

DÉCLARATION DE M. LE JUGE BHANDARI

[Traduction]

Expropriation judiciaire — Critères permettant d'établir que le comportement d'une juridiction interne est constitutif d'expropriation — Décisions d'autres cours et tribunaux internationaux — Regret que la Cour n'a pas développé plus avant son raisonnement et ses motifs.

1. Dans la présente déclaration, j'indiquerai quelles sont, selon moi, les failles du raisonnement de la Cour concernant l'allégation d'expropriation formulée par l'Iran sur le fondement du paragraphe 2 de l'article IV du traité d'amitié. Les passages de l'arrêt consacrés à l'expropriation judiciaire méritaient à mon sens une analyse plus poussée.

2. Le paragraphe 184 de l'arrêt se lit comme suit :

«La Cour estime que des décisions de justice ordonnant que des biens ou des participations dans des biens fassent l'objet de saisies et de mesures d'exécution ne constituent pas par elles-mêmes des actes de dépossession ou d'expropriation. *Elles ne peuvent devenir des actes d'expropriation ouvrant droit à indemnisation que si elles sont entachées d'un élément d'illicéité spécifique.* Un tel élément est présent, dans certains cas, lorsqu'une dépossession de biens résulte d'un déni de justice, ou lorsqu'un organe judiciaire applique des mesures administratives ou législatives contraires au droit international et, ce faisant, entraîne une dépossession de biens. Pour déterminer s'il existe un élément d'illicéité spécifique, il est par conséquent nécessaire d'examiner dans leur ensemble les mesures législatives, administratives et judiciaires prises par les États-Unis.» (Les italiques sont de moi.)

3. Dans ce paragraphe, la Cour traite d'un aspect important des relations économiques internationales et entend énoncer une règle de droit international. Or, son affirmation n'est étayée par aucun précédent ni aucun motif approprié. Selon moi, la Cour devrait faire preuve d'une extrême prudence lorsqu'elle formule ainsi des exposés de droit d'ordre général. Le cas échéant, elle devrait, à tout le moins, s'assurer que ses affirmations résistent à l'examen en les fondant sur l'analyse et les éléments requis. Elle ne l'a pas fait dans le présent arrêt, alors même que d'autres juridictions internationales s'étaient déjà penchées sur cet aspect du droit international de l'expropriation.

4. Si ce paragraphe n'est nullement étayé, c'est cependant peut-être parce qu'il ne correspond pas nécessairement aux interprétations de l'expropriation habituellement retenues dans les décisions des juridictions internes. Aux termes du paragraphe 184,

«[u]n ... élément [d'illicéité] est présent, dans certains cas, lorsqu'une dépossession de biens résulte d'un déni de justice, ou lorsqu'un organe judiciaire applique des mesures administratives ou législatives contraires au droit international et, ce faisant, entraîne une dépossession de biens».

Il s'agit là d'une proposition discutable.

5. Selon l'interprétation généralement adoptée par les juridictions internationales, pour qu'une décision de justice soit constitutive d'expropriation, c'est la décision elle-même qui doit être entachée d'un élément d'illicéité au regard du droit international. Lorsqu'une juridiction ne fait rien d'autre qu'appliquer de manière licite une loi qui, elle, est contraire à une obligation conventionnelle ou n'est pas conforme au droit international de quelque autre manière, cela ne suffit pas nécessairement pour que la décision de justice qui en résulte soit constitutive d'expropriation¹. C'est à cette aune que la Cour semble avoir interprété les faits de l'espèce, puisqu'elle a spécifiquement jugé que «les droits des sociétés iraniennes de comparaître devant les tribunaux américains, d'avancer des arguments juridiques et de former des appels *n'[avaie]nt pas été entravés*». Et la Cour d'ajouter :

«La promulgation de dispositions législatives supprimant certains moyens de défense fondés sur la personnalité juridique distincte et leur application par les tribunaux *ne constituent pas en elles-mêmes un grave manquement dans l'administration de la justice qui équivaille à un déni de justice.*» (Arrêt, par. 143 ; les italiques sont de moi.)

