DOCTRINE

7 Arbitrage et litiges de guerre

Daniel Mainguy

professeur à l'École de droit de la Sorbonne,
université Paris Panthéon-Sorbonne (Sorbonne Arbitrage)

Résumé

Si l'arbitrage est bien connu des juristes, y compris l'arbitrage interétatique, et notamment ses avantages au regard de procédures étatiques, nationales ou internationales, le concept de « guerre » est moins net. Aux guerres classiques, du type de la guerre en Ukraine, s'ajoutent voire se substituent des agressions de type varié, non-armées, non-militaires, engagées par ou contre des entités privées, par ou contre des États, y compris des litiges ordinaires, d'investissements ou commerciaux, mais dans une « ambiance de guerre ». Ces modes de « guerre atypique » ne font pas l'objet d'un droit international spécifique, à la différence du droit des conflits armés, de telle manière que la place de la guerre, des litiges de guerre, et leur traitement restent à mesurer. Par conséquent, si on peut constater que la guerre est saisie par la pratique arbitrale, et ce dans tous ses compartiments, de la constitution du tribunal arbitral jusqu'à la sentence, en passant par la conduite de l'instance, où règne une difficulté majeure : les normes impératives de ces formes de guerre, normes de sanctions, économiques notamment, ou de comportement, prohibant les violations des droits humains, sont-ils susceptibles d'être saisis par l'arbitre international ? L'évolution, moins de l'arbitrage que du contrôle des sentences arbitrales, voire de la prégnance de ces normes impératives peut-elle conduire à une modification de la mission même de l'arbitre ? À ces questions nombreuses s'ajoute une autre dimension, celle de la saisie de la guerre par le droit de l'arbitrage. De nombreux instruments internationaux appréhendent en effet, de manière principale ou accessoire, le fait de guerre, sans pour autant que l'idée de l'arbitrage comme mode ordinaire de résolution pacifique des litiges, si essentiellement envisagée au début du XX^e siècle, ait permis que cet outil extraordinaire, l'arbitrage, émerge véritablement. Or, face au délitement de l'ordre international, de la critique générale de ses institutions, peut-être est-il temps, voire urgent, d'y revenir.

Summary

While arbitration, including inter-state arbitration, and in particular its advantages over state, national or international proceedings are well known to lawyers, the concept of “war” is less clear. In addition to classic wars, such as the one in Ukraine, there is now a variety of non-armed, non-military acts of aggression by or against private entities, by or against states, including ordinary investment or commercial disputes, but in an

“atmosphere of war”. In contrast to the law of armed conflicts, these forms of “atypical warfare” are not the subject of specific international law. This leaves the place of war, war disputes and their treatment to be measured. Consequently, while war is usually covered by arbitral practice in all its aspects, from the constitution of the arbitral tribunal to the award and the conduct of the proceedings, there is a major difficulty: are the mandatory law of these forms of war, such as economic sanctions or norms of conduct prohibiting human rights violations, likely to be covered by the international arbitrator? Could the development, not so much of arbitration as of the control of arbitral awards, or even of the prevalence of mandatory law, lead to a change in the very mission of the arbitrator? In addition to these many questions, there is another dimension: the way in which arbitration law deals with war. Numerous international instruments deal, primarily or secondarily, with the fact of war, but the idea of arbitration as an ordinary mode of peaceful dispute resolution, so essentially envisaged at the beginning of the twentieth century, has not allowed this extraordinary tool, arbitration, to really emerge. Now, with the disintegration of the international order and the general criticism of its institutions, it is perhaps time, indeed urgent, to return to this subject.

1 – « *La guerre fit les États et les États firent la guerre* », selon la formule du sociologue américain Charles Tilly¹ : la guerre est un fait social, politique, « *une forme de violence qui a pour caractéristique essentielle d'être méthodique et organisée quant aux groupes qui la font et aux manières dont ils la mènent* »². L'arbitrage est un fait social, politique, qui a pour caractéristique essentielle de se présenter comme une méthode privée et rigoureuse de résolution pacifique des conflits, quel qu'en soit le type, fondamentalement alternative à la justice étatique. L'association entre « *arbitrage et litiges de guerre* » paraît ce faisant à la fois naturelle et incongrue, notamment s'il s'agit d'envisager tous les types d'arbitrages, arbitrages commerciaux ou d'investissement, mais également interétatiques, même s'ils sont devenus assez rares, ayant pour objet des « *litiges de guerre* »³.

Depuis la thèse de Fouchard parue en 1965 sur « *l'arbitrage commercial international* », un ensemble riche et foisonnant d'études, de conférences, de thèses, d'ouvrages spécialisés, se présentent souvent comme abordant l'arbitrage et une autre discipline⁴. Ce n'est pas surprenant, le droit de l'arbitrage s'étudie

1. C. Tilly, *Reflections on the History of European State Making*, in C. Tilly (dir.), *The Formation of National States in Western Europe* : Princeton, Princeton University Press, 1975, p. 42.
2. G. Bouthoul, *Traité de polémologie* : Payot, 1991, p. 37 (la polémologie, qu'il a inventée, est une étude sociologique de la guerre).
3. Pour pousser la comparaison, la guerre est « l'art de la dialectique des volontés employant la force pour résoudre leur conflit », ce qui est une définition beaucoup plus large qu'un conflit armé (V. A. Beaufré, *Introduction à la stratégie* : Armand Colin, 1963, Pluriel, 201, rééd. 2023, préf. Th. De Montbrial, spéc. p. 34) et valable aussi pour un « conflit » interentreprise, à cette différence capitale que, pour ce dernier, une action devant un tiers, juge ou arbitre, permet de le résoudre si les parties n'y parviennent pas.
4. Pour un (petit) florilège : Th. Halket, *Arbitration of International Intellectual Property Disputes* : 2e éd., 2021. – J.-B. Racine, *Arbitrage et Intelligence artificielle* : Rev. arb. 2019, p. 1025. – P. Mayer (dir.), *Arbitrage et droit de l'Union européenne* : LexisNexis, 2012. – Th. Clay, *L'articulation harmonieuse de l'arbitrage et des procédures collectives* : D. 2004, p. 3184. – Th. Clay, *Arbitrage et environnement* : Gaz. Pal. 28 et 29 mai 2003 ; Cah. arb., p. 10, n° 1. – Ph. Delebecque, *Arbitrage et droit de la consommation*, in *Nouvelles perspectives en matière d'arbitrage* : Dr. & patr. 2002, p. 46. – Y. Gaudemet, *Arbitrage et droit public* : Dr. & patr. 2002, p. 85. – B. Mallet-Bricourt, *Arbitrage et droit de la famille* : Dr. & patr. mai 2002, n° 104, p. 59. – W. Abdelgawad, *Arbitrage et droit de la concurrence* : LGDJ, 2001. – J.-B. Racine, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public* : LGDJ, 1999. –

en tant que tel, c'est-à-dire comme une technique procédurale spécifique, mais également dans son élément, sa pratique, qui est alors indissociable du fond du litige et des règles qui s'y appliquent : aucune raison, donc, de ne pas tenter celle entre arbitrage et litiges de guerre.

2 – C'est cependant une forme de gageure : il n'existe pas, en effet, un corps de règles *obligatoires* spécifiquement dédiées à l'arbitrage « *de guerre* » ou à des situations litigieuses dans lesquelles une guerre, des faits de guerre ou leurs conséquences se présenteraient comme objet du litige ou surviendraient au cœur de débats arbitraux, ou potentiellement arbitraux, pas davantage que se manifesterait une pratique ordinaire de « *l'arbitrage de guerre* ». Il n'existe pas non plus de règles qui engloberaient l'intégralité des situations de conflits, armés ou non armés.

