adduced in support of its clean hands argument “could, eventually, provide a defence on the merits”.

### III. SOVEREIGN IMMUNITY

13. I agree with the Court’s reasoning in paragraphs 48-80 of the Judgment. I find, however, that there are a number of additional reasons why the claims of Iran relating to the alleged violations of sovereign immunity by the United States cannot fall within the Court’s jurisdiction *ratione materiae*.

14. The Treaty of Amity governs two distinct substantive areas of Iran-United States relations: economic relations (Arts. II-XI) and consular rights (Arts. XII-XIX). Consular immunities are expressly regulated by numerous provisions of the Treaty of Amity. Article XIII, paragraph 1, states that “[c]onsular officers and employees shall enjoy the privileges and immunities accorded to officers and employees of their rank or status by general international usage”, while Articles XIV-XVI govern matters of taxation, tax exemptions, and immunity from the host State’s taxation. Article XIV, paragraph 2, for example, states that:

---

<sup>28</sup> *CC/Devas (Mauritius) Ltd. et al. v. Republic of India*, Award on Jurisdiction and Merits, 25 July 2016, p. 58, paras. 218-219.

discrétionnaires — qu'ils étaient tout à fait capables de rédiger —, ce qui porte clairement à croire que, si telle avait été leur intention, les deux Etats signataires du traité d'amitié auraient fait en sorte que l'article XX soit une clause de ce type. Or, au vu de l'histoire rédactionnelle dudit instrument qui a été soumise à la Cour en la présente instance, les Etats-Unis, même de manière unilatérale, n'en ont pas manifesté l'intention dans leurs négociations avec l'Iran.

11. Des clauses similaires à l'article XX du traité d'amitié ont été incluses dans certains traités bilatéraux relatifs aux investissements. Ainsi, le traité d'investissement conclu entre l'Inde et Maurice contient une disposition qui se lit comme suit :

« Les dispositions du présent accord ne limitent d'aucune manière le droit de chaque partie contractante d'appliquer toutes interdictions ou restrictions qu'elle pourrait juger nécessaires, ou de prendre toute autre mesure visant à préserver ses intérêts essentiels en matière de sécurité, à protéger la santé publique ou à lutter contre les ravageurs et les maladies animales ou végétales. »

Se référant à la jurisprudence de la Cour, un tribunal arbitral a récemment interprété cette disposition comme n'étant pas discrétionnaire<sup>28</sup>.

12. Je relèverai toutefois que, au paragraphe 123 de son arrêt, la Cour a jugé que les allégations formulées par les Etats-Unis à l'appui de leur argument relatif aux mains propres « pourraient servir, le cas échéant, de défense au fond ».

### III. IMMUNITÉ SOUVERAINE

13. Je souscris au raisonnement que la Cour a exposé aux paragraphes 48 à 80 de l'arrêt. Selon moi, il est toutefois un certain nombre de raisons supplémentaires pour lesquelles les demandes de l'Iran relatives aux violations de l'immunité souveraine qu'auraient commises les Etats-Unis ne sauraient entrer dans le champ de la compétence *ratione materiae* de la Cour.

14. Le traité d'amitié régit deux domaines substantiels distincts des relations entre les deux Etats : les relations économiques (art. II à XI) et les droits consulaires (art. XII à XIX). Les immunités consulaires sont expressément régies par de nombreuses dispositions du traité. Ainsi, le paragraphe 1 de l'article XIII dispose que « [l]es fonctionnaires et employés consulaires jouiront des privilèges et immunités qui sont accordés aux fonctionnaires et employés de même rang ou de même statut conformément à la pratique générale internationale », les articles XIV à XVI traitant quant à eux de questions d'imposition, ainsi que des exemptions en matière d'impôts et de l'immunité fiscale dans l'Etat d'admission. A titre d'exemple, le paragraphe 2 de l'article XIV prévoit que

<sup>28</sup> *CCI/Devas (Mauritius) Ltd. et al. v. Republic of India*, Award on Jurisdiction and Merits, 25 juillet 2016, p. 58, par. 218-219.

“[t]he baggage, effects and other articles imported exclusively for the personal use of consular officers and diplomatic and consular employees and members of their families residing with them, who are nationals of the sending state and are not engaged in any private occupation for gain in the territories of the receiving state, shall be exempt from all customs duties and internal revenue or other taxes imposed upon or by reason of importation”<sup>29</sup>.

Article XV, paragraph 2, states that “[l]ands and buildings situated in the territories of either High Contracting Party, . . . which are used exclusively for governmental purposes . . ., shall be exempt from taxation of every kind”. Article XVI, paragraph 1, provides that “consular officers and employees, who . . . are not engaged in private occupation for gain within the territories of the receiving state, shall be exempt from all taxes or other similar charges”. Article XVIII further provides that “[c]onsular officers and employees are not subject to local jurisdiction for acts done in their official character and within the scope of their authority”. Grants of consular immunities are stated expressly and repeatedly to attach solely to official consular activities.

15. These express grants of immunities for the purposes of consular and diplomatic relations stand in stark contrast to the total absence of any express grant of immunity for any other purpose, including in respect of economic relations. These explicit and comprehensive grants of consular and diplomatic immunities strongly indicate that, had Iran and the United States intended for the Treaty of Amity also to grant immunity to State entities, they would have done so expressly. This results from application of the established canon of interpretation *expressio unius est exclusio alterius*.

16. I thus agree with the argument of the United States that “[h]ad the Parties chosen to codify sovereign immunity protections in this commercial treaty, they would have done so simply and directly”<sup>30</sup>. Vague and indirect references to general international law in the Treaty of Amity’s articles on economic relations are insufficient to remedy the complete absence of express provisions conferring immunities on State entities.

17. Iran also contended, in accordance with Article 31, paragraph 3 (*c*), of the Vienna Convention on the Law of Treaties (hereinafter “VCLT”)<sup>31</sup>, that “the provisions of the 1955 Treaty of Amity must be

<sup>29</sup> Note that Article XIV, paragraph 3, of the Treaty of Amity also refers to “diplomatic . . . employees”, and Article XIV, paragraph 1, refers to “diplomatic office”. Article XVI, paragraph 3, refers to “diplomatic officers and employees”. These provisions further confirm that the Treaty excludes any and all immunities of State entities.

<sup>30</sup> POUS, p. 80, para. 8.7.

<sup>31</sup> UNTS, Vol. 1155, p. 331.

«[I]es bagages, les effets et tous autres articles importés exclusivement pour l'usage personnel des fonctionnaires consulaires et des employés diplomatiques ou consulaires et des membres de leurs familles qui résident avec eux, qui sont ressortissants de l'Etat d'origine et qui ne se livrent à aucune activité lucrative dans le territoire de l'Etat d'admission, seront exempts de tous droits de douane et de tous impôts ou taxes intérieurs perçus en raison ou à l'occasion de l'importation»<sup>29</sup>.