6. Les décisions des tribunaux arbitraux statuant sur les différends opposant des investisseurs à des États, qui sont aujourd'hui les principales juridictions internationales à connaître de réclamations concernant des expropriations, admettent généralement que, pour qu'il y ait expropriation, la décision judiciaire interne *elle-même* doit être entachée d'illicéité. Pour l'essentiel, ces juridictions ont ainsi distingué les décisions de justice légitimes des ingérences abusives. Pour ce faire, en plus de constater que le comportement du pouvoir judiciaire de l'État concerné privait en substance un investisseur de ses droits économiques, elles ont exigé que puisse être démontré un élément d'irrégularité. On notera que, ainsi que l'ont souligné ces tribunaux, conclure à une expropriation judiciaire est l'exception et non la règle. En résumé, on ne peut en règle générale considérer qu'il y a expropriation en l'absence d'une décision judiciaire équivalant à un déni de justice ou emportant violation de toute autre règle de droit international, comme le non-respect du principe de régularité de la procédure ou de certaines garanties de procédure spécifiques prévues par des traités et le droit international coutumier.

7. On trouve confirmation de cette interprétation dans des décisions récentes. Le différend opposant Lion Mexico Consolidated LP aux États-Unis du Mexique, soumis à l'arbitrage en vertu de l'accord de libre-échange

¹ Je relèverai que l'Iran, dans son mémoire, a affirmé que «les tribunaux américains s'[étaient] contentés d'appliquer les lois et décrets présidentiels des États-Unis», voir par. 5.64.

nord-américain (ALENA), portait sur des manœuvres judiciaires et administratives frauduleuses auxquelles s'était livré un débiteur. Dans sa sentence de 2021, le tribunal arbitral saisi de cette affaire a réaffirmé, à titre de règle générale, que, « au regard de l'article 1110 [de l'ALENA], la responsabilité du fait d'une expropriation découlant de décisions de juridictions internes ne p[ouvai]t être engagée que s'il [éta]it constaté qu'il y a[vait] eu un déni de justice »².

8. L'affaire *Krederi v. Ukraine* semble avoir inspiré le présent arrêt. Dans sa sentence de 2018, le tribunal saisi de l'affaire avait observé que, dans le contexte des litiges de droit privé portant sur la propriété de biens meubles ou immeubles, « les décisions de justice [donnant gain de cause à l'une ou l'autre partie au litige] n'[éta]ient pas constitutives d'expropriation »³. Il a ajouté que, si une juridiction concluait à l'invalidité d'un transfert de propriété, « les transferts de propriété qui en résult[ai]ent n'équival[ai]ent pas à une expropriation »⁴. Le tribunal a ensuite précisé que, pour déterminer si l'on était en présence d'une expropriation indirecte ou d'une mesure équivalant à une expropriation dans ces circonstances, il était nécessaire d'établir « la présence d'un élément supplémentaire d'illicéité entachant la procédure ou d'un déni de justice »⁵. Dans cette affaire, le tribunal a jugé qu'il n'y avait pas eu expropriation au motif que le principe de régularité de la procédure avait été respecté dans les procédures judiciaires internes⁶.

9. D'autres décisions de juridictions internationales s'appuient sur des raisonnements analogues. Elles ont pour dénominateur commun le fait que c'est la décision de justice elle-même qui doit être entachée d'un élément d'illicéité. Ainsi, dans l'affaire *Swisslion v. Macedonia*, le tribunal, se prononçant sur une demande relative à une expropriation résultant d'une décision de justice, a conclu que, « [é]tant donné que l'action des juridictions n'[éta]it pas entachée d'illicéité, le premier élément constitutif de l'expropriation alléguée par le requérant n'[éta]it pas établi »⁷. Dans l'affaire *Manolium Processing v. Belarus*, le tribunal a affirmé que

² *Lion Mexico Consolidated LP v. United Mexican States*, affaire CIRDI n° ARB(AF)/15/2, sentence du 20 septembre 2021, par. 188. Pour étayer sa conclusion, le tribunal a cité *The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America*, affaire CIRDI n° ARB(AF)/98/3, sentence du 26 juin 2003, par. 141 : « Le fait que les requérants invoquent l'article 1110 ne conforte en rien la demande présentée sur le fondement de l'article 1105. Dans les circonstances de l'espèce, il ne pourra être fait droit à une demande se rapportant à une appropriation qui aurait été effectuée en violation de l'article 1110 que si Loewen établit qu'un déni de justice a été commis conformément à l'article 1105. » Dans l'affaire *Loewen*, le tribunal a fait appel au critère de l'« injustice manifeste, s'entendant d'une absence de procédure régulière aboutissant à une issue contraire à la bonne règle judiciaire », aux fins de déterminer s'il y avait eu traitement injuste et inéquitable ou déni de justice (*ibid.*, par. 132).