Deux situations non complémentaires se font face : un droit et une pratique de l'arbitrage *a priori* inadaptés à l'objet du litige observé, et cet objet, la « *guerre* », qui n'est pas, ou plus, véritablement identifiée. Pour autant, le thème de la guerre est tellement présent que l'origine de l'arbitrage international moderne est le résultat d'intenses réflexions sur la meilleure manière de tenter de régler de manière pacifique des litiges interétatiques, depuis la fin du XIX^e siècle⁵.

3 – La question semble, d'un point de vue français et européen, très nouvelle, depuis l'intensification de la guerre en Ukraine, au cœur de l'Europe, où les pays occidentaux se sont intensément engagés financièrement et par fourniture de matériel de guerre en soutien de l'Ukraine, développant des sanctions économiques à l'endroit de personnes ou d'entités nommément désignées, gelant des fonds, interdisant tel type d'activité, sanctions qui s'ajoutent au réseau de sanctions économiques, multilatérales ou unilatérales, souvent moins connues, qui ceignent les relations internationales. La France, notamment, avait, depuis la chute de l'Union soviétique, transformé son outil et son économie militaires autour de deux axes, celui de la dissuasion nucléaire, avec tout l'entourage de haute technicité nécessaire, en termes d'effecteurs (sous-marins lanceurs d'engins, d'attaque, bateaux de détection et contre-détection, avions), de projectiles, de numérisation, de transmission, etc., et de constitution d'une force expéditionnaire, abandonnant le concept de défense du secteur « *centre-Europe* ». Les guerres dont les Français ont éventuellement la mémoire sont donc lointaines, peu connues, et réalisées par des militaires professionnels, même avant l'abandon de la conscription⁶. En d'autres termes, la guerre est désormais une chose exotique, inconnue et, réciproquement, les nouvelles formes de guerre, y

Ph. Fouchard, *Arbitrage et faillite* : *Rev. arb.* 1998, p. 471. – D. Cohen, *Arbitrage et groupe de contrats* : *Rev. arb.* 1997, p. 471. – A. Viandier, *Arbitrage et garanties de passif* : *Rev. arb.* 1994, p. 439. – D. Cohen, *Arbitrage et société* : LGDJ, 1993. – Ch. Jarrosson, *L'arbitrage et la Convention européenne des droits de l'homme* : *Rev. arb.* 1989, p. 573.

5. *V. n° 67 s.*

6. *Comp. M. Goya, Le temps des guépards, la guerre mondiale de la France de 1961 à nos jours* : Tallandier, 2022.

compris non armées et non-militaires, qui se développent de manière majeure sont globalement une nouveauté pour les États-majors occidentaux⁷.

La corrélation entre arbitrage, comme technique de résolution pacifique des conflits interétatiques ou interentreprises, et guerre(s) est alors assez difficile à saisir dans la mesure où l'arbitrage est une technique *subsidaire* et *éventuelle* de résolution des litiges en général, de guerre en particulier, alors même que cette notion de « *litiges de guerre* », pour employer cette formule englobante, est elle-même très difficile à appréhender.

4 – L'arbitrage, technique éventuelle et subsidiaire de résolution des conflits armés. – L'arbitrage, international ou interne, commercial ou d'investissement, est en général considéré comme une question de droit privé, de droit des affaires, où une méthode alternative au recours au juge est choisie, sur la base d'un accord de volonté. La formule selon laquelle l'arbitre est le juge naturel des litiges commerciaux internationaux résume cette perspective.

Il s'agit ainsi d'une part d'éviter que des discussions procédurales, longues et potentiellement dilatoires, se développent sur des questions aussi essentielles que la détermination de la compétence juridictionnelle ou du droit applicable au litige ou à la question substantielle à trancher, à travers notamment, la compétence du tribunal arbitral à saisir ou encore la force, variable selon les droits étatiques du siège de l'arbitrage, du principe de l'autonomie de la convention d'arbitrage et du principe compétence-compétence.

Il s'agit d'autre part d'éviter tout juge étatique, c'est-à-dire toute localisation juridique d'un litige où les parties pourraient soupçonner le juge de désinternationaliser le litige, d'être objet de pressions nationales, d'y insérer ses propres intérêts, préjugés, règles, etc., mais également de pratiquer une forme de justice véritablement alternative par le recours à des arbitres. Ceux-ci sont choisis pour leur renommée, leurs compétences diverses (arbitrale, substantielle, linguistique, culturelle, etc.⁸) ou leur expérience, mais aussi pour le fait que les arbitres n'ont pas de *for* : ils développent une justice transnationale, sur le fondement de règles déterminées par les parties et, à défaut, par les arbitres eux-mêmes.

5 – Par ailleurs, trois caractéristiques spécifiques du droit de l'arbitrage international doivent être ici relevées.

La première tient au fait qu'il n'existe pas de droit international, conventionnel, de l'arbitrage international, sinon en amont sur le principe de la validité des conventions d'arbitrages et en aval pour faciliter l'exécution et la reconnaissance des sentences étrangères par la Convention de New York du 10 juin 1958. Entre les deux, le droit de l'arbitrage international est interne⁹ et son efficacité dépend donc de la qualité de la réception de l'arbitrage par telle ou telle législation interne. Certains de ces droits étatiques sont très favorables à l'accueil et au développement d'un arbitrage international, c'est le cas principalement du droit français ; d'autres le sont beaucoup moins, notamment ceux des États autori-

7. V. J. Feraudez, J.-B. Jeangène Vilmer et J. Massie (dir.), *Les nouvelles formes de guerre : Le Rubicon*, 2022.

8. V. J. El Ahdab et D. Mainguy, *Droit de l'arbitrage, théorie et pratique* : LexisNexis, 2021.

9. S. Bollée, *Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des sentences arbitrales* : Economica, 2005.

taires. À cette situation, il faut apporter un tempérament, lié à la *pratique de l'arbitrage international* qui s'effectue principalement par leur administration par des centres d'arbitrage, qui développent, entre autres instruments, des règlements d'arbitrage, dont certains, comme celui de la Chambre de commerce internationale, connaissent un succès qui dépasse, et de très loin, les frontières françaises et même les arbitrages administrés. Il existe donc un droit international de source privée de l'arbitrage international, qui suppose cependant sa réception dans un État donné, celui éventuellement du juge d'appui à la constitution du tribunal arbitral, celui du contrôle de la validité de la sentence arbitrale et celui de l'exécution de celle-ci.

6 – La deuxième caractéristique repose sur deux contraintes majeures du droit de l'arbitrage : le caractère conventionnel de l'institution et l'impossibilité pour un tribunal arbitral de se substituer à un juge étatique pour ce qui relève de son autorité, c'est-à-dire le prononcé de décisions ou de sanctions qui lui sont réservées.

