

SEPARATE OPINION OF JUDGE CHARLESWORTH

Article IV, paragraph 2 — Criteria for the assessment of the exercise of regulatory powers in matters of unlawful expropriation — Reasonableness — A measure of discretion enjoyed by the domestic authorities/regulator — Article X, paragraph 1 — Broad interpretation of the freedom of commerce — Requirement for an “actual impediment” — Article X, paragraph 1, does not preclude regulatory measures with indirect or incidental effects on the freedom of commerce.

1. I agree with much of the Court’s reasoning in this case. In this separate opinion, I address two questions on which I differ from the majority.

2. When discussing Iran’s claims concerning unlawful expropriation under Article IV, paragraph 1, of the Treaty of Amity, the Court’s analysis is premised on sound criteria: that the bona fide non-discriminatory exercise of regulatory powers with a legitimate public welfare purpose does not give rise to compensation, and that such regulatory powers are not unlimited (Judgment, para. 185). Yet the Court does not then apply the criteria that it heralds and that are commonly applied in international practice. Instead, it turns its attention to an enquiry into the unreasonableness of the United States’ measures. I have no doubt that “[r]easonableness is one of the considerations that limit the exercise of the governmental powers” (*ibid.*, para. 186). It does not follow, however, that (un)reasonableness should displace the elaborate criteria for the assessment whether State regulation amounts to unlawful expropriation.

3. The Court relies simply on the breach of Article IV, paragraph 1, to find a breach of Article IV, paragraph 2. In a few lines in paragraph 186, the Court explains that a finding of breach in the context of the obligation against unreasonable measures suffices for the conclusion that the obligation against unlawful expropriation has also been breached. In my view, it is not obvious that the applicable standard under the two obligations is identical, nor that breach of one will necessarily entail breach of the other. As the Court acknowledges in its discussion of the claim under Article IV, paragraph 1, reasonableness is highly contextual (Judgment, para. 146).

4. I note that international jurisprudence tends to recognize that the domestic regulator is vested with a measure of discretion in this connection.

OPINION INDIVIDUELLE DE M^{me} LA JUGE CHARLESWORTH

[Traduction]

Paragraphe 2 de l'article IV — critères permettant d'apprécier l'exercice de pouvoirs de réglementation en matière d'expropriation illicite — Caractère raisonnable — Marge de discrétion reconnue aux autorités nationales et de réglementation — Paragraphe 1 de l'article X — Interprétation extensive de la liberté de commerce — Exigence d'une « entrave effective » — Paragraphe 1 de l'article X n'excluant pas des mesures de réglementation produisant des effets indirects ou incidents sur la liberté de commerce.

1. Je souscris largement au raisonnement de la Cour en l'espèce. Dans le présent exposé, je traiterai de deux points sur lesquels je m'écarte de la majorité.

2. Dans son examen des griefs d'expropriation illicite formulés par l'Iran au titre du paragraphe 1 de l'article IV du traité d'amitié, la Cour se fonde sur des critères éprouvés, à savoir que l'exercice de certains pouvoirs de réglementation, de bonne foi, de façon non discriminatoire et en vue de protéger un intérêt public légitime, n'ouvre pas droit à indemnisation et que lesdits pouvoirs ne sont pas illimités (arrêt, par. 185). Cependant, elle se dispense ensuite d'appliquer ces critères qu'elle préconise et qui sont couramment utilisés dans la pratique internationale, préférant se livrer à une analyse du caractère déraisonnable des mesures prises par les États-Unis. Certes, « [l]e caractère raisonnable ou déraisonnable est l'une des considérations qui limitent l'exercice des pouvoirs de l'État » (*ibid.*, par. 186), mais il ne s'ensuit pas que ce caractère raisonnable ou déraisonnable doive être substitué aux critères éprouvés qui servent à apprécier si une mesure de réglementation adoptée par l'État est assimilable à une expropriation illicite.

3. La Cour se fonde simplement sur la violation du paragraphe 1 de l'article IV pour conclure à la violation du paragraphe 2 du même article. En quelques lignes du paragraphe 186, elle explique que la constatation d'une violation de l'obligation de ne pas prendre de mesures déraisonnables est suffisante pour conclure que l'obligation interdisant l'expropriation illicite a elle aussi été violée. Selon moi, il n'est pas évident que le critère applicable soit le même pour les deux obligations et que la violation de l'une entraîne nécessairement la violation de l'autre. Comme le reconnaît la Cour dans son examen de la demande formulée au titre du paragraphe 1 de l'article IV, ce qui est raisonnable dépend largement du contexte (arrêt, par. 146).