Le paragraphe 2 de l'article XV dispose que «[I]es terrains et bâtiments situés sur le territoire de l'une ou l'autre partie contractante ... et utilisés exclusivement à des fins officielles seront exempts de tous impôts». Le paragraphe 1 de l'article XVI stipule que «les fonctionnaires consulaires et les employés de consulat, qui ... n'exercent pas une activité privée de caractère lucratif dans les territoires de l'Etat de l'admission, seront exonérés de tous impôts ou contributions similaires». L'article XVIII précise en outre que «[I]es fonctionnaires consulaires et employés de consulat ne sont pas soumis à la juridiction locale pour les actes qu'ils ont accomplis en qualité et dans la limite de leur compétence». Il est maintes fois indiqué expressément que les immunités consulaires ne s'attachent qu'aux activités consulaires officielles.

15. L'octroi exprès de ces immunités aux fins des relations consulaires et diplomatiques tranche nettement avec l'absence totale de toute immunité expresse à quelque autre fin, y compris en ce qui concerne les relations économiques. Cet octroi explicite et exhaustif d'immunités consulaires et diplomatiques montre clairement que, si telle avait été leur intention, les deux Etats auraient fait en sorte que le traité d'amitié confèrât expressément des immunités aux entités étatiques. Cette conclusion découle de l'application du principe d'interprétation bien établi *expressio unius est exclusio alterius*.

16. Je souscris donc à l'argument des Etats-Unis selon lequel, «[s]i les Parties avaient choisi de codifier les protections liées à l'immunité souveraine dans ce traité de commerce, elles l'auraient fait purement et simplement»<sup>30</sup>. Les références vagues et indirectes qui sont faites au droit international dans les articles du traité consacrés aux relations économiques sont insuffisantes pour pallier l'absence totale de dispositions expresses conférant des immunités aux entités étatiques.

17. L'Iran a également soutenu, conformément à l'alinéa c) du paragraphe 3 de l'article 31 de la convention de Vienne sur le droit des traités (ci-après la «convention de Vienne»)<sup>31</sup>, que «les dispositions du traité

<sup>29</sup> Il est à noter que le paragraphe 3 de l'article XIV du traité d'amitié mentionne également les «employés diplomatiques», alors que le paragraphe 1 de l'article XIV se réfère à la «mission diplomatique». Le paragraphe 3 de l'article XVI, quant à lui, mentionne les «fonctionnaires et employés diplomatiques». Ces dispositions sont une confirmation supplémentaire de ce que le traité exclut toute immunité des entités étatiques.

<sup>30</sup> EPEU, p. 80, par. 8.7.

<sup>31</sup> RTNU, vol. 1155, p. 331.

interpreted taking into account relevant treaty obligations, rules of customary international law and general principles of international law”<sup>32</sup>. In the context of the present case, which is characterized by the complete absence from the Treaty of Amity of rules addressing immunities of State entities, adopting the approach pleaded by Iran would amount to rewriting the text of the Treaty of Amity itself. It is not the Court’s role to do so. Although the Court has not commented explicitly on Article 31, paragraph 3 (*c*), of the VCLT, its findings on the second preliminary objection to jurisdiction are consistent with my view of Iran’s argument based on systemic interpretation.

18. Furthermore, the exclusively commercial nature of the Treaty of Amity, elaborated in paragraphs 53-80 of the Judgment, is further strengthened by the fact that the Treaty of Amity refers to the rights of “enterprises” 13 times (Arts. II, para. 1; IV, para. 1; IV, para. 4; XI, para. 1; XI, para. 3; XI, para. 4; and XX, para. 4); to “trade”, in the context of trade in goods and services, six times (Arts. II, para. 1; V, para. 1; VIII, para. 3 (*b*); VIII, para. 5; VIII, para. 6; and X, para. 3); to “products” nine times (Arts. VIII, para. 1; VIII, para. 6; IX, para. 3; and X, para. 4); to “goods and services” (Art. VII, para. 1); and to “investing, a substantial amount of capital”, “investment of capital” and “investing a substantial amount of capital” three times (Arts. II, para. 1; VII, para. 3; and XX, para. 4). Beyond those references, Article X, paragraph 1, refers to “freedom of commerce and navigation”; Article X, paragraph 3, refers to “cargoes”, as well as to “places and waters . . . open to foreign commerce”; and Article X, paragraph 4, refers to “duties” and “administration of the customs”.

19. Additional support for the Court’s determination that the Treaty of Amity is essentially commercial in nature is supplied by Article XXII of the Treaty itself, which provides that it “shall replace” two earlier treaties between Iran and the United States, namely “(a) the provisional agreement relating to commercial and other relations, concluded at Tehran May 14, 1928” and “(b) the provisional agreement relating to personal status and family law, concluded at Tehran July 11, 1928”. A review of the first of these treaties<sup>33</sup> reveals that it had set up a “regime to be applied to the Commerce [of the States parties to it]”, which applied most-favoured-nation status to “merchandise”, “imports”, “exports”, “duties and charges affecting commerce”, “transit warehousing”, “facilities accorded to commercial travelers’ samples”, “commodities”, and “tariffs”<sup>34</sup>. Like the Treaty of Amity, the 1928 provisional commercial

<sup>32</sup> Memorial of Iran (MI), para. 3.14.

<sup>33</sup> Treaties and Other International Agreements of the United States of America, 1776-1949, Vol. 8, (Germany-Iran), Washington, DC, Department of State 1968, pp. 1263-1271.

<sup>34</sup> *Ibid.*, p. 1264, para. 3, and pp. 1266-1267, para. 3.

d'amitié de 1955 [devaient] être interprétées en tenant compte des obligations conventionnelles pertinentes, des règles du droit international coutumier et des principes généraux de droit international»<sup>32</sup>. Dans le contexte de la présente affaire, qui se caractérise par l'absence totale, dans le traité d'amitié, de règles relatives aux immunités des entités étatiques, adopter l'approche défendue par l'Iran reviendrait cependant à récrire le texte du traité lui-même. Tel n'est pas le rôle de la Cour. Bien que celle-ci n'ait pas commenté explicitement l'alinéa *c*) du paragraphe 3 de l'article 31 de la convention de Vienne, ses conclusions relatives à la deuxième exception préliminaire d'incompétence correspondent à mes vues concernant l'argument de l'Iran fondé sur une interprétation systématique.