Le caractère conventionnel de l'arbitrage emporte deux effets, un inconvénient et un avantage (au moins). L'inconvénient est que ce caractère limite par hypothèse les possibilités d'introduire une demande d'arbitrage. Or, comme il n'existe pas de règle générale assurant un recours obligatoire à l'arbitrage dans des situations de guerre, militaire ou atypique, sinon de manière parcellaire ou isolée, l'arbitrage devient donc une technique *subsidaire* de résolution de tels litiges. Le moyen principal, cependant, une action devant un juge étatique, n'existe pas davantage, sinon le recours à la Cour internationale de justice ou à des juges étatiques nationaux, mais disposant d'une légitimité moins forte en raison d'un parfum de partialité par l'un ou les deux protagonistes à leur endroit ou, s'agissant des juges étatiques, une forme de répugnance ou d'incapacité technique à recevoir ces litiges originaux. Du premier sentiment résulte la très discutable question du *forum non conveniens* qui permet à un juge de se débarrasser du litige encombrant en invitant les parties à identifier un juge plus compétent¹⁰ ; du second, une forme de résignation devant l'obstacle¹¹. Pour pallier ces situations, diverses réactions peuvent être observées. C'est le cas par exemple de législations assurant un « *for de nécessité* », notamment en cas de difficulté de constitution d'un tribunal arbitral, voire une compétence universelle. Cette dernière existe en Espagne et, pendant quelques années en Belgique, ou, de manière limitée dans d'autres pays, dont la France. Par ailleurs, en France

10. *V. par ex.* : E. Pataut, *Principe de souveraineté et conflits de juridictions (étude de droit international privé)* : LGDJ, 1999, spéc. n° 178. – G. Goldstein, *Le forum non conveniens en droit civil, Analyse comparative à la lueur du droit international privé du Québec et du Japon* : Rev. crit. DIP 2016, p. 51. – P. Herzog, *La théorie du forum non conveniens en droit anglo-américain : un aperçu* : Rev. crit. DIP 1976, p. 1. – B. Schneider, *Le forum conveniens et le forum non conveniens (en droit écossais, anglais et américain)* : RID comp. 1975, p. 608. – L. d'Avout, *L'entreprise et les conflits internationaux de lois* : RCADI 2019, t. 397, n° 241.
11. *V. sur la question du « devoir de vigilance »* : TJ Paris, réf., 28 févr. 2023, n° 22/53943 et 22/53942 : D. 2023, p. 975, obs. V. Monteillet et G. Leray ; JCP E 2023, 1086, note J.-B. Barbiéri ; Dalloz actualité, 7 mars 2023, note C. Hélaine, 13 avr. 2023, note O. Ilcheva. – Depuis, la création de la chambre des contentieux émergents, au sein de la cour d'appel de Paris, permettra peut-être d'affronter l'obstacle (V. CA Paris, Pôle 4, ch. 12, 18 juin 2024, n° 23/14348, 21/22319 et 23/10583).

par exemple, on peut observer une nette amélioration de l'accueil de ce type de litiges par la création de la chambre commerciale internationale de la cour d'appel de Paris, depuis 2018, ou de la Chambre des Contentieux émergents notamment pour des questions relevant du « *devoir de vigilance* » et de la responsabilité écologique, en 2024. Le constat général cependant est l'absence de technique générale de résolution « *pacifique* » des litiges de ce type.

L'avantage principal, en revanche, du recours de l'arbitrage tient à ce que les parties à une convention d'arbitrage sont libres de convenir pratiquement l'ensemble des règles de procédure, de choisir les arbitres, sauf les quelques rares cas de centres d'arbitrage prévoyant une « *liste fermée* » d'arbitres, en fonction de critères déterminés en commun par les parties. Par ailleurs, un autre principe cardinal du droit de l'arbitrage international est celui de l'indépendance et de l'impartialité des arbitres, qualités nécessaires et soulignées par tous les droits et règlements d'arbitrage, et de plus en plus aisément contrôlables avec les outils informatiques de « *Conflict check* » et de recherche en « *sources ouvertes* » dite « *OSINT* » (*Open Source Intelligence*) qui facilitent la réactivité des parties à un sentiment de dépendance ou de partialité. Cette exigence est essentielle : c'est l'une de celles qui fait la différence entre une justice institutionnelle, étatique ou interétatique, et une justice arbitrale. Cette différence n'est pas substantielle, les juges en général sont compétents et impartiaux, mais psychologique : les moyens permettant de prévenir et de sanctionner un défaut d'indépendance et d'impartialité sont incomparablement plus importants en matière d'arbitrage. Au-delà, tout, dans la procédure arbitrale, favorise l'égalité des parties, l'égalité des armes, la discutabilité de tous les arguments, des parties, experts, témoins, examinés et contre-examinés, dans des audiences d'une durée nécessaire à l'importance du litige, etc. Un procès arbitral international sérieux est une sorte de cour d'assises, sur mesure. De cet ensemble de remarques, cette nécessaire « *privatisation* » des contentieux par le recours à l'arbitrage est ici un préjugé sans autre fondement que l'expérience arbitrale internationale acquise depuis plus de 100 ans : tout, dans cette présentation rapide, milite *a fortiori* pour une telle institution afin de résoudre quelque litige que ce soit, y compris interétatique.

7 – L'imprécision des notions de « guerre » ou de « litige de guerre ». – Si la première partie de l'équation, « *arbitrage* », est bien connue et bien bornée, il n'en est pas de même de la seconde, la « *guerre* ». La guerre en effet n'est pas, ou n'est plus, un concept juridique clairement identifié. Plus exactement la guerre militaire, armée, entre deux puissances étatiques est le modèle déterminant de ce que l'on désigne en général par « *guerre* », à la fois dans la Charte des Nations Unies ou les Conventions de La Haye de 1899 et 1907 et les Conventions de Genève de 1949, avec toutes sortes de formules synonymes : « *utilisation de la force armée* », « *conflit armé* », etc. Chacun saisit cependant ce qu'une guerre, réelle ou potentielle, représente, en termes de violence, de puissance de destruction, de pertes humaines, culturelles, économiques, de valeurs, etc. C'est la raison du principe de l'interdiction du recours à la force armée pour résoudre un litige et du monopole étatique de la violence légitime, militaire ou de police : toute autre violence est *a priori* illicite et criminelle.

Si le droit de l'arbitrage a été capable de saisir l'objet guerre tel qu'il se dessinait dans les conventions de 1899 et 1907, même sans pouvoir *imposer* un tel arbitrage (interétatique), il n'est pas certain que la justice étatique, interne ou internationale, ou arbitrale soit en mesure d'appréhender le concept de guerre tel qu'il se renouvelle et se manifeste, en gros depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale. Les guerres, au sens où on les entendait alors, se produisent et se renouvellent sans cesse. Ces guerres « *traditionnelles* », entre États, du type de la guerre en Ukraine, sans avoir disparu, sont cependant plus rares que des situations de conflits dans lesquels ce ne sont pas deux puissances qui s'affrontent en un engagement majeur, mais une puissance étatique contre des groupes plus ou moins informels, rebelles, terroristes, révolutionnaires, insurgés, émeutiers, sécessionnistes, etc., dans lesquels, si l'idée de « *guerre* » est bien présente, il est beaucoup plus difficile de cerner la qualification de « *partie à un conflit armé* » de l'un des protagonistes, et donc de celle de « *civil* » au sens de l'article 3 des Conventions de Genève. Pire, certaines de ces situations, même ultraviolentes, ne sont pas nécessairement comprises ou traitées comme des situations de guerre. En d'autres termes, l'opposition entre le *droit de la guerre*, principalement international (public), et le *droit des autres formes de violences*, *a priori* interne et pénal, éventuellement international, est devenue beaucoup moins évidente.

8 – La pleine mesure des « *temps de la guerre* » importe également dans la compréhension des « *litiges de guerre* ». La formule « *compétition, contestation, affrontement* »¹² qui a remplacé celle de « *paix, crise, guerre* », rend bien mieux compte de ce que ces trois temps qui peuvent se succéder représentent en termes de glissement croissant d'attitudes agressives, aux conséquences juridiques différentes.

Durant le temps de la « *compétition* » qui est celui des relations ordinaires entre États, l'état de « *paix* » si l'on préfère, des mesures agressives ne sont pas inconnues. Des règles de concurrence, de droit financier ou des investissements musclés, des formes d'application extraterritoriale de règles internes, de compétence universelle, d'influence, etc., sont, déjà, vécues parfois comme des agressions.

