

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

*Les demandes de l'Iran fondées sur la violation des immunités souveraines garanties par le droit international coutumier se rapportent à l'interprétation et à l'application du traité d'amitié, de commerce et de droits consulaires du 15 août 1955 — L'existence d'un différend entre les Parties au sujet de l'interprétation du paragraphe 4 de l'article XI — L'objet et le but du traité, tels qu'ils découlent de l'article premier, confirment que le traité d'amitié doit être interprété en conformité avec les règles coutumières relatives aux immunités d'Etats — Le rôle essentiel de la banque Markazi dans la mise en œuvre de certains droits découlant du traité d'amitié — Le paragraphe 4 de l'article XI doit être interprété en tenant compte des règles du droit international coutumier relatives aux immunités, conformément à l'alinéa c) du paragraphe 3 de l'article 31 de la convention de Vienne sur le droit des traités — L'interprétation a contrario du paragraphe 4 de l'article XI du traité d'amitié — Les mesures prises par les autorités américaines sur le fondement de la législation modifiant la loi fédérale américaine sur les immunités souveraines ne sont pas conformes aux règles coutumières relatives aux immunités d'Etats — La deuxième exception préliminaire d'incompétence aurait dû être rejetée et le différend entre les Parties touchant à l'interprétation du paragraphe 4 de l'article XI réglé au stade du fond de l'affaire.*

1. J'expliquerai dans la présente opinion les raisons pour lesquelles je n'ai pas pu souscrire aux conclusions auxquelles est parvenue la Cour au point 2) du dispositif de l'arrêt, à savoir la décision de la Cour d'accepter la deuxième exception préliminaire d'incompétence soulevée par les Etats-Unis d'Amérique.

2. Par cette deuxième exception d'incompétence, les Etats-Unis ont demandé à la Cour de rejeter

«comme échappant à sa compétence toutes les demandes alléguant que les mesures adoptées par les Etats-Unis avec pour effet de bloquer les biens et droits réels afférents à des biens de l'Etat iranien ou des institutions financières iraniennes contreviennent aux dispositions du traité» (conclusions finales des Etats-Unis d'Amérique, par. *b*)).

Cette exception se rapporte aux demandes de l'Iran relatives au non-respect des immunités de juridiction et d'exécution des entités détenues ou sous contrôle de l'Etat iranien, notamment de sa banque centrale, à savoir la banque Markazi. Les Etats-Unis ont soutenu que le traité d'amitié «ne comporte aucune disposition conférant une quelconque immunité à l'Iran ou à des entités iraniennes», et qu'il n'existe, partant, aucun différend susceptible d'entrer dans le champ de la clause compromissoire contenue au paragraphe 2 de l'article XXI (exceptions préliminaires soulevées par les Etats-Unis (ci-après, «EPEU»), par. 1.14).

SEPARATE OPINION OF JUDGE *AD HOC* MOMTAZ

[Translation]

*Iran's claims based on the violation of sovereign immunities guaranteed by customary international law relate to the interpretation and application of the Treaty of Amity, Economic Relations, and Consular Rights of 15 August 1955 — The existence of a dispute between the Parties regarding the interpretation of Article XI, paragraph 4 — The object and purpose of the Treaty, as set out in Article I, confirm that the Treaty of Amity must be interpreted in accordance with the customary rules on the immunities of States — The essential role of Bank Markazi in the implementation of certain rights deriving from the Treaty of Amity — Article XI, paragraph 4, must be interpreted taking account of the rules of customary international law on immunities, pursuant to Article 31, paragraph 3 (c), of the Vienna Convention on the Law of Treaties — The a contrario interpretation of Article XI, paragraph 4, of the Treaty of Amity — The measures taken by the United States authorities on the basis of the legislation modifying the Foreign Sovereign Immunities Act are not in conformity with the customary rules relating to the immunities of States — The second preliminary objection to jurisdiction should have been rejected and the dispute between the Parties as to the interpretation of Article XI, paragraph 4, settled at the merits stage of the case.*

1. In this opinion I will explain why I was unable to support the conclusions reached by the Court in point (2) of the operative clause of the Judgment, namely its decision to uphold the second preliminary objection to jurisdiction raised by the United States of America.

2. With this second objection to jurisdiction, the United States asked the Court to dismiss

“as outside [its] jurisdiction all claims that US measures that block the property and interests in property of the Government of Iran or Iranian financial institutions . . . violate any provision of the Treaty” (Final submissions of the United States, para. (b)).

This objection relates to Iran's claims that there has been a failure to respect the immunity from jurisdiction and enforcement of entities owned or controlled by the Iranian State, notably its Central Bank, Bank Markazi. The United States argued that the Treaty of Amity “does not contain any provisions that afford immunities to Iran or Iranian entities” and that, consequently, there is no dispute capable of falling within the scope of the compromissory clause in Article XXI, paragraph 2 (Preliminary Objections of the United States (POUS), para. 1.14).

3. Les Etats-Unis soutiennent que les demandes iraniennes contestant le gel des « actifs appartenant à des sociétés iraniennes d'une valeur d'environ deux milliards de dollars [qui] ont d'ores et déjà été saisis avant d'être remis à des tiers ou gelés sur des comptes aux Etats-Unis » (mémoire de l'Iran (ci-après, « MI »), par. 1.4) sont fondées sur le décret présidentiel américain n° 13599 du 5 février 2012; ce décret autorisant les mesures d'exécution sur les actifs de la banque centrale iranienne en vue d'exécuter les jugements des tribunaux américains condamnant l'Etat iranien pour des actes allégués de terrorisme n'a fait que compléter l'amendement du 30 septembre 1996 à la loi sur l'immunité des Etats étrangers du 21 octobre 1976 (*Foreign Sovereign Immunity Act*). Cet amendement avait permis de lever l'immunité dans toute affaire

« dans laquelle une demande de dommages-intérêts est formée contre un Etat étranger à raison d'un préjudice corporel ou d'un décès attribuable à des actes de torture, à une exécution extrajudiciaire, au sabotage d'un aéronef ou à une prise d'otages, ou de la fourniture d'un appui matériel ou financier ... en vue de la commission d'un tel acte (alinéa 7 du paragraphe a) de l'article 1605 de la loi sur l'immunité des Etats étrangers).

La portée de cette exception a été étendue en 2008 (voir article 1605 A) du titre 28 du code des Etats-Unis, tel qu'adopté par l'alinéa a) du paragraphe 1 de l'article 1083 de la loi américaine d'autorisation de la défense nationale pour l'année fiscale 2008, Pub. L. No. 110-181, 122 Stat. 206 (MI, annexe 15)). Les mesures en question sont justifiées comme étant destinées à protéger les intérêts vitaux des Etats-Unis, selon l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'article XX. D'après la Cour, en l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, « la question de savoir si une mesure est nécessaire à la protection des intérêts vitaux de sécurité d'une partie ne relève pas de l'appréciation subjective de la partie intéressée » (*fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986*, p. 141, par. 282).