18. Le caractère exclusivement commercial du traité d'amitié, qui est exposé aux paragraphes 53 à 80 de l'arrêt, est en outre étayé par le fait que, dans la version anglaise de cet instrument, il est fait référence aux droits des «entreprises» («enterprises») à treize reprises (art. II, par. 1; IV, par. 1; IV, par. 4; XI, par. 1; XI, par. 3; XI, par. 4; et XX, par. 4); au «commerce» («trade»), au sens de commerce de biens et de services, à six reprises (art. II, par. 1, V, par. 1; VIII, par. 3 *b*); VIII, par. 5; VIII, par. 6; et X, par. 3); aux «produits» («products») à neuf reprises (art. VIII, par. 1; VIII, par. 6; IX, par. 3; et X, par. 4); aux «biens et services» («goods and services») (art. VII, par. 1); et au fait d'«investir des capitaux importants» («investing a substantial amount of capital») ou aux «investissements» («investment of capital»), à trois reprises (art. II, par. 1; VII, par. 3; et XX, par. 4). En outre, le paragraphe 1 de l'article X mentionne la «liberté de commerce et de navigation»; le paragraphe 3 de l'article X emploie le mot «cargaison», ainsi que l'expression «mouillages et eaux ... qui sont ouverts au commerce international»; enfin, au paragraphe 4 de l'article X, il est fait référence aux «droits» et aux «formalités douanières».

19. Un autre élément permettant à la Cour de déterminer que le traité d'amitié est de nature essentiellement commerciale réside dans l'article XXII, qui dispose que cet instrument «remplace» deux accords antérieurs conclus entre l'Iran et les Etats-Unis, à savoir «*a*) l'accord provisoire relatif aux relations commerciales et autres conclu à Téhéran, le 14 mai 1928» et «*b*) l'accord provisoire relatif au statut personnel et au droit de la famille, conclu à Téhéran, le 11 juillet 1928». L'examen du premier de ces deux instruments<sup>33</sup> révèle qu'il avait établi un «régime devant être appliqué au commerce [des Etats qui y étaient parties], lequel conférait le statut de la nation la plus favorisée aux «marchandises», «importations», «exportations», «droits et charges pesant sur le commerce», à l'«entreposage en transit», aux «facilités accordées aux échantillons des voyageurs de commerce», «aux matières premières» et «aux tarifs»<sup>34</sup>. Tout comme

<sup>32</sup> Mémoire de l'Iran (MI), par. 3.14.

<sup>33</sup> Treaties and Other International Agreements of the United States of America, 1776-1949, vol. 8 (Allemagne-Iran), Washington, DC, département d'Etat 1968, p. 1263-1271.

<sup>34</sup> *Ibid.*, p. 1264, par. 3, et p. 1266-1267, par. 3.



treaty it “replace[d]”<sup>35</sup> was clearly concerned with free-market commercial activity, and contained no indication that it encompassed protection of sovereign immunity of State entities.

20. Iran also relied on an *a contrario* reading of Article XI, paragraph 4, of the Treaty of Amity. It argued that its express waiver of immunity for “publicly owned or controlled” enterprises “engag[ing] in commercial, industrial, shipping or other business activities”<sup>36</sup> “confirms by strong implication the existence of a Treaty obligation that . . . immunity must be upheld”<sup>37</sup> in respect of State entities engaging in activities *jure imperii*. In support of its *a contrario* argument, Iran relied on the Court’s 2016 Judgment in *Question of the Delimitation of the Continental Shelf between Nicaragua and Colombia beyond 200 Nautical Miles from the Nicaraguan Coast (Nicaragua v. Colombia)*<sup>38</sup>. In that Judgment, the Court referred to two earlier decisions, which Iran omitted to mention in its submissions<sup>39</sup>. None of the three cases on which Iran relied, however, supports its *a contrario* argument.

21. *S.S. “Wimbledon”* arose out of Germany’s failure on 21 March 1921 to allow passage through the Kiel Canal of the named ship, laden with munitions and artillery stores destined for the Polish Naval Base at Danzig, on the grounds of Germany’s neutrality towards the then ongoing Russo-Polish War of 1920-1921. The refusal of passage was found by the Permanent Court of International Justice (hereinafter “PCIJ”) to have violated Article 380 of the Treaty of Versailles, which provided that “[t]he Kiel Canal and its approaches shall be maintained free and open to the vessels of commerce and of war of all nations at peace with Germany on terms of entire equality”. Article 380 was the first Article in Part XII, Section VI of that Treaty, which section consisted of just seven articles (Arts. 380-386) and was entitled “Clauses Relating to the Kiel Canal”. Articles 381-386 were described by the PCIJ as “provisions intended to facilitate and regulate the exercise of this right to free passage”. The Applicants argued that Article 380 was entirely clear, adding as a second argument, however, that Article 380’s claimed import was strengthened by “analogy” to the further Articles 381-386. The PCIJ did not hesitate to rule at the beginning of its analysis that “the terms of article 380 are cat-

<sup>35</sup> Treaty of Amity, Art. XXII, para. 1.

<sup>36</sup> *Ibid.*, Art. XI, para. 4.

<sup>37</sup> OSI, p. 54, para. 5.13.

<sup>38</sup> MI, para. 5.8, note 246; CR 2018/31, p. 24, para. 43 (Wordsworth). See *Question of the Delimitation of the Continental Shelf between Nicaragua and Colombia beyond 200 Nautical Miles from the Nicaraguan Coast (Nicaragua v. Colombia)*, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2016 (I), p. 116, para. 35.

<sup>39</sup> *S.S. “Wimbledon”*, Judgments, 1923, P.C.I.J., Series A, No. 1, pp. 23-24; *Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia)*, Application by Honduras for Permission to Intervene, Judgment, I.C.J. Reports 2011 (II), p. 432, para. 29.

le traité d'amitié qui l'a «remplac[é]»<sup>35</sup>, l'accord commercial provisoire de 1928 avait clairement pour objet la liberté des échanges commerciaux, et n'indiquait nullement qu'il s'étendait à la protection de l'immunité souveraine des entités étatiques.

20. L'Iran s'est également fondé sur une interprétation *a contrario* du paragraphe 4 de l'article XI du traité d'amitié. Il a ainsi soutenu que l'exclusion expresse de toute exemption pour les entreprises «qui [sont] propriété publique ou sous contrôle public» et «exerce[nt] une activité commerciale ou industrielle de quelque nature que ce soit, y compris le transport de marchandises»<sup>36</sup>, énoncée dans ledit paragraphe, «impliqu[ait] clairement l'existence d'une obligation de respecter [l']immunité»<sup>37</sup> des entités étatiques exerçant des activités de puissance publique. Pour étayer son argument *a contrario*, l'Iran a invoqué l'arrêt rendu par la Cour en 2016 en l'affaire relative à la *Question de la délimitation du plateau continental entre le Nicaragua et la Colombie au-delà de 200 milles marins de la côte nicaraguayenne (Nicaragua c. Colombie)*<sup>38</sup>. Dans cet arrêt, la Cour s'était référée à deux décisions antérieures, que l'Iran a omis de mentionner<sup>39</sup>; l'argument *a contrario* de ce dernier n'est toutefois corroboré par aucune de ces trois affaires.