Le temps de la « *contestation* » ajoute des agressions plus intenses et plus directes comme des mesures de sanctions économiques, des ingérences par des opérations d'espionnage, de cyber-attaque, de campagnes de désinformation ou de manipulation de l'information, militaires ou paramilitaires, plus ou moins attribuables à un État. Dans ces deux temps, le droit de l'Union européenne utilise les termes de « *coercition économique* » dans le règlement (UE) 2023/2675 du 22 novembre 2023 relatif à la protection de l'Union et de ses États membres contre la coercition économique exercée par des pays tiers. Celle-ci est définie dans son article 2 comme le fait qu'un « *pays tiers applique ou menace d'appliquer une mesure d'un pays tiers affectant le commerce ou les investissements dans le but d'empêcher la cessation, la modification ou l'adoption d'un acte particulier par*

12. Th. Burckhard, *Vision stratégique du Chef d'État-Major des armées*, oct. 2021.

l'Union ou un État membre ou d'obtenir, de l'Union ou d'un État membre, la cessation, la modification ou l'adoption d'un acte particulier, et ce faisant interfère dans les choix souverains légitimes de l'Union ou d'un État membre » de manière à permettre, éventuellement, des mesures de riposte appropriées.

Enfin, le temps de l'« *affrontement* », celui de la guerre proprement dite, ajoute encore l'ensemble des règles du droit des conflits armés. Une difficulté apparaît cependant, celle des actions étatiques « *sous le seuil de la guerre* », où l'on trouve des opérations de guerre cyber, de manipulation massive de l'information, etc., mais également de soutien ou de financement d'actions terroristes, voire des opérations militaires proprement dites¹³. Ces actions sont difficiles à classer, entre le temps de la « *contestation* » et celui de « *l'affrontement* ».

Il serait quoi qu'il en soit erroné de considérer trop rapidement que seul le temps de l'« *affrontement* », à nos portes depuis 2014, crée des situations d'agression, des « *litiges de guerre* » ; il ne fait qu'y ajouter une intensité supplémentaire de règles, qui n'écrasent pas les autres.

9 – Dès lors, il n'est pas insensé de considérer qu'à des situations de guerre « *classique* », nous disons « *typique* », s'ajoutent des situations nouvelles qui peuvent être, selon les cas, considérées comme des guerres, comme des actes criminels, voire autres. Un certain nombre de situations peuvent être comprises et ressenties comme des agressions, dans une « *ambiance de guerre* », que nous qualifions de « *guerres atypiques* », tout en étant conscient du caractère totalement surdimensionné de l'utilisation du mot « *guerre* ». L'utilisation hyperbolique de ce terme vise précisément, dans une logique simplement juridique, à opposer le droit des « *guerres typiques* », celui des conflits armés, à un droit, à identifier, des « *guerres atypiques* », c'est-à-dire non-armées et non-militaires. Ces dernières se déroulent de manière hétéronome ou autonome. Elles peuvent accompagner une guerre « *typique* »¹⁴ ou se dérouler indépendamment, à bas bruit parfois, dans des situations dans lesquelles des acteurs de type variés s'affrontent. Ils peuvent d'ailleurs être militaires, mais sans se « *faire la guerre* » car non-armés, à tout le moins du point de vue du droit de la guerre, ou non-militaires : des litiges entre un État et une entreprise, dans le cas d'un investissement par exemple, ou dans lesquels des entités privées émergent, des sociétés militaires privées, des sociétés criminelles, des associations aux buts variés, où, au-delà du litige lui-même, sont en jeu des intérêts étatiques qui sont ou ressemblent à ceux qui seraient associés à une guerre (typique). Ils peuvent même être purement commerciaux, mais dans un contexte, une ambiance de guerre, ce qui en perturbe le déroulement ou la compréhension.

10 – Nous considérerons donc, ici, le terme « *guerre* » comme signifiant, par simplification de vocabulaire, à la fois des conflits armés, internationaux ou

13. On considère en général qu'une guerre (ou un « *conflit majeur* ») est celle qui fait 1 000 morts au moins par an. En dessous, il s'agit d'un conflit dit « *mineur* » (V. B. Tertrais, *La guerre : Que sais-je*, 2023, p. 9). Notons que pour le combattant ou les victimes civiles, petite ou grande, la guerre est toujours de « *haute intensité* ».

14. V. L. Chan-Tung, *La juridictionnalisation de la guerre en Ukraine à l'épreuve du crime d'agression en droit international* : *JDI* 2024, *doctr.* 3, p. 55.

non-internationaux au sens du droit des conflits armés, mais aussi des « *conflits* », non-armés et/ou non-militaires, impliquant un ou des États, des entités privées quelconques, et dans lesquels un intérêt étatique majeur est en jeu : un intérêt de souveraineté ou régalien, économique, financier, pénal, environnemental, politique, culturel, etc., qui peut être interne et qui devient souvent international, par une forme de « *flux* » matériel ou immatériel traversant une frontière, pour reprendre les canons de la définition d'une situation d'extranéité en droit français.

Sont de telles guerres, peu important ici qu'en droit militaire elles ne soient pas considérées ainsi, des campagnes de manipulation de l'information, des intrusions cyber, des situations dites de « *guerre économique* », dont des questions d'application extraterritoriale de règles internes notamment lorsqu'elles sont perçues comme exagérées, des hypothèses susceptibles d'être considérées comme des mesures équivalentes à des expropriations ou des traitements non-équitables d'un investisseur étranger alors que les deux États sont concernés entretiennent des relations conflictuelles, froides ou chaudes, des situations « *hyper-pénales* » comme des actions criminelles d'envergure (trafics d'êtres humains, d'armes, de drogue, cybercriminalité, etc.) ou de terrorisme, à bas bruit ou fracassants, et leurs soutiens, leurs financements (internes et internationaux), des litiges commerciaux dans une situation de guerre ou de tensions intenses impliquant par exemple des normes posant des sanctions économiques de sources et de formes variées qui se croisent parfois en un conflit nouveau de normes, des litiges dans lesquels des violations graves des droits humains, environnementaux, sanitaires notamment sont en jeu¹⁵. En revanche, ne sont pas de telles « *guerres* » des événements, aussi graves seraient-ils, qui ne dépendent pas d'un acte de volonté qui les déclenche immédiatement, comme des catastrophes écologiques, climatiques, sismologiques. Ne le sont pas non plus des litiges d'investissement ou commerciaux, aussi importants soient-ils (et parfois improprement qualifiés d'actes de « *guerre économique* »), dans lesquels on ne retrouve pas d'enjeu étatique majeur.

Toutes ces situations, peu important leurs objectifs, leurs moyens, leurs intentions, leur légitimité, leur attribuabilité, leur légalité, etc., sont souvent vécues comme des *agressions*, non saisies par le droit des conflits armés, soit parce que même si elles sont militarisées, elles sont situées en dessous du « *seuil de la guerre* », soit parce qu'elles apparaissent comme non-armées et non-militaires ou armées et non-militaires (hypothèse d'une agression armée conduite par une société militaire privée ou criminelle) et dépassent le cadre ordinaire du droit des relations internationales *privées* : cet espace, vide de toute règle internationale conventionnelle, et dans lesquelles nous avons par ailleurs tenté d'identifier un corps de règles internationales d'origine coutumière, appliquées de manière isolée ou parcellaire par des juges étatiques ou arbitraux. Cette « *zone grise* », ou

15. V. M. du Bouexic de Pinieux, *Entreprise et dignité humaine, Th. Paris I, 2022.* – L. d'Avout, *L'entreprise et les conflits internationaux de lois : RCADI, t. 397, 2019.* – V. aussi, B. Parance (dir.), *La défense de l'intérêt général par les associations : intérêt général versus intérêts collectifs : LGDJ, coll. Grands colloques, 2015.*

intermédiaire, associée au cas, même marginal, des guerres typiques, est l'objet de l'association « *arbitrage et litiges de guerre* ».