## INTRODUCTION

4. Le paragraphe 4 de l'article XI du traité d'amitié se lit comme suit :

« Aucune entreprise de l'une ou l'autre des Hautes Parties contractantes, qu'il s'agisse de sociétés, d'associations, d'administrations et d'agences publiques, qui est propriété publique ou sous contrôle public, ne pourra, si elle exerce dans les territoires de l'autre Haute Partie contractante une activité commerciale ou industrielle de quelque nature que ce soit, y compris le transport des marchandises, bénéficier ni prétendre bénéficier, dans lesdits territoires, pour elle-même ou pour ses biens, d'une exemption en matière d'impôts, de poursuites judiciaires, d'exécution des jugements ou d'obligations d'un autre ordre applicables aux entreprises qui sont propriété privée ou sous contrôle privé. »

3. The United States contends that Iran's claims contesting the blocking of "[a]ssets to a value of about US\$2 billion belonging to Iranian companies [which] have already been seized and have either been turned over to third parties or are currently frozen in accounts in the United States" (Memorial of Iran (MI), para. 1.4) are founded on US Executive Order 13599 of 5 February 2012. This order authorizing enforcement proceedings against the assets of Iran's Central Bank, in execution of the judgments of United States courts against the Iranian State in respect of alleged acts of terrorism, merely supplemented the amendment of 30 September 1996 to the Foreign Sovereign Immunities Act (FSIA) of 21 October 1976. That amendment permitted the abrogation of immunities in any case

"in which money damages are sought against a foreign state for personal injury or death that was caused by an act of torture, extrajudicial killing, aircraft sabotage, hostage taking, or the provision of material support or resources . . . for such an act" (Section 1605 (a) (7) of the FSIA).

The scope of this exception was extended in 2008 (see Section 1605 A of title 28 of the United States Code, as adopted by Section 1083 (a) (1) of the US National Defense Authorization Act for Fiscal Year 2008, Pub. L. No. 110-181, 122 Stat. 206 (MI, Ann. 15)). The measures in question are justified as being intended to protect the essential interests of the United States, pursuant to Article XX, paragraph 1 (d). According to the Court in the case concerning *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (*Nicaragua v. United States of America*), "whether a measure is necessary to protect the essential security interests of a party is not . . . purely a question for the subjective judgment of the party" (*Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986*, p. 141, para. 282).

#### INTRODUCTION

4. Article XI, paragraph 4, of the Treaty of Amity reads as follows:

"No enterprise of either High Contracting Party, including corporations, associations, and government agencies and instrumentalities, which is publicly owned or controlled shall, if it engages in commercial, industrial, shipping or other business activities within the territories of the other High Contracting Party, claim or enjoy, either for itself or for its property, immunity therein from taxation, suit, execution of judgment or other liability to which privately owned and controlled enterprises are subject therein."

5. En l'espèce, les Parties tiennent des vues nettement opposées sur la question de savoir si le paragraphe 4 de l'article XI reconnaît la défense procédurale des immunités aux entités détenues ou sous contrôle de l'Etat iranien, lorsque celles-ci agissent à titre souverain (*jure imperii*) (MI, par. 1.26, 1.37, 5.13; cf. CR 2018/29, p. 31, par. 22-23 (Boisson de Chazournes)). D'une part, l'Iran prétend que les mesures adoptées par les Etats-Unis n'ont pas permis aux entités iraniennes, y compris celles agissant au nom de l'Etat iranien, de faire valoir leurs immunités devant les tribunaux judiciaires et les organismes administratifs, alors que le paragraphe 4 de l'article XI «confirme l'intention des parties au traité que les sociétés détenues par l'Etat ou sous contrôle étatique aient droit à l'immunité au titre d'actes *jure imperii*» (MI, par. 5.7). Selon l'Iran,

«[c]ette disposition confirme clairement que les parties au traité considéraient que, au regard du droit international, les activités menées à titre de souverain bénéficiaient de l'immunité. Cela résulte du libellé et de l'existence même du paragraphe 4 de l'article XI puisque, dans le cas contraire, il n'aurait pas été nécessaire d'inclure une telle disposition dans le traité.» (CR 2018/31, p. 24, par. 42 (Wordsworth); voir aussi les observations écrites de l'Iran, par. 5.40.)

D'autre part, les Etats-Unis estiment que,

«[e]n dehors d'une seule disposition *interdisant* aux entreprises appartenant à l'Etat ou contrôlées par lui d'invoquer devant les tribunaux de l'autre Etat une défense basée sur l'immunité souveraine (paragraphe 4 de l'article XI), le traité ne régit pas, et n'avait pas vocation à régir, les questions liées à l'immunité souveraine de l'Etat ou d'autres entités étatiques» (EPEU, par. 8.2; CR 2018/28, p. 30, par. 23 (Gross)).

Il en découle que les points de vue de l'Iran se heurtent à l'opposition manifeste des Etats-Unis en ce qui concerne le champ d'application des immunités dans le cadre du traité d'amitié et notamment la question de savoir si le traité préserve la possibilité aux sociétés d'Etat d'une des parties contractantes de se prévaloir de la défense des immunités. Il existe donc un différend entre les Parties sur le sens et la portée de cette disposition.

6. En effet, selon la jurisprudence bien établie de la Cour, un différend est «un désaccord sur un point de droit ou de fait, une contradiction, une opposition de thèses juridiques ou d'intérêts» entre des parties (*Concessions Mavrommatis en Palestine, arrêt n° 2, 1924, C.P.J.I. série A n° 2, p. 11*). Pour qu'un différend existe, «[i]l faut démontrer que la réclamation de l'une des parties se heurte à l'opposition manifeste de l'autre» (*Sud-Ouest africain (Ethiopie c. Afrique du Sud; Libéria c. Afrique du Sud), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1962, p. 328*). «[L]es points de vue des deux parties, quant à l'exécution ou à la non-exécution» de certaines obligations internationales, «[doivent être] nettement opposés» (*Violations alléguées de droits souverains et d'espaces maritimes dans la mer des Caraïbes (Nicaragua*

5. In this case, the Parties hold clearly opposing views as to whether Article XI, paragraph 4, recognizes immunities as a procedural defence for entities owned or controlled by the Iranian State when those entities are acting in a sovereign capacity (*jure imperii*) (MI, paras. 1.26, 1.37, 5.13; see CR 2018/29, p. 31, paras. 22-23 (Boisson de Chazournes)). On the one hand, Iran claims that the measures adopted by the United States prevented Iranian entities, including those acting on behalf of the Iranian State, from asserting their immunity before courts of justice and administrative agencies, even though Article XI, paragraph 4, “confirms the Treaty Parties’ intention that, *inter alia*, State-owned or controlled corporations, be entitled to immunity in respect of acts *jure imperii*” (MI, para. 5.7). According to Iran,

“[t]his provision confirms by strong implication the Treaty parties’ understanding of an international law entitlement to immunity *iure imperii*. That implication follows from the wording and the very existence of Article XI (4) in the Treaty, as there would have been no need to include such a provision had there been no understanding of the entitlement to sovereign immunity in the first place.” (CR 2018/31, p. 24, para. 42 (Wordsworth); see also the Written Statement of Iran, para. 5.40.)