21. L'affaire du *Vapeur Wimbledon* était née du refus de l'Allemagne, le 21 mars 1921, d'autoriser le passage par le canal de Kiel du navire susmentionné, chargé de munitions et de matériel d'artillerie à destination de la base maritime polonaise à Dantzig, le motif invoqué étant la neutralité de l'Allemagne dans la guerre russo-polonaise de 1920-1921. La Cour permanente de Justice internationale (ci-après la «CPJI») avait jugé que ce refus constituait une violation de l'article 380 du traité de Versailles, qui disposait que «[l]e Canal de Kiel et ses accès ser[ai]ent toujours libres et ouverts sur un pied de parfaite égalité aux navires de guerre et de commerce de toutes les nations en paix avec l'Allemagne». L'article 380, le premier de la section VI de la partie XII dudit traité, section qui n'en contenait que sept (les articles 380 à 386), était intitulé «Clauses relatives au Canal de Kiel», la CPJI ayant qualifié les articles 381 à 386 de «clauses destinées à faciliter et à réglementer l'usage de [la] liberté» de passage. Les demandeurs soutenaient que l'article 380 était tout à fait clair, ajoutant toutefois à cette assertion un second argument, à savoir que la portée qui, selon eux, était celle de ladite disposition, était renforcée par «analogie» avec les articles 381 à 386. La CPJI n'a pas hésité à conclure dès le début

<sup>35</sup> Paragraphe 1 de l'article XXII du traité d'amitié.

<sup>36</sup> Paragraphe 4 de l'article XI du traité d'amitié.

<sup>37</sup> OEI, p. 54, par. 5.13.

<sup>38</sup> MI, par. 5.8, note 246; CR 2018/31, p. 24, par. 43 (Wordsworth). Voir *Question de la délimitation du plateau continental entre le Nicaragua et la Colombie au-delà de 200 milles marins de la côte nicaraguayenne (Nicaragua c. Colombie)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2016 (I), p. 116, par. 35.

<sup>39</sup> *Vapeur Wimbledon*, arrêts, 1923, C.P.J.I. série A n° 1, p. 23-24; *Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie)*, requête du Honduras à fin d'intervention, arrêt, C.I.J. Recueil 2011 (II), p. 432, par. 29.

egorical and give rise to no doubt”<sup>40</sup>. Much later in its Judgment, however, the PCIJ, having distinguished Articles 380-385 from separate sections of Part XII of the Treaty of Versailles dealing strictly with “inland navigable waterways”, added the following support for its decision, rejecting the Applicants’ supplementary “by analogy” argument:

“The idea which underlies Article 380 and the following articles [381-386] of the Treaty [of Versailles] is not to be sought by drawing an analogy from these provisions but rather by arguing *a contrario* [impliedly by contrast with the ‘inland navigable waterways’ terms elsewhere in Part XII of the Treaty of Versailles], a method of argument which excludes them.”<sup>41</sup>

Thus the PCIJ made it clear that an *a contrario* interpretation yields to the plain language of a treaty. The *a contrario* argument of Iran in the present case, which sought to imply an unexpressed right from an express contrasting provision, was a pale version of *a contrario* by comparison to the Judgment in *S.S. “Wimbledon”*, in which that technique of interpretation was applied to oppose the express Kiel Canal provisions of the Treaty of Versailles to contrasting express provisions contained in that Treaty governing other waterways.

22. In the 2011 Judgment on Honduras’s Application to intervene in *Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia)* the Court stated that

“[i]f it is permitted by the Court to become a party to the proceedings, the intervening State may ask for rights of its own to be recognized by the Court in its future decision, which would be binding for that State in respect of those aspects for which intervention was granted, pursuant to Article 59 of the Statute. *A contrario* . . . a State permitted to intervene in the proceedings as a non-party ‘does not acquire the rights, or become subject to the obligations, which attach to the status of a party, under the Statute and Rules of Court, or the general principles of procedural law’.”<sup>42</sup>

In that 2011 Judgment, the Court was not interpreting a treaty provision *a contrario*, as Iran requested it to do in the present case. Instead, the Court was developing its own jurisprudence on Article 62 of the Statute<sup>43</sup>, as the distinction between party intervenor and non-party interve-

<sup>40</sup> *S.S. “Wimbledon”*, *supra* note 39, p. 22.

<sup>41</sup> *Ibid.*, pp. 23-24.

<sup>42</sup> *Territorial and Maritime Dispute*, *supra* note 39, p. 432, para. 29.

<sup>43</sup> Under Article 62 of the Statute, “a State [which] consider[s] that it has an interest of a legal nature which may be affected by the decision in the case . . . may submit a request to the Court to be permitted to intervene”.

de son analyse que «l'article 380 [était] formel et ne prêt[ait] à aucune équivoque»<sup>40</sup>. Bien plus avant dans son arrêt, après avoir établi la distinction entre les articles 380 à 385 et d'autres sections de la partie XII du traité de Versailles traitant strictement des «voies navigables intérieures», elle a cependant déclaré ce qui suit pour étayer sa décision, rejetant ainsi l'argument supplémentaire «d'analogie» des demandeurs :

«Ce n'est pas dans un argument d'analogie avec ces dispositions qu'il convient de chercher la pensée qui a inspiré l'article 380 et les articles suivants [les articles 381-386] du Traité [de Versailles], mais bien plutôt dans un argument *a contrario* [par contraste implicite avec les termes employés dans d'autres sections de la partie XII de ce même instrument au sujet des «voies navigables intérieures»] qui les exclut.»<sup>41</sup>

La CPJI a donc signifié clairement qu'une interprétation *a contrario* cédait le pas au libellé d'un traité. Par comparaison avec l'arrêt rendu en l'affaire du *Vapeur Wimbledon*, dans lequel cette technique d'interprétation a été appliquée pour opposer les dispositions expresses du traité de Versailles concernant le canal de Kiel aux dispositions expresses en sens contraire qui, dans ce même instrument, régissaient les autres voies navigables, l'argument *a contrario* formulé par l'Iran en la présente espèce, par lequel celui-ci soutenait qu'un droit non exprimé devait être déduit d'une disposition expresse opposée, apparaît peu convaincant.