11 – **Points de vue à adopter.** – L'appréciation de cette association, arbitrage et litiges de guerre, varie par ailleurs selon que l'on se place d'un point de vue extérieur, celui du « *droit* » et donc celui de ses observateurs et commentateurs, etc., d'un point de vue judiciaire, celui du juge qui aura à apprécier la validité d'une sentence arbitrale « *de guerre* » ou du point de vue de l'arbitre ou des conseils des parties, c'est-à-dire ce que l'on appelle la « *pratique* » arbitrale. L'arbitre international, en effet, et ce sera souvent répété, n'a pas de *for* : toutes les normes sont pour lui des *lois étrangères*, y compris les lois de police qui sont pour lui des normes impératives *étrangères*, sauf peut-être celles qui sont intégrées dans la norme du litige qu'il a à trancher, et ce dans des conditions à discuter¹⁶, voire des normes impératives internationales.

En outre, si les parties choisissent la voie de l'arbitrage, c'est précisément et surtout pour ne pas que le litige soit saisi comme il le serait par un juge étatique, national ou international. L'arbitre international se doit d'être *neutre*, impartial, de telle manière que son opinion personnelle sur telle question et, notamment ici, de politique internationale, n'intéresse pas les parties et doit même être étrangère à sa manière de trancher le litige : les parties se doutent qu'il a une opinion sur tel point de droit ou telle question politique, mais l'arbitre doit la taire : « *un arbitre, ça s'empêche* », pour plagier Albert Camus.

C'est là toute la difficulté de l'appréciation de deux contraintes entre, d'une part, une neutralité attendue de l'arbitre et, d'autre part, un ensemble de normes impératives (disons de « *guerre* ») qui sont, au contraire, très fortement connotées moralement et politiquement. Peu importe ici, alors, la question de la validité ou de la légitimité de ces faits de guerre, d'un point de vue moral ou juridique : la guerre, quelle qu'en soit la forme est évidemment une perturbation majeure de l'ordre juridique international et des ordres internes des pays affectés, des échanges économiques, de la sécurité individuelle et collective des citoyens, pour leur vie même, mais également leur sécurité économique, sociale, culturelle, etc. La guerre est interdite par principe¹⁷, sauf quelques exceptions, en cas de légitime défense, d'accord d'assistance ou de décision du Conseil de sécurité¹⁸. Les faits de guerre sont contrôlés par les règles du droit international humanitaire, tandis que les faits de guerre atypiques, qui sont, finalement, peu saisis juridiquement ou en tout cas de manière parcellaire et anarchique, peuvent l'être par analogie, pensons-nous, avec les principes directeurs du droit de la guerre ou des investissements étrangers. Sauf hypothèse d'un arbitrage interétatique dont l'objet serait précisément de trancher la validité et l'attribution de tel fait de guerre, cette question de validité n'est pas du ressort de la mission de l'arbitre commercial ou d'investissement.

16. V. n° 40.

17. *Charte des Nations Unies*, art. 2(4).

18. *Charte*, art. 51.

12 – « *Arbitrage et litiges de guerre* » dès lors, devient un thème flou où beaucoup de confusions peuvent être faites, auxquelles nous n'échapperons d'ailleurs sans doute pas. S'y mêlent des considérations qui pourraient être du domaine des arbitrages interétatiques, d'investissement ou commerciaux, alors pourtant que l'origine de l'arbitrage international, quel que soit son deuxième qualificatif, était fondée sur la même base, celle du souvenir de l'affaire *Alabama*, fondatrice mythique du droit moderne de l'arbitrage international et des tentatives de promotion des modes de résolution d'un conflit (interétatique ou non) majeur par voie d'arbitrage. Dans ces litiges de guerre réglés par voie d'arbitrage, des logiques de droit de la guerre, sous toutes ses formes, se présentent souvent sous des formes connues : force majeure, imprévision, résiliation d'un contrat, changement de frontières, sanctions économiques diverses, *compliance* et élargissement du concept d'ordre public international, etc. Plus complexe ou plus nouvelle est l'attention que les arbitres doivent ou peuvent (le choix des termes est ici essentiel et discuté) porter aux normes impératives qui sous-tendent ces litiges de guerre. La relation entre l'arbitrage *Alabama*, fondé sur un traité, et l'arbitrage *Sultanat de Sulu*¹⁹, invraisemblable affaire du début du XXI^e siècle, montre que l'on a peut-être perdu le savoir-faire, ou la sagesse, des arbitres de l'affaire *Alabama* et des États ayant conclu l'accord permettant sa tenue.

13 – Si donc, arbitrage et guerre ne sont pas des associations inconnues de concepts connus, il demeure que le développement considérable du premier, comme outil de résolution des litiges internationaux privés ou publics, saisit nécessairement les formes de la guerre, quelles qu'elles soient. Encore faut-il le démontrer et le mesurer.

Pour cela, il convient d'observer, d'abord, la manière dont la guerre, toujours sous des formes diffuses, est saisie par la *pratique arbitrale*, qui inclut la sentence et sa réception éventuelle par le juge étatique, le *litige arbitral* donc, qui concerne principalement les arbitres et les parties (I). À supposer que ce soit le cas, il importera de mesurer si et comment la guerre est saisie par le *droit de l'arbitrage* (II), même en survolant les principales situations et règles concernées, en ayant bien conscience qu'elles sont objectivement rares, peut-être d'ailleurs par manque de conscience des enjeux réels d'un litige ou des moyens, culturels, juridiques ou matériels, pour les traiter, et sans doute imparfaites, justifiant quelques propositions.

I. – LA GUERRE SAISIE PAR LE LITIGE ARBITRAL

14 – Au-delà des règles du droit de l'arbitrage qui porteraient sur le principe de situations de guerre, de manière plus ou moins directe, les *faits de guerre*, et plus globalement les litiges impliquant un intérêt étatique majeur, apparaissent parfois dans des arbitrages, lesquels sont susceptibles de modifier, parfois de manière importante, le litige principal lui-même, commercial ou d'investisse-

19. V. n° 47.

ment, ce que l'on peut mesurer à tous les stades de l'arbitrage, celui de la convention d'arbitrage (A), de l'instance (B) et de la sentence arbitrale (C).

A. – La guerre saisie par la convention d'arbitrage

15 – L'arbitrage est, par nature, une institution fondée sur l'expression d'une volonté, au moment de la survenance d'un litige, par un compromis, ou de manière anticipée, dans un contrat ou un traité international, directement ou par référence, *via* une clause d'arbitrage. Le droit français de l'arbitrage international se caractérise par son accueil très favorable accordé aux conventions d'arbitrage. Un certain nombre d'obstacles peuvent cependant surgir, dont la question de l'arbitrabilité du litige, qui n'est pas une question très difficile à saisir (1°), ou liés à la présence d'un État, au regard du principe de l'immunité de juridiction (2°)

1° Convention d'arbitrage et arbitrabilité d'un « litige de guerre »

16 – L'argument de l'inarbitrabilité d'un litige en raison des enjeux d'intérêt général dont il est l'objet peut prospérer selon deux fondements, celui de l'inarbitrabilité dite « *objective* », c'est-à-dire liée à la nature du litige, ou « *subjective* », c'est-à-dire aux qualités des parties. Sans entrer ici dans le détail²⁰, la question est réglée en droit de l'arbitrage interne par les articles 2059 et 2060 du Code civil pour interdire de compromettre dans les « *matières qui intéressent l'ordre public* » ou qui concernent les « *personnes publiques* », dont le contenu a été peu à peu vidé de son contenu. La « *réserve d'ordre public* » ne concerne en réalité que les hypothèses dans lesquelles l'arbitre aurait vocation à se substituer à un juge étatique pour prononcer, par exemple, un divorce, une sanction pénale, concurrentielle²¹, etc., c'est-à-dire une décision dont un État (tout État en réalité) se réserve le prononcé.