The United States, on the other hand, considers that

“[a]part from a single provision *barring* State-owned business enterprises from raising a sovereign immunity defense in the other State’s courts (Article XI (4)), the Treaty does not govern, and was not intended to govern, questions relating to sovereign immunity of the State as such or other State entities” (POUS, para. 8.2; CR 2018/28, p. 30, para. 23 (Grosh)).

It follows that Iran’s views are positively opposed by the United States as regards the scope of application of immunities under the Treaty of Amity and, in particular, whether the Treaty enables the State companies of a Contracting Party to use immunities as a defence. There is thus a dispute between the Parties as to the meaning and scope of this provision.

6. According to the Court’s well-established jurisprudence, a dispute is a “disagreement on a point of law or fact, a conflict of legal views or of interests” between parties (*Mavrommatis Palestine Concessions, Judgment No. 2, 1924, P.C.I.J., Series A, No. 2*, p. 11). For a dispute to exist, “[i]t must be shown that the claim of one party is positively opposed by the other” (*South West Africa (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1962*, p. 328). “[T]he two sides [must] hold clearly opposite views concerning the question of the performance or non-performance of certain’ international obligations” (*Alleged Violations of Sovereign Rights and Maritime Spaces in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Colombia), Preliminary Objections,*

*c. Colombie*), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2016 (I), p. 26, par. 50, citant *Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie, première phase, avis consultatif*, C.I.J. Recueil 1950, p. 74). Plus particulièrement, afin de déterminer si un différend concerne l'interprétation ou l'application du traité d'amitié, la Cour «doit rechercher si les violations du traité ... alléguées ... entrent ou non dans les prévisions de ce traité et si, par suite, le différend est de ceux dont la Cour est compétente pour connaître *ratione materiae*» (*Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique)*, exception préliminaire, arrêt, C.I.J. Recueil 1996 (II), p. 810, par. 16). Dès lors qu'il existe des «positions divergentes» entre les Parties au sujet de la portée d'une des dispositions du traité, le différend est de ceux qui rentrent dans le champ d'une clause compromissoire (*Immunités et procédures pénales (Guinée équatoriale c. France)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2018 (I), p. 333, par. 134).

7. Ainsi, je ne partage pas la conclusion de la Cour selon laquelle

«les demandes de l'Iran qui sont fondées sur la violation alléguée des immunités souveraines garanties par le droit international coutumier ne se rapportent pas à l'interprétation ou à l'application du traité d'amitié et, en conséquence, ne se trouvent pas dans le champ de la clause compromissoire du paragraphe 2 de l'article XXI» (arrêt, par. 80).

La Cour aurait dû rejeter l'exception préliminaire soulevée par les Etats-Unis et trancher le différend au stade du fond de l'affaire, en interprétant le paragraphe 4 de l'article XI à la lumière des règles du droit international relatives à l'interprétation des traités.

#### I. L'INTERPRÉTATION DU PARAGRAPHE 4 DE L'ARTICLE XI À LA LUMIÈRE DE L'OBJET ET DU BUT DU TRAITÉ

8. Un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer à ses termes dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but. Les différents éléments qui se retrouvent aux articles 31 et 32 de la convention de Vienne sur le droit des traités, qui codifient le droit international coutumier, sont pris en compte dans le cadre de l'interprétation. Si «un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer à ses termes dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but» (*Différend territorial (Jamahiriya arabe libyenne/Tchad)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1994, p. 21-22, par. 41), cela n'est pas toujours suffisant.

9. Selon le préambule du traité d'amitié, les Parties ont entendu «encourager les échanges et les investissements mutuellement profitables et l'établissement de relations économiques plus étroites entre leurs peuples». La Cour en a tiré comme conséquence que l'objet et le but du

*Judgment, I.C.J. Reports 2016 (I)*, p. 26, para. 50, quoting *Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania, First Phase, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1950*, p. 74). More specifically, in order to determine whether a dispute concerns the interpretation or application of the Treaty of Amity, the Court “must ascertain whether the violations of the Treaty . . . pleaded . . . do or do not fall within the provisions of the Treaty and whether, as a consequence, the dispute is one which the Court has jurisdiction *ratione materiae* to entertain” (*Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America), Preliminary Objection, Judgment, I.C.J. Reports 1996 (II)*, p. 810, para. 16). Since there is a “difference of opinion” between the Parties regarding the scope of one of the Treaty’s provisions, the dispute is one which falls within the scope of the compromissory clause (*Immunities and Criminal Proceedings (Equatorial Guinea v. France), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2018 (I)*, p. 333, para. 134).

7. Thus, I do not support the Court’s conclusion that

“Iran’s claims based on the alleged violation of the sovereign immunities guaranteed by customary international law do not relate to the interpretation or application of the Treaty of Amity and, as a result, do not fall within the scope of the compromissory clause in Article XXI, paragraph 2” (*Judgment*, para. 80).

The Court should have rejected the preliminary objection raised by the United States and settled the dispute at the merits stage of the case by interpreting Article XI, paragraph 4, in light of the rules of international law on the interpretation of treaties.

#### I. THE INTERPRETATION OF ARTICLE XI, PARAGRAPH 4, IN LIGHT OF THE OBJECT AND PURPOSE OF THE TREATY

8. A treaty must be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to its terms in their context and in light of its object and purpose. The various elements found in Articles 31 and 32 of the Vienna Convention on the Law of Treaties, which codify customary international law, are taken into account in the interpretation. Although “a treaty must be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to its terms in their context and in the light of its object and purpose” (*Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya/Chad), Judgment, I.C.J. Reports 1994*, pp. 21-22, para. 41), this is not always sufficient.

9. According to the preamble of the Treaty of Amity, the Parties wished to “encourag[e] mutually beneficial trade and investments and closer economic intercourse generally between their peoples”. The Court has concluded from this that the object and purpose of the Treaty “was

traité «n'étaient pas d'organiser les relations pacifiques et amicales entre les deux Etats de manière générale» et que «[l']article premier ne saurait dès lors être interprété comme incorporant dans le traité l'ensemble des dispositions du droit international concernant de telles relations» (*Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique)*, exception préliminaire, arrêt, C.I.J. Recueil 1996 (II), p. 814, par. 28). Néanmoins, comme la Cour l'a souligné :

«L'article premier affirme en des termes généraux qu'il y aura paix stable et durable et amitié sincère entre les Parties. L'esprit qui anime cet article et l'intention qu'il exprime inspirent l'ensemble du traité et lui donnent sa signification; ils doivent, en cas de doute, inciter la Cour à adopter l'interprétation qui semble la plus conforme à l'objectif général d'établir des relations amicales dans tous les domaines d'activité couverts par le traité.» (*Ibid.*, p. 820, par. 52.)