22. Dans l'arrêt qu'elle a rendu sur la demande à fin d'intervention du Honduras en l'affaire relative au *Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie)*, la Cour a indiqué ce qui suit :

«S'il est autorisé par la Cour à être partie au procès, l'Etat intervenant peut lui demander de reconnaître ses droits propres dans sa décision future, laquelle sera obligatoire à son égard en ce qui concerne les aspects pour lesquels l'intervention a été admise, en application de l'article 59 du Statut. *A contrario*, ... l'Etat autorisé à intervenir à l'instance en tant que non-partie «n'acquiert pas les droits et n'est pas soumis aux obligations qui s'attachent à la qualité de partie en vertu du Statut et du Règlement de la Cour ou des principes juridiques généraux de procédure».»<sup>42</sup>

Dans cet arrêt de 2011, la Cour ne s'est pas livrée à une interprétation *a contrario* d'une disposition conventionnelle, comme l'Iran lui demandait de le faire en la présente espèce; elle a développé sa propre jurisprudence relative à l'article 62 du Statut<sup>43</sup>, la distinction entre Etat intervenant par-

<sup>40</sup> *Vapeur Wimbledon*, note 39 ci-dessus, p. 22.

<sup>41</sup> *Ibid.*, p. 23-24.

<sup>42</sup> *Différend territorial et maritime*, note 39 ci-dessus, p. 432, par. 29.

<sup>43</sup> Aux termes de l'article 62 du Statut, «un Etat [qui] estime que ... un intérêt d'ordre juridique est pour lui en cause ... peut adresser à la Cour une requête, à fin d'intervention».

nor is not expressed in the Statute itself, but results from the Court's own interpretation of Article 62 in *Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras)*<sup>44</sup>.

23. In addition, in *Nicaragua v. Colombia* the Court rejected Colombia's *a contrario* argument and found that an *a contrario* interpretation "is only warranted . . . when it is appropriate in light of the text of all the provisions concerned, their context and the object and purpose of the treaty"<sup>45</sup>. In paragraph 65 of the present Judgment, however, the Court has recognized that, "in keeping with the object and purpose of the Treaty [of Amity], [Article XI, paragraph 4,] pertains only to economic activities and seeks to preserve fair competition among economic actors operating in the same market". In its Judgment, the Court also states that the context of various provisions of the Treaty of Amity<sup>46</sup>, including Article XI, paragraph 4<sup>47</sup>, shows their eminently commercial character. Consequently, to accept Iran's *a contrario* argument would run counter both to the context of Article XI, paragraph 4, and to the object and purpose of the Treaty of Amity.

#### IV. BANK MARKAZI AS A "COMPANY"

24. Unfortunately, the Court has concluded that the third objection to jurisdiction, namely that Bank Markazi cannot be regarded as a "company" within the meaning of Article III, paragraph 1, of the Treaty of Amity, is not exclusively preliminary in character, and thus has reserved the decision on this issue for the merits stage of the proceedings. I concur entirely with the joint separate opinion of Judges Tomka and Crawford. The Court indeed "ha[d] the necessary information about Bank Markazi to decide the question at this stage"<sup>48</sup>.

25. As that opinion points out, "[b]oth Parties have had the opportunity to put forward their arguments in relation to whether Bank Markazi is a 'company' for the purpose of the Treaty of Amity"<sup>49</sup>. It was incumbent upon Iran at this preliminary stage of the proceedings to produce evidence supporting its claimed entitlement to immunity. As the Court pointedly has noted in paragraph 94 of the Judgment, however, "the Applicant has made little attempt to demonstrate that, alongside the sovereign functions which it concedes, Bank Markazi engages in activities of a commercial nature". The Court's expression "little attempt" is in truth

<sup>44</sup> *Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras), Application for Permission to Intervene by Nicaragua, Judgment, I.C.J. Reports 1990, p. 92.*

<sup>45</sup> *Question of the Delimitation of the Continental Shelf, supra* note 38, p. 116, para. 35.

<sup>46</sup> Judgment, paras. 59 (on Article IV), 71 and 93 (on Article III).

<sup>47</sup> *Ibid.*, para. 66.

<sup>48</sup> Judgment, joint separate opinion of Judges Tomka and Crawford, para. 2.

<sup>49</sup> *Ibid.*, para. 10.

tie à l'instance et Etat intervenant non partie n'étant pas établie dans le Statut lui-même mais résultant de l'interprétation dudit article faite par la Cour en l'affaire du *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime (El Salvador/Honduras)*<sup>44</sup>.

23. En outre, dans l'affaire *Nicaragua c. Colombie*, la Cour a rejeté l'argument *a contrario* de la Colombie, estimant que pareille interprétation « ne pouv[ait] ... être retenue que si elle se justif[ait] à la lumière du libellé de l'ensemble des dispositions pertinentes, de leur contexte ainsi que de l'objet et du but du traité »<sup>45</sup>. Or, au paragraphe 65 du présent arrêt, la Cour a reconnu que, « conformément à l'objet et au but du traité [d'amitié], [le paragraphe 4 de l'article XI] ne s'intéress[ait] qu'aux activités économiques, et cherch[ait] à préserver une concurrence équitable entre des agents économiques qui interviennent sur le même marché », précisant en outre que le contexte de différentes dispositions du traité d'amitié<sup>46</sup>, dont le paragraphe 4 de l'article XI<sup>47</sup>, démontrait leur caractère éminemment commercial. En conséquence, retenir l'argument *a contrario* de l'Iran aurait été contradictoire avec le contexte du paragraphe 4 de l'article XI, ainsi qu'avec l'objet et le but du traité d'amitié.

#### IV. LA BANQUE MARKAZI EN TANT QUE « SOCIÉTÉ »

24. La Cour a hélas conclu que la troisième exception d'incompétence, à savoir l'argument selon lequel la banque Markazi ne peut être considérée comme une « société » au sens du paragraphe 1 de l'article III du traité d'amitié, n'avait pas un caractère exclusivement préliminaire et, partant, a reporté à la phase de l'examen au fond sa décision sur ce point. A cet égard, je souscris pleinement à l'opinion individuelle commune de MM. les juges Tomka et Crawford; effectivement, la Cour « disposait des informations nécessaires sur la banque Markazi pour se prononcer à ce stade de l'instance »<sup>48</sup>.

25. Ainsi que cela est précisé dans l'exposé de ladite opinion, « chacune des Parties a[vait] eu l'occasion d'exposer ses arguments sur le point de savoir si [la banque Markazi] [était] une « société » au sens du traité d'amitié »<sup>49</sup>. C'est à l'Iran qu'il incombait, à ce stade préliminaire de l'instance, de produire des éléments de preuve étayant sa thèse selon laquelle la banque jouissait de l'immunité qu'il revendiquait. Or, ainsi que la Cour n'a pas manqué de le noter au paragraphe 94 de l'arrêt, « le demandeur ne s'est guère employé à démontrer que la banque Markazi exerç[ait], à côté des fonctions souveraines qu'il admet, des activités de nature commer-

<sup>44</sup> *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime (El Salvador/Honduras), requête du Nicaragua à fin d'intervention, arrêt, C.I.J. Recueil 1990, p. 92.*

<sup>45</sup> *Question de la délimitation du plateau continental*, note 38 ci-dessus, p. 116, par. 35.