En outre, en matière d'arbitrage international, les articles 2059 et 2060 du Code civil ne sont pas applicables. Il est donc acquis que le litige portant sur un tel objet est arbitral, ce qui justifie des demandes déclaratoires des parties, peu important l'intensité de l'ordre public en jeu, par exemple l'existence d'une sanction économique, les conséquences d'un acte de guerre, etc. Ce n'est pas une question d'arbitrabilité du litige mais éventuellement de validité de la sentence²² : l'arbitrabilité d'un litige international est admise même si des lois de

20. V. M. Audit, S. Bollée et P. Callé, *Droit du commerce international et des investissements étrangers* : LGDJ, 3^e éd., 2021, n° 147, p. 884 et 973. – J.-B. Racine, *Droit de l'arbitrage* : Puf, 2016, n° 485 et s. – Ch. Seraglini et J. Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international* : LGDJ, 2^e éd., 2021, n° 228 et s. et 738 et s. – J. El Ahdab et D. Mainguy, *Droit de l'arbitrage, Théorie et pratique* : LexisNexis, 2021, n° 257 et s.

21. V. J. El Ahdab et D. Mainguy, *Droit de l'arbitrage, Théorie et pratique* : LexisNexis, 2021, n° 264.

22. V. en droit français : CA Paris, 19 mai 1993, *Sté Labinal c/ Sté Mors et Westland Aerospace* : RTD com. 1993, p. 492, obs. Dubarry et Loquin ; Rev. arb. 1993, p. 645, note Ch. Jarrosson ; JDI 1993, p. 957, note L. Idot ; Europe 1993, comm. 299, obs. L. Idot : « Si le caractère de loi de police économique de la règle communautaire du droit de la concurrence interdit aux arbitres de prononcer des injonctions ou des amendes, ils peuvent néanmoins tirer les conséquences civiles d'un comportement jugé illicite au regard des règles d'ordre public pouvant être directement appliquées aux relations des parties en cause ». – V. aussi, CA Paris, 1^{er} févr. 2022, n° 15/2022, *Augusta* : Dalloz actualité, 16 mars 2022, obs. J. Jourdan-Marques ;

police françaises et éventuellement étrangères, intéressent le litige et en présence de règles relevant de l'ordre public international²³. L'arrêt *Ganz* de la cour d'appel de Paris, en 1991 énonçait le principe selon lequel les litiges touchant au plus près de l'ordre public international ne sont pas arbitrables, mais leurs effets le demeurent, donc leur application²⁴.

17 – L'affaire dite des « *frégates de Taïwan* » en offre un rare mais éclatant exemple. Dans cette affaire spectaculaire, *Thomson-CSF* (devenue *Thalès*) avait en 1991 cédé des frégates à la Marine de Taïwan, à travers plusieurs types de contrats, dont le « *contrat Bravo* », comprenant une clause compromissoire et une clause que l'on appellerait aujourd'hui de « *compliance* », imposant de ne pas commettre d'actes de corruption. *Thomson* avait versé des commissions à la République populaire de Chine pour qu'elle ne s'en émeuve pas, le tout articulé à des rétrocommissions à des Français, et le déclenchement d'un arbitrage. *Thalès* y demandait un sursis à statuer mais surtout, l'incompétence du tribunal arbitral du fait du caractère inarbitrable du litige en raison du « *classement secret défense de son objet ou des éléments de preuve* » de l'ensemble qui ferait obstacle à une défense efficace, donc au respect du principe du contradictoire. Le tribunal arbitral avait rendu une sentence partielle le 6 septembre 2004 reconnaissant sa compétence, l'arbitrabilité du litige et le fait que *Thalès* avait bien bénéficié d'un procès équitable. Aux termes d'un ensemble de recours contre la sentence partielle²⁵, puis la sentence finale²⁶, l'arbitrabilité d'un litige dont l'objet était

Gaz. Pal. 2022, n° 15, p. 13, obs. L. Larrivière : « des sanctions internationales résultant de résolutions du Conseil de sécurité des Nations unies, en ce qu'elles ont pour objet de contribuer au maintien ou au rétablissement de la paix et de la sécurité internationales, portent des règles et des valeurs dont il convient de considérer que l'ordre juridique français ne peut souffrir la méconnaissance, et ce faisant relèvent de la conception française de l'ordre public international » mais que, sur la compétence du tribunal arbitral, « il ne résulte pas de ces textes que ceux-ci puissent s'opposer à un examen par un tribunal étatique ou arbitral d'une demande liée à un contrat susceptible d'être affecté par ces mesures d'embargo, voire même de déclarer recevable une telle demande, après avoir estimé qu'elle ne rentrerait pas dans le périmètre de ces mesures, tant qu'il n'a pas statué sur le bien-fondé de la demande ». – En droit suisse : Trib. féd., 23 juin 1992, Fincantieri-Cantieri Navali v. M : Rev. arb. 1993, p. 691. – En droit américain : USSC, Mitsubishi Motors Co. v. Soler Chrysler-Plymouth, 473 U.S. 614 (1985). – En droit québécois : CA Québec, 31 mars 2003, Air France v. Libyan Airlines : Rev. arb. 2003, p. 1365, note A. Prujiner (sanctions économiques contre la Libye). – Adde : J.-B. Racine, L'arbitrage commercial international et les mesures d'embargo, À propos de l'arrêt de la Cour d'appel du Québec du 31 mars 2003 : JDI 2004, var. 4, p. 89.

23. Cass. 1^{re} civ., 20 déc. 1993, *Municipalité de Khoms El Mergeb c/ Sité Dalico* : Rev. arb. 1994, p. 117, note H. Gaudemet-Tallon.
24. CA Paris, 29 mars 1991, *Ganz* : Rev. arb. 1991, p. 478, note L. Idot : « en matière internationale, l'arbitre (...) dispose du pouvoir d'appliquer les principes et règles relevant de l'ordre public [international] ainsi que de sanctionner leur méconnaissance éventuelle, sous le contrôle du juge de l'annulation ». – V. cependant, T. Szabados, *EU Economic Sanctions in Arbitration* : Journal of International Arbitration, 2018, vol. 35, Issue 4, p. 439, citant le cas allemand refusant de donner effet à une clause d'arbitrage lorsqu'il existe un risque que le tribunal arbitral n'applique pas une loi de police (Cour de justice fédérale (BGH), Urteil vom, 15 juin 1987 – Az. II ZR 124/86).
25. CA Paris, 29 juin 2006, n° 04/23550, *Thales* : D. 2006, p. 3026, obs. Th. Clay, *Mealey's International Arbitration Report*, vol. 24 May 2009, p. 58, obs. J. Kirby et D. Bensaude : « c'est à bon droit que le tribunal arbitral a estimé que les demandes dans leur objet étaient arbitrables et susceptibles d'être tranchées au terme d'un procès équitable », arrêt censuré pour défaut de motivation (Cass. 1^{re} civ., 11 févr. 2009, n° 06-18.746 : *JurisData* n° 2009-046982 ; Rev. arb. 2009, p. 517, note C. Jarrosson ; JCP G 2009, I, 148, § 11, obs. J. Ortscheidt ; JCP G 2009, act. 104, obs. G. Chabot ; JDI 2009, comm. 19, p. 1274, note J.-B. Racine). – Puis CA Paris, 11 mai 2010, n° 09/10252 : *JurisData* n° 2010-030599 ; Rev. arb. 2010, p. 669 ; JCP G 2017, 1326, n° 5, obs. J. Ortscheidt ; D. 2010, p. 2933, obs. Th. Clay. Le contexte

classé secret-défense²⁷ était reconnue dans la mesure où ce n'était pas cette situation qui posait difficulté au fond, mais les conséquences sur le contrat, sa validité notamment.