4. Je relève que la jurisprudence internationale tend à reconnaître que l'autorité nationale de réglementation jouit d'une certaine marge de discrétion

In the case of *Philip Morris v. Uruguay*, for example, the tribunal's finding that the impugned measures were adopted in good faith, directed at the legitimate public welfare aim of public health protection and capable of contributing to its achievement, was sufficient to defeat a claim of unlawful expropriation¹. It is up to Iran to demonstrate that the United States' measures "'crosse[d] the line' that separates valid regulatory activity from expropriation"². In my view Iran has not done so here.

5. I am also unable to agree with the Court's finding that a series of measures adopted by the United States violated its obligations under Article X, paragraph 1.

6. Article X, paragraph 1, of the Treaty of Amity provides: "Between the territories of the two High Contracting Parties there shall be freedom of commerce and navigation." I share the Court's endorsement of the broad interpretation of Article X, paragraph 1, adopted in *Oil Platforms* (Judgment, para. 212). I would add that this provision prohibits not only acts impeding commerce but also any act that would impede the *freedom of commerce*³.

7. The Court has also, however, identified limits on the scope of Article X, paragraph 1. In the merits phase of *Oil Platforms*, the Court insisted that there be evidence of "an *actual impediment* [une *entrave effective*] to commerce or navigation"⁴. It rejected the United States' claim of a breach of that provision for lack of evidence that there were actual breaches of commerce or navigation between the territories of the United States and Iran.

8. Following the same approach in this case, the question is whether the United States' measures created an actual impediment to commerce between the Parties. The Court points to three instances of legal interference with commerce between the Parties: Executive Order 13599's blocking of property and interests in property; the FSIA's subjection to attachment and execution of the assets of any Iranian company in which the State holds an interest; and the enforcement proceedings with respect to contractual debts in the telecommunications industry and in the credit card services sector (Judgment, paras. 220-222).

¹ *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay*, ICSID Case No. ARB/10/7, Award of 8 July 2016, para. 306.

² *Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic*, PCA Case No. 2001-4, Partial Award of 17 March 2006, para. 264.

³ *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Preliminary Objection, Judgment, I.C.J. Reports 1996 (II), p. 819, para. 50.

⁴ *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Judgment, I.C.J. Reports 2003, p. 217, para. 123 (emphasis in the original); see already *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Preliminary Objection, Judgment, I.C.J. Reports 1996 (II), p. 819, para. 50: "the possibility must be entertained that [freedom of commerce] could *actually* be impeded as a result of acts . . ." (emphasis added).

en la matière. Dans l'affaire *Philip Morris v. Uruguay*, par exemple, la conclusion du tribunal arbitral selon laquelle les mesures contestées avaient été adoptées de bonne foi, visaient le légitime objectif d'intérêt général qu'est la protection de la santé publique et étaient capables de réaliser cet objectif, lui a suffi pour rejeter un grief d'expropriation illicite¹. Il appartenait donc à l'Iran de démontrer que les mesures américaines avaient « franchi la ligne » de démarcation entre une mesure de réglementation valide et une expropriation². À mon sens, il ne l'a pas fait.

5. Je ne peux pas non plus souscrire à la conclusion de la Cour selon laquelle une série de mesures adoptées par les États-Unis auraient violé les obligations qui leur incombent au regard du paragraphe 1 de l'article X.

6. Le paragraphe 1 de l'article X du traité dispose ce qui suit : « Il y aura liberté de commerce et de navigation entre les territoires des deux Hautes Parties contractantes. » Je partage la décision de la Cour de reprendre l'interprétation large du paragraphe 1 de l'article X qu'elle avait adoptée dans l'affaire des *Plates-formes pétrolières* (arrêt, par. 212). J'ajouterai que cette disposition interdit non seulement les actes qui entravent le commerce, mais encore tout acte qui entrave la *liberté* de commerce³.