³ *Krederi Ltd. v. Ukraine*, affaire CIRDI n° ARB/14/17, sentence du 28 juillet 2018, par. 709 (les italiques sont de moi).

⁴ *Ibid.* (les italiques sont de moi).

⁵ *Ibid.*, par. 713 (les italiques sont de moi).

⁶ *Ibid.*, par. 715.

⁷ *Swisslion DOO Skopje v. the former Yugoslav Republic of Macedonia*, affaire CIRDI n° ARB/09/16, sentence du 6 juillet 2012, par. 314.

«le critère [à appliquer à une demande relative à une expropriation indirecte fondée sur un arrêt de la Cour suprême du Bélarus] d[eval]it être équivalent à celui utilisé pour les décisions de justice contrares au standard [du traitement juste et équitable]: l'expropriation judiciaire doit résulter d'un déni de justice»⁸.

Le tribunal a estimé qu'il n'y avait pas eu expropriation judiciaire, puisqu'il n'y avait pas eu déni de justice⁹. Dans l'affaire *Muhammet Çap and Sehil v. Turkmenistan*, alors même que les requérants n'avaient pas présenté d'allégations d'expropriation judiciaire dans le cadre de procédures alléguées relatives à la résiliation de contrats, le tribunal a observé que «le niveau de preuve requis pour établir l'expropriation judiciaire [était] élevé et [qu']il n'a[vait] pas été atteint en l'espèce»¹⁰.

10. Certaines juridictions ont retenu à cet égard un niveau de preuve particulièrement élevé. Dans l'affaire *Garanti Koza v. Turkmenistan*, le tribunal a ainsi jugé qu'une saisie de biens ne pouvait être considérée comme une expropriation à moins qu'il existe «un élément d'irrégularité grave et fondamental entachant la procédure»¹¹.

11. De même, on relèvera à titre de comparaison que, dans les différends portés devant la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) concernant la protection de la propriété au titre de l'article 1 du protocole n° 1 à la convention européenne des droits de l'homme et l'ingérence alléguée de systèmes judiciaires nationaux dans l'exercice du droit à la propriété, l'accent est aussi généralement mis sur la procédure judiciaire en elle-même. Par exemple, l'affaire *Vulakh and Others v. Russia* portait sur un litige opposant des parties privées au sujet d'une demande d'indemnisation. La CEDH a indiqué que le rôle de l'État dans un différend relevant de l'article 1 du protocole n° 1 se limitait à fournir le cadre nécessaire pour établir les droits et les obligations de caractère civil des requérants par le biais de son système judiciaire. Même si, comme la CEDH l'a précisé, le fait qu'il prévoie une instance judiciaire ne suffit pas à engager sa responsabilité au titre de l'article 1 du protocole n° 1, «l'État peut être tenu responsable des préjudices résultant de ces décisions si celles-ci ne sont pas conformes au droit interne ou si elles sont entachées d'arbitraire ou manifestement déraisonnables, méconnaissant ainsi l'article 1 du Protocole n° 1»¹². La CEDH a expliqué que, pour assurer

⁸ *OOO Manolium Processing v. Republic of Belarus*, affaire CPA n° 2018-06, sentence finale du 22 juin 2021, par. 591.

⁹ *Ibid.*, par. 592.

¹⁰ *Muhammet Çap and Sehil İnşaat Endustri ve Ticaret Ltd. Sti. v. Turkmenistan*, affaire CIRDI n° ARB/12/6, sentence du 4 mai 2021, par. 950. Le tribunal a relevé que les requérants avaient «été représentés lors des audiences», avaient «exposé leurs arguments», «eu l'occasion de répondre aux griefs formulés dans la requête et [avaie]nt de fait déposé des écritures à cet effet», et «exercé [leur] droit de faire appel», concluant par ces motifs à l'absence de violations du droit à une procédure régulière. *Ibid.*, par. 953-954.

¹¹ *Garanti Koza LLP v. Turkmenistan*, affaire CIRDI n° ARB/11/20, sentence du 19 décembre 2016, par. 365.