10. Dans ledit arrêt, la Cour a précisé également que

«[t]oute action de l'une des Parties incompatible avec ces obligations est illicite, quels que soient les moyens utilisés à cette fin. La violation, par l'emploi de la force, d'un droit qu'une partie tient du traité est tout aussi illicite que le serait sa violation par la voie d'une décision administrative ou par tout autre moyen.» (*Ibid.*, p. 811-812, par. 21.)

Elle en a tiré comme conséquence que «[l]es questions relatives à l'emploi de la force ne sont donc pas exclues en tant que telles du champ d'application du traité de 1955» (*ibid.*, p. 812). En l'occurrence, on est en droit de se demander pourquoi la Cour est arrivée à une tout autre conclusion en ce qui concerne les demandes iraniennes fondées sur la violation des immunités souveraines des entités agissant à titre souverain (*jure imperii*), lorsque le non-respect de ces règles entrave la mise en œuvre des droits et des obligations découlant du traité d'amitié.

11. A mon avis, la violation des immunités souveraines de la banque Markazi, pour ce qui est de ses activités *jure imperii*, est susceptible d'entraver la liberté du commerce entre l'Iran et les Etats-Unis et de vider ainsi le traité de son objet et de son but. Ainsi que la Cour l'a précisé,

«il serait naturel d'interpréter le mot «commerce» au paragraphe 1 de l'article X du traité de 1955 comme incluant des activités commerciales en général — non seulement les activités mêmes d'achat et de vente, mais également les «activités accessoires» qui sont intrinsèquement liées au commerce» (*ibid.*, p. 819, par. 49).

12. La banque Markazi est, selon son statut, gardienne et régulatrice du système monétaire, sur le plan interne et externe, ainsi que de la politique monétaire de l'Iran. En tant qu'autorité de régulation du système monétaire et de crédit, elle a des fonctions très diversifiées qui se rap-

not to regulate peaceful and friendly relations between the two States in a general sense” and that, “[c]onsequently, Article I cannot be interpreted as incorporating into the Treaty all of the provisions of international law concerning such relations” (*Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, *Preliminary Objection, Judgment, I.C.J. Reports 1996 (II)*, p. 814, para. 28). Nevertheless, as noted by the Court,

“Article I states in general terms that there shall be firm and enduring peace and sincere friendship between the Parties. The spirit and intent set out in this Article animate and give meaning to the entire Treaty and must, in case of doubt, incline the Court to the construction which seems more in consonance with its overall objective of achieving friendly relations over the entire range of activities covered by the Treaty.” (*Ibid.*, p. 820, para. 52.)

10. The Court further stated in the same Judgment that

“[a]ny action by one of the Parties that is incompatible with those obligations is unlawful, regardless of the means by which it is brought about. A violation of the rights of one party under the Treaty by means of the use of force is as unlawful as would be a violation by administrative decision or by any other means.” (*Ibid.*, pp. 811-812, para. 21.)

It concluded from this that “[m]atters relating to the use of force are therefore not *per se* excluded from the reach of the Treaty of 1955” (*ibid.*, p. 812). In this case, one is entitled to ask why the Court reached an entirely different conclusion with regard to Iran’s claims founded on the violation of the sovereign immunities of entities acting in a sovereign capacity (*jure imperii*), when failure to comply with these rules obstructs the implementation of rights and obligations deriving from the Treaty of Amity.

11. In my opinion, the violation of the sovereign immunities of Bank Markazi in relation to its activities *jure imperii* is capable of impeding freedom of commerce between Iran and the United States and thus of depriving the Treaty of its object and purpose. As noted by the Court,

“it would be a natural interpretation of the word ‘commerce’ in Article X, paragraph 1, of the Treaty of 1955 that it includes commercial activities in general — not merely the immediate act of purchase and sale, but also the ancillary activities integrally related to commerce” (*ibid.*, p. 819, para. 49).

12. According to its statutes, Bank Markazi is the guardian and regulator of the monetary system, both internally and internationally, and of Iran’s monetary policy. As the regulatory authority of the monetary and credit system, it fulfils a range of very different functions directly related

portent directement au commerce, lequel est encouragé et protégé par les différentes dispositions du traité d'amitié (voir arrêt, par. 78-79). A titre d'exemple, il revient à la banque centrale, selon son statut, d'assurer toutes les opérations concernant l'or, les devises étrangères et les titres bancaires (voir l'article 11 de la loi monétaire et bancaire de 1972, MI, vol. IV, annexe 73; voir aussi les articles 31-32 de la loi monétaire et bancaire de l'Iran de 1960). C'est la banque centrale également qui garantit la disposition des liquidités nécessaires aux sociétés et ressortissants iraniens, afin que ceux-ci puissent investir, exporter et importer. C'est surtout en période de crise, comme c'est le cas de la situation actuelle de l'Iran, que les banques se tournent vers la banque centrale pour obtenir des liquidités, afin d'aider les ressortissants et les sociétés à mener leurs activités commerciales. Il s'agit là du cœur même de ses fonctions de prêter l'argent nécessaire aux échanges et rapports commerciaux. Il en découle que le respect préalable par les Parties de leurs obligations internationales en ce qui concerne les activités et les actifs de la banque centrale (*jure imperii*), ainsi que les immunités y afférentes sont en effet la condition préalable du respect des droits et des obligations spécifiques prévus dans ce traité. Autrement dit, l'atteinte portée par les mesures américaines à l'immunité d'exécution de la banque Markazi constitue un obstacle majeur à la mise en œuvre de ce traité et au flux harmonieux et ininterrompu du commerce entre les territoires des deux Parties au traité.

## II. L'INTERPRÉTATION DU PARAGRAPHE 4 DE L'ARTICLE XI À LA LUMIÈRE DE L'ALINÉA C) DU PARAGRAPHE 3 DE L'ARTICLE 31 DE LA CONVENTION DE VIENNE SUR LE DROIT DES TRAITÉS

13. L'alinéa c) du paragraphe 3 de l'article 31 de la convention de Vienne sur le droit des traités prévoit que, dans le cadre de l'interprétation d'un traité, «[i]l sera tenu compte, en même temps que du contexte: ... c) De toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties». A mon avis, cette règle positionne le droit international général à l'arrière-plan pour les besoins d'interprétation d'un traité ou de l'une de ses dispositions. Cette disposition codifie le droit international coutumier (voir, par exemple, *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2009, p. 237, par. 47; *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2010 (I), p. 46, par. 65).