7. La Cour a cependant posé des limites à la portée du paragraphe 1 de l'article X. Dans l'arrêt qu'elle a rendu au fond en l'affaire des *Plates-formes pétrolières*, elle a souligné qu'il fallait démontrer qu'il y avait eu « une *entrave effective* [an *actual impediment*] au commerce ou à la navigation »⁴. Elle a rejeté le grief tiré par les États-Unis de la violation de cette disposition au motif qu'ils n'avaient pas démontré qu'il y avait des entraves effectives au commerce entre leur territoire et celui de l'Iran.

8. Si l'on suit la même approche en l'espèce, la question qui se pose est de savoir si les mesures américaines ont créé une entrave effective au commerce entre les Parties. La Cour a relevé trois cas d'entrave juridique au commerce entre les Parties : le décret présidentiel n° 13599, qui a bloqué tous les biens et intérêts dans des biens de l'Iran ; les mesures de saisie et d'exécution auxquelles la FSIA soumet les actifs détenus par une société iranienne à l'égard desquels l'État iranien détient un intérêt ; et les procédures d'exécution relatives à des dettes contractuelles dans le secteur des télécommunications et dans le secteur du service des cartes de crédit (arrêt, par. 220-222).

¹ *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay*, affaire CIRDI n° ARB/10/7, sentence du 8 juillet 2016, par. 306.

² *Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic*, affaire CPA n° 2001-4, sentence partielle du 17 mars 2006, par. 264.

³ *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique)*, exception préliminaire, arrêt, C.I.J. Recueil 1996 (II), p. 819, par. 50.

⁴ *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2003, p. 217, par. 123 (les italiques sont dans l'original) ; voir déjà *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique)*, exception préliminaire, arrêt, C.I.J. Recueil 1996 (II), p. 819, par. 50 : « il faut considérer qu[e] la liberté de commerce] pourrait être *effectivement* entravée du fait d'actes » (les italiques sont de moi).

9. In my view, however, Iran did not produce adequate evidence to establish its claim. Many types of governmental action will affect the conduct of commerce in a multitude of ways. Article X, paragraph 1, cannot be taken to preclude activities that are a regular feature of commercial life, such as the enforcement of judgment debts. It can also not be taken to preclude any regulatory measure that may have indirect or incidental effects on commerce. As the Court held in the preliminary objections phase of the present case, “freedom of commerce cannot cover matters that have no connection, or too tenuous a connection, with the commercial relations between the States Parties to the Treaty”⁵.

10. For that reason, I am not convinced by the Court’s terse finding that Executive Order 13599 and Section 1610 (g) (1) of the FSIA constituted actual impediments to commerce “by [their] own terms” (Judgment, paras. 220-221). As my votes show, I think that the enactment of these measures violated other provisions of the Treaty of Amity. It does not follow, however, that those measures were also in breach of Article X, paragraph 1.

(Signed) Hilary CHARLESWORTH.

⁵ *Certain Iranian Assets (Islamic Republic of Iran v. United States of America), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2019 (I)*, p. 34, para. 79.

9. Selon moi, cependant, l'Iran n'a pas produit de preuves suffisantes pour établir le bien-fondé de sa demande. De nombreux types d'action publique ont une incidence sur la conduite du commerce, et ce, de toutes sortes de façons. Le paragraphe 1 de l'article X ne saurait s'interpréter comme excluant des activités qui sont une composante régulière de la vie commerciale, telle que le recouvrement forcé de créances judiciaires. Il ne saurait non plus s'interpréter comme excluant toute mesure de réglementation susceptible de produire des effets indirects ou incidents sur le commerce. Comme l'a dit la Cour dans son arrêt sur les exceptions préliminaires en l'espèce, «la liberté de commerce ne saurait couvrir des questions qui ne présentent aucun lien, ou qui présentent un lien trop ténu, avec les relations commerciales entre les États parties au traité»⁵.

10. C'est pourquoi je ne suis pas convaincue par la conclusion sommaire de la Cour selon laquelle le décret présidentiel n° 13599 et l'alinéa 1 du paragraphe g) de l'article 1610 de la FSIA constituent, «de par [leurs] termes mêmes», des entraves effectives au commerce (arrêt, par. 220-221). Comme le montrent mes votes, je considère que l'adoption de ces mesures a violé d'autres dispositions du traité d'amitié. Il ne s'ensuit cependant pas que ces mesures constituaient aussi des violations du paragraphe 1 de l'article X.

(Signé) Hilary CHARLESWORTH.

⁵ *Certains actifs iraniens (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2019 (I), p. 34, par. 79.*