18 – S'agissant de la présence d'une personne publique, cette hypothèse d'inarbitrabilité « *subjective* » pose une difficulté spécifiquement française : les parties ont inséré une convention d'arbitrage pour échapper aux difficultés liées au recours à un juge étatique, qui est une préoccupation majeure pour le contractant de la partie étatique, voire de cette dernière qui ne voudrait pas d'un juge étatique étranger, de sorte que l'exception d'inarbitrabilité conduit mécaniquement à imposer ce juge étatique, par ailleurs celui de la partie étatique. Ainsi, les contrats commerciaux conclus par un État sont considérés comme arbitrables depuis l'arrêt *Galakis* en 1966, dans un litige entre un armateur grec et l'État français qui avait tenté, en vain, de se prévaloir de l'article 1004 de l'ancien Code de procédure civile avant qu'il ne devienne l'article 2060 du Code civil, pour tenter de se soustraire à l'arbitrage²⁸. Réciproquement, une personne publique étrangère ne peut se prévaloir des dispositions de son droit national pour se soustraire à l'arbitrage, et ce au nom de l'ordre public international²⁹. La solution est largement partagée par d'autres législations et fait en général consensus dans la doctrine de droit de l'arbitrage.

La question serait entendue sans la prise en compte de la dualité de juridictions, judiciaire et administrative, française. Le Conseil d'État, au contraire de la cour d'appel de Paris, n'est guère favorable à l'arbitrage et prend très au sérieux l'article 2060 du Code civil, y compris en matière internationale, sauf lorsque la loi le permet, ce qui est de plus en plus fréquent, notamment en matière de marchés publics pour le règlement des litiges relatifs à l'exécution financière de ces marchés³⁰.

Contrairement à la jurisprudence judiciaire prévalant depuis l'arrêt *Galakis*, le Conseil d'État retient une conception autonome de l'arbitrabilité d'un litige

était alors complexe : le gouvernement refusait la levée du secret défense, mais le procureur de la République cherchait à obtenir l'annulation de la sentence en raison de l'existence de ce secret défense (V. Th. Clay, obs. D. 2010, p. 2933).

26. CA Paris, 9 juin 2011, n° 10/11853 : LPA 22 févr. 2011, p. 20, obs. M.-E. Boursier.

27. C. défense, art. R. 2311-1 : « Les procédés, objets, documents, informations, réseaux informatiques, données informatisées ou fichiers présentant un caractère de secret de la défense nationale sont dénommés dans le présent chapitre : " informations et supports classifiés " ». La « levée » du secret défense suppose un avis de la Commission consultative du secret de la défense nationale (CCSDN), chargée de donner ces avis au sujet des demandes de déclassification émanant des juridictions françaises. – V. L. Pech et St. Platon, *Secret de la défense nationale* : JCl. Communication, fasc. 88, 2024.

28. Cass. 1^{re} civ., 2 mai 1966, n° 61-12.255, *Galakis* : JDI 1966, doctr. 2, p. 648, note P. Level ; Rev. crit. DIP 1967, p. 553, note B. Goldman ; D. 1966, p. 575, note J. Robert. – V. déjà CA Paris, 10 avr. 1957, *Myrtoon Steamship* : Rev. arb. 1957, p. 16 ; JCP G 1957, II, 10008, note H. Motulsky ; Rev. crit. DIP 1958, p. 120, note Y. L. ; JDI 1958, p. 1002, note B. Goldman.

29. CA Paris, 17 déc. 1991, *Gatouil* : Rev. arb. 1993, p. 281, note H. Synvet. – CA Paris, 24 févr. 1994, *Bec Frères* : Rev. arb. 1995, p. 275, note Y. Gaudemet. – CA Paris, 13 juin 1996, *KFTC* : Rev. arb. 1997, p. 251, note E. Gaillard. – CA Paris, 14 avr. 2015, *République hellénique* : D. 2015, p. 2590, obs. Th. Clay.

30. CCP, art. L. 2197-6. – Adde CCP, art. L. 2236-1, pour des « marchés de partenariat ». – V. pour une présentation : Th. Clay, *La codification de l'arbitrage hors le code de procédure civile*, in *Écrits sans esprit de système*, MéL. Ph. Delebecque : Dalloz, 2024.

impliquant un État, y compris en matière internationale³¹. Tout dépend donc d'un élément décisif, celui de la compétence judiciaire ou administrative du contrôle de la sentence : le juge administratif considère en effet qu'un arbitrage en matière administrative implique sa propre compétence, en conséquence de laquelle l'interdiction de l'arbitrage est considérée comme un principe général du droit public³², emportant un risque de conflit positif de compétence³³. Dans l'affaire *Inserm*³⁴ en 2010, le Tribunal des Conflits avait rendu une solution de principe assez simple : le litige international est, s'agissant du recours contre une sentence rendue en France, de la compétence du juge judiciaire³⁵ mais le juge administratif demeure compétent lorsque le « *recours dirigé contre une telle sentence intervenue dans les mêmes conditions, implique le contrôle de la conformité de la sentence aux règles impératives du droit public français relatives à l'occupation du domaine public ou à celles qui régissent la commande publique et applicables aux marchés publics [etc.] le recours contre une sentence arbitrale rendue dans un litige né de l'exécution ou de la rupture d'un tel contrat relève de la compétence du juge administratif* », solution globalement reprise dans le volet de la répartition de compétence de l'affaire *Ryanair*³⁶. En revanche, dans un second volet, celui de l'arbitrabilité du litige, le Conseil d'État opte pour l'inarbitrabilité du litige impliquant une personne morale de droit public dans l'arrêt *Ryanair* du