14. Comme le tribunal arbitral l'avait déjà souligné en l'affaire *Pinson c. Mexique*, «[t]oute convention internationale doit être réputée s'en référer tacitement au droit commun pour toutes les questions qu'elle ne résout pas elle-même en termes exprès et d'une façon différente» (*Georges Pinson, France c. Mexique, sentence du 19 octobre 1928, Recueil des sentences arbitrales (RSA)*, vol. V, p. 422, par. 50, al. 4). Pareillement, la Cour a précisé à maintes reprises que «tout instrument international doit être

to commerce, which is promoted and protected by the various provisions of the Treaty of Amity (see Judgment, paras. 78-79). For example, under its statutes, it falls to the Central Bank to exercise control over any transactions involving gold, foreign currencies and bank holdings (see Article 11 of the 1972 Monetary and Banking Act, MI, Vol. IV, Ann. 73; see also Articles 31-32 of the 1960 Monetary and Banking Act). It is also the Central Bank which guarantees the provision of the liquid assets needed by Iranian companies and nationals to invest, export and import. It is above all during a period of crisis, as is currently the case in Iran, that banks turn to the Central Bank for funds to help nationals and businesses conduct their commercial activities. This is the Bank's essential function, to lend the money needed for trade and commercial relations. It follows that the Parties' compliance with their international obligations concerning the activities and assets of a central bank (*jure imperii*), as well as the immunities associated therewith, are in fact a precondition for upholding the specific rights and obligations provided for in the Treaty. In other words, the infringement of Bank Markazi's immunity from enforcement resulting from the United States' measures is a major obstacle to the implementation of the Treaty and to the smooth and uninterrupted flow of commerce between the territories of the two Parties to that Treaty.

II. THE INTERPRETATION OF ARTICLE XI, PARAGRAPH 4, IN LIGHT OF  
ARTICLE 31, PARAGRAPH 3, SUBPARAGRAPH (C),  
OF THE VIENNA CONVENTION ON THE LAW OF TREATIES

13. Article 31, paragraph 3, subparagraph (c), of the Vienna Convention on the Law of Treaties provides that in the interpretation of a treaty "[t]here shall be taken into account, together with the context: . . . (c) Any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties". To my mind, this rule sets general international law as the backdrop for the interpretation of a treaty or one of its provisions. It codifies the customary international law (see, for example, *Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)*, Judgment, I.C.J. Reports 2009, p. 237, para. 47; *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, Judgment, I.C.J. Reports 2010 (I), p. 46, para. 65).

14. As previously emphasized by the Arbitral Tribunal in the *Pinson v. Mexico* case, "[a]ny international Convention must be deemed to refer tacitly to general law in respect of any question that it does not itself expressly and differently resolve" (*Georges Pinson (France) v. United Mexican States*, Decision No. 1, 19 October 1928, Reports of International Arbitral Awards, Vol. V, p. 422, para. 50, subpara. 4). Similarly, the Court has repeatedly stated that "an international instrument has to be inter-

interprété et appliqué dans le cadre de l'ensemble du système juridique en vigueur au moment où l'interprétation a lieu» (*Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1971, p. 31, par. 53*). C'est ainsi que, par le passé, la Cour n'avait pas hésité à prendre en compte, lors du processus d'interprétation du traité d'amitié, des règles relatives à l'emploi de la force en droit international (voir *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique), arrêt, C.I.J. Recueil 2003, p. 182, par. 41*).

15. Par la suite, d'autres cours et tribunaux internationaux ont suivi la Cour, prenant en compte les règles relatives à l'immunité d'Etat aux fins d'interprétation des dispositions de conventions de caractère spécifique. Ainsi, la Cour européenne des droits de l'homme a souligné, dans son arrêt en l'affaire *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, que «[l]a Convention [européenne des droits de l'homme] doit autant que faire se peut s'interpréter de manière à se concilier avec les autres règles de droit international, dont elle fait partie intégrante, y compris celles relatives à l'octroi de l'immunité aux Etats» (CEDH, *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, requête n° 35763/97, arrêt du 21 novembre 2001, par. 55; voir aussi *Jones et autres c. Royaume-Uni*, requêtes nos 34356/06 et 40528/06, arrêt du 14 janvier 2014, par. 195). La Cour européenne a donc conclu au paragraphe 56 de son arrêt que

«[o]n ne peut dès lors de façon générale considérer comme une restriction disproportionnée au droit d'accès à un tribunal tel que le consacre l'article 6 § 1 [de la Convention européenne des droits de l'homme] des mesures prises par une Haute Partie contractante qui reflètent des règles de droit international généralement reconnues en matière d'immunité des Etats. De même que le droit d'accès à un tribunal est inhérent à la garantie d'un procès équitable accordée par cet article, de même certaines restrictions à l'accès doivent être tenues pour lui être inhérentes; on en trouve un exemple dans les limitations généralement admises par la communauté des nations comme relevant de la doctrine de l'immunité des Etats.» (CEDH, *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, requête n° 35763/97, arrêt du 21 novembre 2001, par. 56.)

16. S'il n'est pas question d'incorporer les règles relatives aux immunités en tant que droit applicable relevant de la compétence de la Cour au titre de l'article XXI du traité, il est dès lors erroné d'interpréter le paragraphe 4 de l'article XI comme la Cour l'a fait en l'espèce, en omettant de prendre en compte les règles du droit international coutumier relatives aux immunités en raison de l'objet restreint de ce traité (voir arrêt, par. 65). Comme l'explique le rapport de la Commission du droit international (ci-après «CDI») sur la fragmentation, «[l]es dispositions conventionnelles reçoivent toutes leur force et leur validité du droit général et créent des droits et des obligations qui existent parallèlement aux droits et obligations créés par d'autres dispositions conventionnelles et règles de droit international coutumier» (rapport du groupe d'étude de la CDI, «Frag-

preted and applied within the framework of the entire legal system prevailing at the time of the interpretation” (*Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, *Advisory Opinion*, *I.C.J. Reports 1971*, p. 31, para. 53). Hence, in the past, the Court did not hesitate to take account of the rules on the use of force in international law when interpreting the Treaty of Amity (see *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, *Judgment*, *I.C.J. Reports 2003*, p. 182, para. 41).

15. Other courts and tribunals have followed the Court’s example, taking account of the rules on State immunity in the interpretation of treaty provisions of a specific nature. Thus, the European Court of Human Rights (ECHR) noted in its judgment in the case of *Al-Adsani v. The United Kingdom* that: “[t]he [European] Convention [on Human Rights] should so far as possible be interpreted in harmony with other rules of international law of which it forms part, including those relating to the grant of State immunity” (ECHR, *Al-Adsani v. The United Kingdom*, Application No. 35763/97, judgment of 21 November 2001, para. 55; see also *Jones and Others v. The United Kingdom*, Applications Nos. 34356/06 and 40528/06, judgment of 14 January 2014, para. 195). The ECHR therefore concluded in paragraph 56 of its judgment that:

“[i]t follows that measures taken by a High Contracting Party which reflect generally recognised rules of public international law on State immunity cannot in principle be regarded as imposing a disproportionate restriction on the right of access to a court as embodied in Article 6 § 1. Just as the right of access to a court is an inherent part of the fair trial guarantee in that Article, so some restrictions on access must likewise be regarded as inherent, an example being those limitations generally accepted by the community of nations as part of the doctrine of State immunity.” (ECHR, *Al-Adsani v. The United Kingdom*, Application No. 35763/97, judgment of 21 November 2001, para. 56.)