¹² *Vulakh and Others v. Russia*, Application No. 33468/03, Judgment, 10 January 2012, par. 44. Voir en outre *Melnychuk v. Ukraine*, Application No. 28743/03, Decision, 5 July 2005, par. 3.

les protections prévues par l'article 1 du protocole n° 1, « les États ont l'obligation de prévoir une procédure judiciaire offrant les garanties procédurales nécessaires et permettant ainsi aux tribunaux nationaux de trancher efficacement et équitablement tout litige éventuel entre particuliers »¹³.

12. Certains tribunaux internationaux se sont montrés moins stricts sur ce point. Bien que cette position se conçoive tout à fait, elle apparaît dans l'ensemble minoritaire. Dans l'affaire *Saipem v. Bangladesh*, le tribunal a affirmé que l'expropriation judiciaire ne supposait pas nécessairement l'existence d'un déni de justice (bien qu'il ait indiqué « partag[er] l'avis des parties selon lequel une expropriation par un tribunal présuppos[ait] que l'intervention de ce dernier soit illégale »)¹⁴. Dans l'affaire *Sistem v. Kyrgyzstan*, les droits de propriété dont jouissait un investisseur à l'égard d'un hôtel avaient été abrogés par suite de décisions du système judiciaire de l'État hôte invalidant un contrat d'achat d'actions. Le tribunal n'a pas examiné séparément la licéité de la décision de justice. Il a jugé que l'abrogation des droits contractuels par l'État équivalait à une expropriation, affirmant que « [l]a décision de la Cour a[vait] tout autant privé le requérant de ses droits de propriété à l'égard de l'hôtel que si l'État avait ordonné son expropriation »¹⁵. Dans l'affaire *Standard Chartered Bank (Hong Kong) v. Tanzania*, le tribunal a indiqué que « des décisions de justice permettant l'action ou l'inaction des autres formes de pouvoir de l'État et privant l'investisseur de ses biens ou de ses droits de propriété demeur[ai]ent susceptibles d'être constitutives d'expropriation ». Et d'ajouter que, « [b]ien qu'un déni de justice puisse dans certains cas donner lieu à une expropriation, cela ne signifie pas pour autant qu'une expropriation judiciaire ne peut se produire que s'il y a déni de justice »¹⁶. Certains tribunaux ont aussi fait droit à des demandes relatives à des expropriations résultant de décisions de juridictions internes lorsque celles-ci s'inscrivaient dans une succession d'actions ou d'omissions, ou dans le cadre d'une action combinée attribuable à l'État¹⁷.

13. Ces éléments montrent clairement que la plupart des décisions internationales vont dans le sens d'une position différente de celle qui a été adoptée dans le présent arrêt. Bien que ces vues n'aient évidemment aucun effet contraignant à l'égard de la Cour, il convient de disposer de raisons suffisantes et de motifs supérieurs pour aller à contre-courant de la jurisprudence

¹³ *Vulakh and Others v. Russia*, Application No. 33468/03, Judgment, 10 January 2012, par. 45.

¹⁴ *Saipem S.p.A. v. The People's Republic of Bangladesh*, affaire CIRDI n° ARB/05/07, sentence du 30 juin 2009, par. 181.

¹⁵ *Sistem Mühendislik İnşaat Sanayi ve Ticaret A.Ş. v. Kyrgyz Republic*, affaire CIRDI n° ARB(AF)/06/1, sentence du 9 septembre 2009, par. 118.

¹⁶ *Standard Chartered Bank (Hong Kong) Limited v. United Republic of Tanzania*, affaire CIRDI n° ARB/15/41, sentence du 11 octobre 2019, par. 279.

¹⁷ Voir, par exemple, *Rumeli A.S. and Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. v. Republic of Kazakhstan*, affaire CIRDI n° ARB/05/16, sentence du 29 juillet 2008, par. 705-715 ; *Antoine Abou Lahoud et Leila Bounafseh-Abou Lahoud c. République démocratique du Congo*, affaire CIRDI n° ARB/10/4, sentence du 7 février 2014, par. 501-505.

internationale. En tout état de cause, et plus encore à la lumière de la position adoptée par la Cour sur ce point, il eût été bon de proposer une analyse plus exhaustive, s'appuyant sur un raisonnement plus poussé et étayée par des sources autorisées, quant à la question de l'expropriation judiciaire.

(Signé) Dalveer BHANDARI.