<sup>46</sup> Arrêt, par. 59 (s'agissant de l'article IV), 71 et 93 (s'agissant de l'article III).

<sup>47</sup> *Ibid.*, par. 66.

<sup>48</sup> Opinion individuelle commune de MM. les juges Tomka et Crawford, par. 2.

<sup>49</sup> *Ibid.*, par. 10.

exceedingly charitable, as Iran has done nothing whatsoever, either generally or with respect to its presence in the United States at the critical time, to provide even a scintilla of an indication that Bank Markazi has engaged anywhere in commercial activity.

26. Bank Markazi's legislative constitution, the Monetary and Banking Act 1972 as amended (hereinafter "1972 Act"), produced to the Court by Iran, nowhere authorizes such activity. It states that Bank Markazi acts exclusively as the Central Bank of Iran, and is at all times subject to the control of Iran's Government<sup>50</sup>. Article 10 of the 1972 Act provides that Bank Markazi "shall have the task of formulating and implementing monetary and credit policies on the basis of the general economic policy of the State" (para. (a)), and that its "objectives . . . are to maintain the value of the currency and equilibrium in the balance of payments, to facilitate trade transactions, and to assist the economic growth of the country" (para. (b)). Articles 11-14 of the 1972 Act determine Bank Markazi's functions, which include: "[i]ssuing notes and coins" (Art. 11 (a)), "[s]upervising over banks and credit institutions" (Art. 11 (b)), "[e]xercising control over gold transactions" (Art. 11 (d)), "[k]eeping account[] of ministries, government and government-affiliated institutes, governmental companies and municipalities" (Art. 12 (a)) and setting interest rates (Art. 14 (4)). In accordance with Article 17 (a) of the 1972 Act, Bank Markazi's General Meeting is composed of Cabinet-level ministers, and the President of Iran appoints the Bank's Governor. The 1972 Act nowhere empowers Bank Markazi to engage in any "commercial activity".

27. Furthermore, beyond the text of the 1972 Act itself, the thousands of pages encompassed by Iran's written and oral submissions include only the following scraps of argument (not evidence) attempting to persuade the Court that Bank Markazi has engaged in commercial activities:

- in its Memorial, Iran stated that Bank Markazi "can enter into purchase or sale contracts, own or lease real property, and appear before courts of law to litigate or defend claims"<sup>51</sup>, in addition to "pay[ing] taxes"<sup>52</sup> on "net profits"<sup>53</sup>;
- in its observations, Iran stated that "buying and selling securities in the context of open market operations are economic activities in nature, carried out by private companies as well as by central banks, and pertain to 'professional activities'"<sup>54</sup>, and that "[s]ome of Bank Markazi's activities are also performed by private companies

<sup>50</sup> MI, Vol. IV, Ann. 73.

<sup>51</sup> *Ibid.*, para. 4.7.

<sup>52</sup> *Ibid.*

<sup>53</sup> *Ibid.*

<sup>54</sup> OSI, para. 4.24.

ciale». A la vérité, l'expression «ne s'est guère employé» est par trop indulgente, l'Iran n'ayant strictement rien fait, que ce soit d'une manière générale ou en ce qui concerne la présence de la banque Markazi aux États-Unis à la période critique, pour fournir le moindre élément donnant à penser que celle-ci ait exercé, où que ce soit, des activités commerciales.

26. Le texte constitutif de la banque Markazi, la loi monétaire et bancaire de 1972 telle qu'amendée (ci-après la «loi de 1972»), que l'Iran a présenté à la Cour, n'autorise nullement pareilles activités. Il y est indiqué que la banque Markazi agit exclusivement en tant que banque centrale de l'Iran, et qu'elle est à tout moment soumise au contrôle du Gouvernement iranien<sup>50</sup>. L'article 10 de la loi de 1972 dispose que la banque Markazi «aura pour tâche de formuler et d'appliquer des politiques en matière monétaire et de crédit sur la base de la politique économique générale de l'État» (par. *a*)), et que ses «objectifs ... sont de préserver la valeur de la devise et l'équilibre de la balance des paiements, de faciliter les transactions commerciales et de contribuer à la croissance économique du pays» (par. *b*)). Les articles 11 à 14 de la loi de 1972 définissent les fonctions de la banque Markazi, parmi lesquelles: «[l']émission de monnaie fiduciaire» (art. 11 *a*)), «[l']a surveillance des banques et des institutions de crédit» (art. 11 *b*)), «[l']e contrôle des transactions sur l'or» (art. 11 *d*)), «[l']a comptabilité des ministères, du gouvernement et des instituts affiliés au gouvernement, sociétés gouvernementales et municipalités» (art. 12 *a*)), et la fixation des taux d'intérêt (art. 14 4)). Conformément à l'article 17 *a*) de la loi de 1972, l'assemblée générale de la banque Markazi est composée de ministres, le gouverneur de la banque étant désigné par le président de l'Iran. Aucune disposition de la loi de 1972 ne confère à la banque Markazi le pouvoir d'exercer quelque «activité commerciale».

27. De plus, au-delà du libellé de la loi de 1972 lui-même, les milliers de pages que comprennent les écritures et plaidoiries de l'Iran ne contiennent, pour persuader la Cour que la banque Markazi a exercé des activités commerciales, que les embryons d'arguments (et non d'éléments de preuve) suivants:

- dans son mémoire, l'Iran a indiqué que la banque Markazi, outre qu'elle «paye des impôts»<sup>51</sup> sur ses «bénéfices nets»<sup>52</sup>, «p[ouvait] conclure des contrats d'achat ou de vente, être propriétaire de biens immobiliers ou les louer, et ester en justice en tant que demandeur ou défendeur»<sup>53</sup>;
- dans ses observations, l'Iran a indiqué que «l'achat et la vente de valeurs mobilières dans le cadre d'opérations d'«open market» [étaient] des activités économiques par nature, conduites par des sociétés privées aussi bien que par des banques centrales, et constitu[ai]ent des «activités professionnelles»»<sup>54</sup>, et que «[c]ertaines des activités de la banque

<sup>50</sup> MI, vol. IV, annexe 73.

<sup>51</sup> *Ibid.*, par. 4.7.

<sup>52</sup> *Ibid.*

<sup>53</sup> *Ibid.*

<sup>54</sup> OEI, par. 4.24.



(e.g. concluding contracts; owning property; buying securities), and they pertain to commerce”<sup>55</sup>;

- in the oral proceedings, counsel for Iran stated that Bank Markazi “was endowed with capital for the conduct of its operations, which may generate profits on which it must pay tax to the Iranian State”, and that it “can of course enter into contracts of any nature, acquire and sell goods and services, own assets and other movable and immovable property, and appear in a court of law as a plaintiff or defendant”<sup>56</sup>.