16. If there is no question of incorporating the rules on immunities as applicable law falling within the Court’s jurisdiction under Article XXI of the Treaty, it is therefore wrong to interpret Article XI, paragraph 4, as the Court has done here, without taking account of the rules of customary international law on immunities because of the Treaty’s limited object (see Judgment, para. 65). As the report of the International Law Commission (ILC) on fragmentation explains, “[a]ll treaty provisions receive their force and validity from general law, and set up rights and obligations that exist alongside rights and obligations established by other treaty provisions and rules of customary international law” (Report of the Study Group of the International Law Commission, “Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and

mentation du droit international: difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international», Nations Unies, doc. A/CN.4/L.682, par. 414). Ainsi que la CDI l'a signalé à juste titre, l'alinéa *c*) du paragraphe 3 de l'article 31 «exprime l'objectif d'«intégration systémique» selon lequel, quelle que soit leur matière, les traités sont une création du système juridique international et leur application est fondée sur ce fait» (conclusions des travaux du groupe d'étude, reproduit dans l'*Annuaire de la Commission du droit international (ACDI)*, 2006, vol. II, deuxième partie, p. 188, par. 17). Le cas échéant, cette règle permet de contrecarrer le processus de fragmentation normative dans un système horizontal qui est propre au droit international. Je regrette donc que la Cour n'ait pas suivi la démarche interprétative de l'alinéa *c*) du paragraphe 3 de l'article 31 dans son arrêt et n'ait pas pris suffisamment en compte les règles relatives aux immunités.

### III. L'INTERPRÉTATION *A CONTRARIO* DU PARAGRAPHE 4 DE L'ARTICLE XI

17. La lecture du paragraphe 4 de l'article XI présentée ci-dessus est par ailleurs confirmée par une interprétation *a contrario* de cette disposition. D'emblée, il convient de relever que la convention de Vienne sur le droit des traités n'a pas eu l'ambition de couvrir tous les principes ou techniques d'interprétation en droit international général. En dehors de la règle générale d'interprétation prévue à l'article 31 et des moyens complémentaires d'interprétation à l'article 32 de la convention de Vienne, d'autres principes comme le principe d'*ut res magis valeat quam pereat* ou le raisonnement *a contrario* ne figurent pas parmi ces règles. La CDI, lors de l'élaboration de son projet d'articles sur le droit des traités, n'avait aucunement l'ambition de codifier toutes les règles régissant l'interprétation, mais de «codifier le nombre restreint de règles qui paraissent constituer la base strictement juridique de l'interprétation des traités» (troisième rapport sur le droit des traités, par sir Humphrey Waldock, Nations Unies, doc. A/CN.4/167, reproduit dans l'*ACDI*, 1964, vol. II, p. 55, par. 8). Le rapporteur spécial avait ainsi clairement pris la position que la CDI ne devait pas tenter de codifier toutes les règles d'interprétation qui dépendent souvent du contexte et des circonstances particulières.

18. Dans son arrêt sur les exceptions préliminaires en l'affaire de 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)*, la Cour a souligné que :

«L'interprétation *a contrario* d'une disposition conventionnelle — en vertu de laquelle le fait que la disposition mentionne expressément un cas de figure donnerait justification à la conclusion que d'autres cas comparables sont exclus de ses prévisions — a été employée tant par la Cour (voir, par exemple, *Différend territorial et maritime (Nicara-*

Expansion of International Law”, UN doc. A/CN.4/L.682, para. 414). As the ILC rightly pointed out, Article 31, paragraph 3, subparagraph (c), “gives expression to the objective of ‘systematic integration’ according to which, whatever their subject-matter, treaties are a creation of the international legal system and their operation is predicated upon that fact” (“Conclusions of the Work of the Study Group on the Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law”, reproduced in the *Yearbook of the International Law Commission (YILC)*, 2006, Vol. II, Part Two, p. 180, para. 17). Where appropriate, this rule makes it possible to counteract the process of normative fragmentation in a horizontal system such as that of international law. I am therefore disappointed that the Court did not adopt an interpretative approach to Article 31, paragraph 3, subparagraph (c), in its Judgment and failed to take sufficient account of the rules on immunities.

### III. THE *A CONTRARIO* INTERPRETATION OF ARTICLE XI, PARAGRAPH 4

17. The above reading of Article XI, paragraph 4, is also confirmed by an *a contrario* interpretation of this provision. First, it should be noted that the Vienna Convention on the Law of Treaties was not intended to cover every principle or technique of interpretation in general international law. In addition to the general rule of interpretation set out in Article 31 of the Vienna Convention, and the supplementary means of interpretation described in Article 32, there are other principles, such as the maxim *ut res magis valeat quam pereat* and *a contrario* reasoning, which do not appear among those rules. When drawing up its draft articles on the Law of Treaties, the ILC did not intend to codify all the rules governing interpretation, but rather “to codify the comparatively few rules which appear to constitute the strictly legal basis of the interpretation of treaties” (Sir Humphrey Waldock, Special Rapporteur, “Third Report on the Law of Treaties”, UN doc. A/CN.4/167, reproduced in *YILC*, 1964, Vol. II, p. 54, para. 8). The Special Rapporteur was thus clearly of the view that the ILC was not expected to try to codify all rules of interpretation, which often depend on the specific context and circumstances.

18. In its Judgment on the preliminary objections in the case concerning *Question of the Delimitation of the Continental Shelf between Nicaragua and Colombia beyond 200 Nautical Miles from the Nicaraguan Coast (Nicaragua v. Colombia)*, the Court observed that:

“An *a contrario* reading of a treaty provision — by which the fact that the provision expressly provides for one category of situations is said to justify the inference that other comparable categories are excluded — has been employed by both the present Court (see, e.g., *Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia)*, *Applica-*

*gua c. Colombie*), requête du Honduras à fin d'intervention, arrêt, C.I.J. Recueil 2011 (II), p. 432, par. 29) que par sa devancière, la Cour permanente de Justice internationale (*Vapeur Wimbledon, arrêts, 1923, C.P.J.I. série A n° 1*, p. 23-24). Une telle interprétation ne peut toutefois être retenue que si elle se justifie à la lumière du libellé de l'ensemble des dispositions pertinentes, de leur contexte ainsi que de l'objet et du but du traité. Cependant, même dans le cas où le recours à une telle interprétation est justifié, il importe de déterminer en quoi consiste exactement, dans chaque cas, la conclusion qu'il y a lieu d'inférer.» (*Exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2016 (I)*, p. 116, par. 35.)