28. Leaving aside the mention of profit and taxation thereof, neither of which inherently detracts from the sovereign status of a central bank, the signing of contracts, the purchase and sale of securities, appearance in courts as a legal person and the ownership of real property are all acts performed routinely by central banks. Perhaps with the exception of the purchase and sale of securities, such activities also are performed by the United Nations, the International Bank for Reconstruction and Development (including member institutions of its Group), and by all other international organizations protected by immunity, including this Court. They are essential to the support and maintenance of any institution. They are not an indication of a central bank engaging in “commercial activities” whatsoever as that term is understood in the law of sovereign immunity, let alone “within the territory of the United States at the time of the measures which Iran claims violated Bank Markazi’s alleged rights under Articles III, IV and V of the Treaty”<sup>57</sup>.

29. The Court’s conclusion to postpone the decision on Bank Markazi’s status under the Treaty, and to impose as the test for such decision whether “Bank Markazi’s activities within the territory of the United States at the time of the measures which Iran claims violated Bank Markazi’s alleged rights under Articles III, IV and V of the Treaty”<sup>58</sup>, appears to have been the result of some confusion in Iran’s pleadings. Iran alleged that Bank Markazi engages in “plainly ‘professional’”<sup>59</sup> activities, as well as in activities which are “performed by private companies”<sup>60</sup> and which “pertain to commerce”<sup>61</sup>. Iran has never expressly denied, however, that Bank Markazi has engaged exclusively in “sovereign activities”. Iran’s submissions suggest that Iran has separated the term “commercial

<sup>55</sup> OSI, para. 4.34.

<sup>56</sup> CR 2018/30, pp. 57-58, para. 10 (Thouvenin).

<sup>57</sup> Judgment, para. 93.

<sup>58</sup> *Ibid.*

<sup>59</sup> WSI, para. 4.34.

<sup>60</sup> *Ibid.*

<sup>61</sup> *Ibid.* See also CR 2018/30, p. 70, para. 60 (Thouvenin).

Markazi [étaient] également conduites par des sociétés privées (par exemple, la conclusion de contrats, la possession de biens, l'achat de valeurs immobilières) et rel[evaient] du commerce»<sup>55</sup>;

- à l'audience, l'un des conseils de l'Iran a déclaré que la banque Markazi avait «été dotée de capitaux pour mener ses opérations, opérations qui peuvent générer des bénéfices sur lesquels il lui faut payer des impôts à l'Etat iranien», et qu'elle «p[ouvait] bien évidemment conclure tous types de contrats, acheter et vendre des biens et services, posséder des actifs et autres biens mobiliers et immobiliers, et ester en justice en tant que demandeur ou défendeur»<sup>56</sup>.

28. Sans même parler de la réalisation de bénéfices et du fait que ceux-ci soient taxés, ni l'un ni l'autre n'étant en soi contradictoire avec le statut souverain d'une banque centrale, la conclusion de contrats, l'achat et la vente de titres, le fait d'ester en justice en tant que personne morale et d'acquérir des biens immobiliers sont tous des actes couramment effectués par les banques centrales. Hormis peut-être l'achat et la vente de titres, ils le sont également par l'Organisation des Nations Unies, la Banque internationale pour la reconstruction et le développement (et les institutions appartenant au même groupe) et par toutes les autres organisations internationales protégées par l'immunité, y compris la présente Cour. Ces actes sont essentiels au fonctionnement et à l'entretien de toute institution. Ce ne sont donc pas des éléments indiquant qu'une banque centrale exercerait quelque «activité commerciale» que ce soit, selon l'acception de cette expression en droit des immunités souveraines, ni, *a fortiori*, que pareilles activités auraient été exercées «sur le territoire des Etats-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»<sup>57</sup>.

29. Le fait que la Cour ait jugé qu'il convenait de reporter sa décision sur le statut de la banque Markazi au regard du traité, et ait fixé comme critère à cet égard la question des «activités que cette dernière exerçait sur le territoire des Etats-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»<sup>58</sup>, semble avoir été la conséquence d'une certaine confusion dans les écritures et plaidoiries du demandeur. Celui-ci a ainsi soutenu que la banque Markazi exerçait des activités «clairement «professionnelles»»<sup>59</sup>, ainsi que des activités également «conduites par des sociétés privées»<sup>60</sup> et qui «relèvent du commerce»<sup>61</sup>. Cependant, il n'a jamais expressément contesté que la banque

<sup>55</sup> OEI, par. 4.34.

<sup>56</sup> CR 2018/30, p. 57-58, par. 10 (Thouvenin).

<sup>57</sup> Arrêt, par. 93.

<sup>58</sup> *Ibid.*

<sup>59</sup> OEI, par. 4.34.

<sup>60</sup> *Ibid.*

<sup>61</sup> *Ibid.* Voir aussi CR 2018/30, p. 70, par. 60 (Thouvenin).

activity” from the legal meaning it possesses under the law of State immunity, which distinguishes it from “sovereign activity”<sup>62</sup>, while using that term descriptively in order to make the submission that Bank Markazi engages exclusively in “sovereign activities”, some of which are “commercial” in character.

30. The Court’s approach is further puzzling in that the opening paragraph of Iran’s Memorial states that the United States “violates . . . the specific immunity of the Central Bank of Iran . . . in respect of its sovereign bank activities in the United States”<sup>63</sup>. Moreover, Iran consistently has argued before the courts of the United States that Bank Markazi is entitled to sovereign immunity for the activities at issue in this case, precisely because those activities are sovereign in character<sup>64</sup>. In the *Peterson* proceedings, Bank Markazi clearly argued that its affected assets enjoyed immunity as they were being “used for the classic central banking purpose of investing Bank Markazi’s currency reserves”<sup>65</sup>. All of Iran’s claims relating to Bank Markazi concern ongoing statutory enforcement proceedings before United States courts. Iran claims that all of those proceedings are in violation of Bank Markazi’s sovereign immunity because they involved assets that Bank Markazi used or intended to use for sovereign activities “within the territory of the United States at the time of the measures”<sup>66</sup> of which Iran complains. Therefore, on Iran’s own case Bank Markazi was at all material times acting in a sovereign capacity. The Court interpreted Iran’s submissions as allegations that Bank Markazi engages in non-sovereign activities, despite Iran’s claims relating to Bank Markazi being expressly based on the opposite proposition. The Court should have heeded the aged judicial maxim that rejects a litigant who “blows hot and cold at the same time”<sup>67</sup>.