19. Dans le cas d'espèce, une interprétation *a contrario* du paragraphe 4 de l'article XI serait susceptible d'amener la Cour à conclure que le champ d'application du traité, notamment la portée du terme « société », n'exclut pas les entités qui exercent des activités *jure imperii*. Cette interprétation *a contrario* serait d'ailleurs conforme au paragraphe 1 de l'article III, qui prévoit que « le terme « sociétés » doit s'entendre des sociétés de capitaux ou de personnes, des compagnies et de toutes associations, qu'elles soient ou non à responsabilité limitée et à but lucratif ». En outre, l'interprétation *a contrario* du paragraphe 4 de l'article XI correspondrait à une interprétation évolutive du terme « société ». La Cour a relevé, à plusieurs reprises, que les termes génériques contenus dans des traités peuvent avoir « un sens ou un contenu évolutif et non pas intangible, pour tenir compte notamment de l'évolution du droit international » (*Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2009, p. 242, par. 64; *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique)*, exception préliminaire, arrêt, C.I.J. Recueil 1996 (II), p. 818, par. 45-48).

20. Dans le cas d'espèce, s'agissant de la portée du paragraphe 4 de l'article XI, une incertitude persiste sur la question de savoir si les immunités de l'Etat sont exclues du champ d'application du traité ou, au contraire, si elles sont couvertes par l'interprétation de la disposition susmentionnée. A mon sens, l'interprétation de cette disposition doit prendre en compte les éléments suivants.

21. Premièrement, au moment de la conclusion du traité d'amitié en 1955, l'érosion de l'immunité « absolue » était déjà amorcée et les Etats-Unis avaient adopté la doctrine de l'immunité restrictive. Ainsi, cette disposition se limitait à codifier certaines exceptions précises à la règle générale des immunités accordées aux entités d'Etat, plutôt qu'à exclure l'application de ces règles à toute entité couverte par le champ d'application de ce traité. Deuxièmement, le paragraphe 4 de l'article XI mentionne dans sa version anglaise, la version qui fait foi, le terme « immunity » afin de limiter la possibilité pour les entreprises d'Etat agissant *jure gestionis* de se prévaloir d'une immunité de juridiction ou d'exécution et de nuire ainsi à l'équilibre concurrentiel entre les entreprises privées et publiques. Il s'agit donc d'un cas de figure limité, qui ne préjuge en rien la

tion by Honduras for Permission to Intervene, Judgment, I.C.J. Reports 2011 (II), p. 432, para. 29) and the Permanent Court of International Justice (S.S. "Wimbledon", Judgments, 1923, P.C.I.J., Series A, No. 1, pp. 23-24). Such an interpretation is only warranted, however, when it is appropriate in light of the text of all the provisions concerned, their context and the object and purpose of the treaty. Moreover, even where an *a contrario* interpretation is justified, it is important to determine precisely what inference its application requires in any given case." (Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2016 (I), p. 116, para. 35.)

19. In this case, an *a contrario* interpretation of Article XI, paragraph 4, might lead the Court to conclude that the Treaty's scope of application, in particular the scope of the term "company", does not exclude entities carrying out activities *jure imperii*. This *a contrario* interpretation would, moreover, be consistent with Article III, paragraph 1, which provides that "'companies' means corporations, partnerships, companies and other associations, whether or not with limited liability and whether or not for pecuniary profit". Nor would an *a contrario* interpretation of Article XI, paragraph 4, be an evolutionary interpretation of the term "company". The Court has noted on a number of occasions that generic terms in treaties may have "a meaning or content capable of evolving, not one fixed once and for all, so as to make allowance for, among other things, developments in international law" (*Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)*, Judgment, I.C.J. Reports 2009, p. 242, para. 64; *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Preliminary Objection, Judgment, I.C.J. Reports 1996 (II), pp. 818-819, paras. 45-48).

20. With regard to the scope of Article XI, paragraph 4, there is still some uncertainty in this case as to whether State immunities are excluded from the Treaty's scope of application, or, conversely, if they are covered by the interpretation of the above provision. In my view, the interpretation of this provision must take account of the following elements.

21. First, when the Treaty of Amity was concluded in 1955, the erosion of "absolute" immunity had already begun and the United States had adopted the doctrine of restrictive immunity. Article XI, paragraph 4, therefore, merely codified certain specific exceptions to the general rules on immunities accorded to State entities, rather than excluding the application of those rules to every entity covered by the Treaty's scope of application. Second, the English version of Article XI, paragraph 4, which is authoritative, uses the term "immunity" to limit the ability of State companies acting *jure gestionis* to claim immunity from jurisdiction or enforcement and thereby upset the competitive equilibrium between public and private enterprises. This is a specific situation that in no way prejudices the question of the application of sovereign immunities to the

question d'application des immunités souveraines aux banques centrales des hautes parties contractantes. Troisièmement, cette disposition doit être lue conjointement avec le paragraphe 2 de l'article IV. La protection minimale en droit international quand il s'agit des entreprises agissant *jure imperii* doit inclure le régime des immunités; l'inverse aboutirait à imposer un équilibre artificiel entre les entreprises privées et les entreprises d'Etat au détriment de ces dernières, et cela serait contraire aux conditions minimales auxquelles le paragraphe 2 de l'article IV fait référence. Quatrièmement, dans tous les cas, la question de la nature exacte des activités et fonctions d'une banque centrale d'Etat, en vue de la qualification le cas échéant de *jure imperii*, constitue une question de fond et la Cour n'aurait pas dû préjuger des conclusions auxquelles elle pourrait parvenir sur le fond.

22. En d'autres termes, le recours à l'interprétation *a contrario* du paragraphe 4 de l'article XI ne serait pas une digression artificielle. Tout au contraire, il serait conforme à l'objet et au but du traité, ainsi qu'au sens ordinaire de ses dispositions.

#### CONCLUSION

23. En définitive, le paragraphe 4 de l'article XI du traité d'amitié aurait dû être interprété à la lumière du droit international général relatif aux immunités de l'Etat et de ses banques centrales, tel que codifié à l'alinéa *c*) du paragraphe 1 de l'article 21 de la convention de 2004 des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens, ainsi qu'au paragraphe 2 de l'article 4 de la convention européenne de 1972 sur l'immunité des Etats et stipulé à l'alinéa *b*) du paragraphe 1 de la section 1605 de la loi fédérale américaine de 1976 sur l'immunité des Etats étrangers (*Foreign Sovereign Immunities Act*), qui garantit que «le bien d'un Etat étranger sera couvert par une immunité de saisie et d'exécution».