31. At paragraph 96 of the Judgment, the Court refers to its statement in *Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia)* concerning the grounds on which it may find that an objection is not exclusively pre-

---

<sup>62</sup> *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, Judgment, I.C.J. Reports 2012 (I), p. 125, para. 60.

<sup>63</sup> MI, para. 1.1.

<sup>64</sup> POUS, Anns. 233 and 235.

<sup>65</sup> *Ibid.*, Ann. 233, pp. 35-36.

<sup>66</sup> Judgment, para. 93.

<sup>67</sup> The use of this expression in a judicial context seems to harken back to the judgment of J. Buller in *J. Anson v. Stuart*, (1787) 1 Term Reports 748. See also *Smith v. Baker*, (1872-73) L.R. 8 C.P. 357 (J. Honyman). At the International Court of Justice, this expression was used in *Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya/Chad)*, Judgment, I.C.J. Reports 1994, p. 78, para. 98 (separate opinion of Judge Ajibola).

Markazi ait exercé exclusivement des «activités souveraines». Cela donne à penser que l'Iran a dissocié l'expression «activités commerciales» du sens juridique qu'elle revêt en droit de l'immunité des Etats, et qui distingue ces activités des «activités souveraines»<sup>62</sup>, tout en employant ladite expression de manière descriptive pour affirmer que la banque exerçait exclusivement des «activités souveraines», dont certaines sont de nature «commerciale».

30. L'approche de la Cour est également déroutante en ce que, dès le premier paragraphe de son mémoire, l'Iran précise que les Etats-Unis d'Amérique «viole[nt] ... l'immunité spécifique de la banque centrale d'Iran ... en relation avec ses activités de banque souveraine aux Etats-Unis»<sup>63</sup>. Le demandeur a également toujours soutenu devant les tribunaux américains que, si la banque Markazi avait droit à l'immunité souveraine au titre des activités en cause en la présente espèce, c'était précisément parce que celles-ci étaient de nature souveraine<sup>64</sup>. Dans le cadre de l'affaire *Peterson*, la banque Markazi a clairement affirmé que ses actifs affectés devaient bénéficier de l'immunité puisqu'ils étaient «employés pour réaliser le but classique d'une banque centrale, à savoir investir ses réserves de devises»<sup>65</sup>. Toutes les demandes de l'Iran relatives à la banque Markazi ont trait à des procédures d'exécution en cours devant les tribunaux des Etats-Unis. Le demandeur fait valoir que celles-ci constituent toutes une violation de l'immunité souveraine de la banque Markazi parce qu'elles portent sur des actifs que cette dernière a utilisés ou entendait utiliser pour exercer des activités souveraines «sur le territoire des Etats-Unis lorsqu'ont été prises les mesures»<sup>66</sup> dont il tire grief. Selon l'Iran lui-même, la banque Markazi a donc agi en tant qu'entité souveraine à toutes les époques pertinentes. Or, la Cour a interprété les arguments du demandeur comme autant d'allégations selon lesquelles la banque Markazi exercerait des activités non souveraines, alors même que les demandes de l'Iran relatives à celle-ci étaient expressément fondées sur la proposition inverse. A cet égard, elle aurait dû tenir compte de la vieille maxime judiciaire qui commande d'éconduire une partie qui «souffle en même temps le chaud et le froid»<sup>67</sup>.

31. Au paragraphe 96 de l'arrêt, la Cour renvoie à l'observation qu'elle a faite dans l'affaire du *Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie)* au sujet des motifs permettant de conclure qu'une exception

<sup>62</sup> *Immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie; Grèce (intervenant))*, arrêt, C.I.J. Recueil 2012 (I), p. 125, par. 60.

<sup>63</sup> MI, par. 1.1.

<sup>64</sup> EPEU, annexes 233 et 235.

<sup>65</sup> *Ibid.*, annexe 233, p. 35-36.

<sup>66</sup> Arrêt, par. 93.

<sup>67</sup> L'emploi de cette expression dans un contexte judiciaire semble remonter à l'arrêt de J. Buller dans l'affaire *J'Anson v. Stuart* (1787), Term Reports, vol. 748, p. 1. Voir également *Smith v. Baker* (1872-73), L.R. 8 C.P. 357 (J. Honyman). A la Cour, cette expression a été employée en l'affaire du *Différend territorial (Jamahiriya arabe libyenne/Tchad)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1994, p. 78, par. 98 (opinion individuelle de M. le juge Ajibola).

liminary in character<sup>68</sup>. In the present case, determining whether or not Bank Markazi is a “company” under the Treaty of Amity would not have prejudiced per se the merits of Iran’s Application. Iran requested the Court to find that the United States is internationally responsible for breaching certain provisions of the Treaty of Amity<sup>69</sup>. The issue here is whether or not the Court had before it all the facts necessary to decide the objection raised concerning Bank Markazi’s character as a “company”.

32. It is my view that the Court had all the facts necessary to decide the question raised, and that it thus erred in concluding that such objection was not exclusively preliminary in character. Furthermore, I cannot see how the Court, on the record placed before it by the Parties on this issue in this preliminary proceeding, had it proceeded to decide the matter, could have found otherwise than that Bank Markazi is not a “company” for purposes of the Treaty. For these reasons, I was unable to vote in favour of the third operative paragraph.

(Signed) Charles N. BROWER.

---

<sup>68</sup> See *Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia)*, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2007 (II), p. 852, para. 51.

<sup>69</sup> Application of Iran, para. 33.

n'a pas un caractère exclusivement préliminaire<sup>68</sup>. En la présente espèce, le fait de trancher la question de savoir si la banque Markazi est une « société » au sens du traité d'amitié n'aurait pas, en tant que tel, porté préjudice à la requête de l'Iran au fond. Celui-ci a demandé à la Cour de juger que les Etats-Unis avaient engagé leur responsabilité internationale en violant certaines dispositions du traité d'amitié<sup>69</sup>. A ce stade, la question était de savoir si la Cour disposait ou non de tous les faits nécessaires pour se prononcer sur l'exception soulevée en ce qui concerne la nature de la banque Markazi.

32. Je suis d'avis que la Cour disposait de tous les faits nécessaires pour se prononcer sur la question, et que c'est donc à tort qu'elle a conclu que l'exception soulevée n'avait pas un caractère exclusivement préliminaire. De surcroît, je ne vois pas comment la Cour, si elle avait souhaité se prononcer sur ce point, aurait pu, au vu des éléments qui lui avaient été présentés par les Parties à ce stade préliminaire de l'instance, ne pas juger que la banque Markazi n'est pas une « société » au sens du traité. C'est pourquoi je n'ai pas été en mesure de voter en faveur du troisième point du dispositif.

(Signé) Charles N. BROWER.

---

<sup>68</sup> Voir *Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2007 (II), p. 852, par. 51.

<sup>69</sup> Requête de l'Iran, par. 33.