24. Il convient aussi de souligner que le fondement même des mesures américaines en question, à savoir l'amendement de la loi fédérale américaine sur l'immunité des Etats étrangers par lequel le législateur a introduit une «exception pour terrorisme» et dont la portée a été élargie par des amendements législatifs ultérieurs, mis en œuvre en l'espèce par le décret n° 13599, n'est pas conforme au droit international général en matière d'immunité. Ainsi que l'avait déjà déclaré la CPJI en l'affaire des «Communautés» gréco-bulgares, «c'est un principe généralement reconnu du droit des gens que ... les dispositions d'une loi interne ne sauraient prévaloir sur celles du traité» (*Question des «communautés» gréco-bulgares, avis consultatif, 1930, C.P.J.I. série B n° 17, p. 32*). Ce «principe fondamental en droit international» (*Applicabilité de l'obligation d'arbitrage en vertu de la section 21 de l'accord du 26 juin 1947 relatif au siège de l'Organisation des Nations Unies, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1988, p. 34, par. 57*) a été également repris à l'article 27 de la convention de Vienne sur le droit des traités, qui stipule qu'«[u]ne partie ne peut invo-

central banks of the High Contracting Parties. Third, Article XI, paragraph 4, must be read in conjunction with Article IV, paragraph 2. Minimum protection in international law for companies acting *jure imperii* must include the régime of immunities; the inverse would lead to the imposition of an artificial equilibrium between private and State companies, to the latter's detriment, and this would be contrary to the minimum conditions to which Article IV, paragraph 2, refers. Fourth, in any event, the exact nature of the activities and functions of a State's central bank, and whether they can be characterized as *jure imperii*, is a question of substance, and the Court should not have prejudged conclusions it might reach on the merits.

22. In other words, having recourse to the *a contrario* interpretation of Article XI, paragraph 4, would not be an artificial digression. Quite the opposite; it would be in keeping with the object and purpose of the Treaty and the ordinary meaning of its provisions.

#### CONCLUSION

23. Ultimately, Article XI, paragraph 4, of the Treaty of Amity should have been interpreted in light of general international law on the immunities of States and their central banks, as codified in Article 21, paragraph 1, subparagraph (c), of the 2004 United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, and in Article 4, paragraph 2, of the 1972 European Convention on State Immunity, and as set out in Section 1605 (b) (1) of the 1976 FSIA, which provides that "the property of a foreign state shall be immune from attachment and from execution".

24. It should also be noted that the very basis for the United States' measures at issue, namely the amendment to the FSIA by which the legislature introduced a "terrorism exception", the scope of which was enlarged by subsequent legislative amendments, implemented in this case by Executive Order 13599, is not in accordance with the general international law on immunity. As previously stated by the PCIJ in the *Greco-Bulgarian "Communities"* case, "it is a generally accepted principle of international law that . . . the provisions of municipal law cannot prevail over those of the treaty" (*Advisory Opinion, 1930, P.C.I.J., Series B, No. 17, p. 32*). This "fundamental principle of international law" (*Applicability of the Obligation to Arbitrate under Section 21 of the United Nations Headquarters Agreement of 26 June 1947, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1988, p. 34, para. 57*) was also reflected in Article 27 of the Vienna Convention on the Law of Treaties, which states that "[a] party may not invoke the provisions of its internal law as justification for its failure to perform a treaty", and whose customary nature is not in doubt

quer les dispositions de son droit interne comme justifiant la non-exécution d'un traité», et dont le caractère coutumier ne fait pas de doute (*Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2008*, p. 222, par. 124).

25. Il est vrai, en même temps, que «[l']invocation par un Etat d'un droit nouveau ou d'une exception sans précédent au principe pourrait, si elle était partagée par d'autres Etats, tendre à modifier le droit international coutumier» (*Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, *C.I.J. Recueil 1986*, p. 109, par. 207). Toutefois, l'exception des immunités en raison de certains actes déterminés, ainsi qu'elle ressort de la législation américaine, n'a pas été reprise par d'autres Etats. Tout au contraire, ainsi que la Cour l'a relevé en l'affaire relative aux *Immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie; Grèce (intervenant))*, «cet amendement n'a pas d'équivalent dans la législation d'autres Etats. Aucun des Etats qui a légiféré sur la question de l'immunité de l'Etat n'a pris de disposition pour limiter celle-ci en raison de la gravité des actes allégués.» (*Arrêt, C.I.J. Recueil 2012 (I)*, p. 138, par. 88; depuis seul le Canada a adopté une loi similaire.) La Cour en a tiré comme conséquence que, en «l'état actuel du droit international coutumier, un Etat n'est pas privé de l'immunité pour la seule raison qu'il est accusé de violations graves du droit international des droits de l'homme ou du droit international des conflits armés» (*ibid.*, p. 139, par. 91).

26. Ainsi que la Cour l'a déclaré en l'affaire du *Droit de passage sur territoire indien (Portugal c. Inde)*, «[c]'est une règle d'interprétation qu'un texte émanant d'un Gouvernement doit, en principe, être interprété comme produisant et étant destiné à produire des effets conformes et non pas contraires au droit existant» (*exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1957*, p. 142).

27. A la lumière de ce qui précède, je suis d'avis que la deuxième exception d'incompétence soulevée par les Etats-Unis aurait dû être rejetée par la Cour et la question tranchée au stade du fond de l'affaire.

(Signé) Djamchid MOMTAZ.

(*Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Djibouti v. France)*, Judgment, I.C.J. Reports 2008, p. 222, para. 124).

25. At the same time, it is true that “[r]eliance by a State on a novel right or an unprecedented exception to the principle might, if shared in principle by other States, tend towards a modification of customary international law” (*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986, p. 109, para. 207). However, the withdrawal of immunities for certain specified acts, as results from the United States’ legislation, has not been adopted by other States. On the contrary, as noted by the Court in the case concerning *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, “this amendment has no counterpart in the legislation of other States. None of the States which has enacted legislation on the subject of State immunity has made provision for the limitation of immunity on the grounds of the gravity of the acts alleged.” (*Judgment, I.C.J. Reports 2012 (I)*, p. 138, para. 88; only Canada has since adopted similar legislation.) The Court concluded that “under customary international law as it presently stands, a State is not deprived of immunity by reason of the fact that it is accused of serious violations of international human rights law or the international law of armed conflict” (*ibid.*, p. 139, para. 91).

26. As the Court stated in the case concerning *Right of Passage over Indian Territory (Portugal v. India)*, “[i]t is a rule of interpretation that a text emanating from a Government must, in principle, be interpreted as producing and as intended to produce effects in accordance with existing law and not in violation of it” (*Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1957*, p. 142).

27. In light of the above, it is my view that the second preliminary objection to jurisdiction raised by the United States should have been rejected by the Court and the question resolved at the merits stage of the case.

(Signed) Djamchid MOMTAZ.