31. CE, avis, 6 mars 1986, n° 339710 : GACE, n° 15, obs. D. Labetoulle ; Rev. arb. 1992, p. 397.
32. CE, avis, 6 mars 1986, n° 339710 : GACE, n° 15, obs. D. Labetoulle ; Rev. arb. 1992, p. 397. – Adde : J.-L. Delvolvé, *L'arbitrage en droit public français*, in *L'arbitrage en droit public* : Bruylant, 2010.
33. V. M. Laazouzi, *Arbitrabilité subjective* : JCl. Droit international, fasc. 745, 2022. – V. dans l'affaire *Ryanair* : CE, 17 oct. 2023, n° 465761, *Ryanair* : JCP A 2023, act. 605, obs. V. Beaujard ; Procédures 2023, comm. 321, obs. L. Weiller ; Dalloz actualité, 13 nov. 2023, obs. J. Jourdan-Marquès ; D. 2023, p. 2278, obs. Th. Clay ; JDI 2024, comm. 10, p. 553, note M. Lahouazi. – Cass. 1^{er} civ., 8 juill. 2015, *Ryanair* : D. 2015, p. 2031, obs. S. Bollée, p. 2588, obs. Th. Clay ; AJDA 2016, p. 671, note F. Lombard ; RTD com. 2016, p. 71, obs. E. Loquin. – Et CE, 19 avr. 2013, *Ryanair* : D. 2013, p. 1445, note P. Cassia ; D. 2013, p. 2293, obs. S. Bollée ; D. 2013, p. 2936, obs. Th. Clay ; JCP G 2013, 748, note S. Lemaire ; JCP G 2013, 784, n° 7, obs. J. Ortscheidt ; AJDA 2013, p. 1271, obs. X. Domino et A. Bretonneau ; RD imm. 2013, p. 362, obs. S. Braconnier ; Rev. arb. 2013, p. 761, note M. Laazouzi ; RTD com. 2014, p. 326, obs. E. Loquin. – V. aussi, CE, ass., 9 nov. 2016, n° 388806, *Fosmax* : JurisData n° 2016-023504 ; D. 2016, p. 2343, obs. J.-M. Pastor ; D. 2016, p. 2589, obs. Th. Clay ; AJDA 2016, p. 2133 ; AJDA 2016, p. 2368, chron. L. Dutheil de Lamothe et G. Odinet ; RFDA 2016, p. 1154, concl. G. Pellissier ; RFDA 2017, p. 111, note B. Delaunay ; RTD com. 2017, p. 54, obs. F. Lombard ; JCP G 2016, 1430, n° 4, obs. C. Seraglini ; JCP G 2017, 29, note S. Bollée ; JCP G 2017, 226, n° 7, obs. C. Nourissat ; Cah. arb. 2017, p. 977, note M. Laazouzi et S. Lemaire (qui retient une liste de chefs de contrôle qui ressemblent à ceux de l'article 1520 du Code de procédure civile).
34. T. confl., 17 mai 2010, n° 3754, *Inserm* : JurisData n° 2010-006710 ; JCP G 2010, act. 552 ; Procédures 2020, comm. 274, C. Nourissat ; D. 2010, p. 1359, obs. X. Delpéch ; D. 2010, p. 2633, note S. Lemaire ; D. 2010, p. 2323, obs. S. Bollée ; D. 2010, p. 2933, obs. Th. Clay ; D. 2011, p. 2552, chron. Y. Gaudemet, C. Lapp et A. Steimer ; AJDA 2010, p. 1047 et 1564, note P. Cassia ; RD imm. 2010, p. 551, obs. S. Braconnier ; RFDA 2010, p. 959, concl. M. Guyomar ; RFDA 2010, p. 971, note P. Delvolvé ; Rev. crit. DIP 2010, p. 653, note M. Laazouzi ; RTD com. 2010, p. 525, obs. E. Loquin.
35. T. confl., 17 mai 2010, n° 3754, *Inserm* : JurisData n° 2010-006710, « Le recours formé contre une sentence arbitrale rendue en France, sur le fondement d'une convention d'arbitrage, dans un litige né de l'exécution ou de la rupture d'un contrat conclu entre une personne morale de droit public française et une personne de droit étranger, exécuté sur le territoire français, mettant en jeu les intérêts du commerce international, fût-il administratif selon les critères du droit interne français, est porté devant la cour d'appel dans le ressort de laquelle elle a été rendue (...), ce recours ne portant pas atteinte au principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires ».
36. T. confl., 24 avr. 2017, n° 4075, *Ryanair* : JurisData n° 2017-007915 ; JCP G 2017, act. 502 ; Dr. adm. 2017, alerte 83 ; D. 2017, p. 2054, obs. S. Bollée ; AJDA 2017, p. 981, obs. G. Odinet et S. Roussel.

17 octobre 2023³⁷, pour rejeter l'exequatur d'une sentence rendue à Londres dans ce litige, en se fondant sur l'article V de la Convention de New York de 1958. Le Conseil d'État considère que « *la seule circonstance qu'un contrat a été passé par une personne publique pour les besoins du commerce international ne permettait pas de déroger au principe de l'interdiction pour les personnes publiques de recourir à l'arbitrage* », remettant ainsi en cause la solution de l'arrêt *Galakis*.

19 – Cette digression, française et étatique, et notamment le dernier arrêt *Ryanair* pourrait être problématique³⁸ s'agissant de l'hypothèse du traitement par arbitrage d'un litige de guerre chaque fois qu'une personne publique est partie à l'arbitrage. Il reste que cette règle ne vise pas, *a priori*, tous les contrats administratifs de sorte que le lien avec l'inarbitrabilité posée dans la séquence *Ryanair* reste accessoire ou marginal (hypothèse d'un contrat d'État d'achat conclu avec une entreprise sous sanction), et encore uniquement à propos de la compétence du juge de l'annulation. Au-delà en effet, la conclusion d'un contrat par une personne publique française contenant une convention d'arbitrage rend, devant l'arbitre, sans fondement l'invocation de l'inarbitrabilité « *subjective* » du litige, soit parce que l'État y a alors renoncé, soit en raison d'une logique d'estoppel, soit parce que la loi française est alors une loi de police étrangère pour l'arbitre international³⁹.

Rien ne fait donc obstacle à la présence d'un État dans un arbitrage, y compris un arbitrage de guerre au sens large. Les conséquences peuvent être majeures : si le tribunal est compétent, il se peut donc qu'un État non-signataire d'une convention d'arbitrage, français ou étranger, soit attiré à une procédure d'arbitrage, notamment ayant son siège en France, par une technique d'extension de la convention d'arbitrage⁴⁰. Par exemple, une société française cède des armements à un pays étranger, ou à une entité étrangère : l'entité française peut avoir l'État pour actionnaire, les contrats doivent passer par le mécanisme de contrôle de l'exportation des armes, impliquant la connaissance du contrat et de la clause d'arbitrage, voire la participation de l'État à la conclusion du contrat, et l'entité étrangère est une émanation d'État, voire l'État lui-même, ou bien le contrat a été validé par l'État, etc. De nombreuses circonstances pourraient donc conduire un ou des États à participer, en demande ou en défense, à un tel arbitrage.

37. CE, 17 oct. 2023, n° 465761, *Ryanair* : JCP A 2023, act. 605, obs. V. Beaujard ; *Procédures 2023*, comm. 321, obs. L. Weiller ; *Dalloz actualité*, 13 nov. 2023, obs. J. Jourdan-Marquès ; *D. 2023*, p. 2278, obs. Th. Clay ; *JDI 2024*, comm. 10, p. 553, note M. Labouazi.

38. V. not. M. Labouazi, note sur CE, 17 oct. 2023, n° 465761, *Ryanair* : JCP A 2023, act. 605, obs. V. Beaujard ; *Procédures 2023*, comm. 321, obs. L. Weiller ; *Dalloz actualité*, 13 nov. 2023, obs. J. Jourdan-Marquès ; *D. 2023*, p. 2278, obs. Th. Clay ; *JDI 2024*, comm. 10, p. 553, note M. Labouazi.

39. V. les sentences citées in M. Audit, S. Bollée et P. Callé, *Droit du commerce international et des investissements étrangers* : LGDJ, 3^e éd., 2021, note ss n° 150. – V. cependant, M. Labouazi, note sur CE, 17 oct. 2023, n° 465761, *Ryanair* : JCP A 2023, act. 605, obs. V. Beaujard ; *Procédures 2023*, comm. 321, obs. L. Weiller ; *Dalloz actualité*, 13 nov. 2023, obs. J. Jourdan-Marquès ; *D. 2023*, p. 2278, obs. Th. Clay ; *JDI 2024*, comm. 10, p. 553, note M. Labouazi, s'il fallait comprendre l'arrêt *Ryanair* de 2023 comme créant une règle matérielle d'ordre public international d'inarbitrabilité des litiges impliquant une personne publique française.

40. V. n° 34.

2° Convention d'arbitrage et immunité de juridiction

20 – Les hypothèses « *d'arbitrage de guerre* » permettent d'envisager des procédures d'arbitrage engagées entre une entité privée et un État, voire entre deux États, en principe impossible en vertu du principe de l'immunité internationale des États⁴¹. Celui-ci assure un privilège de juridiction, dit « *immunité de juridiction* », qui soustrait les sujets du droit international (les États et les organisations internationales) à la juridiction nationale d'un État étranger. Elles s'appliquent à un État, reconnu ou non, ses dirigeants, ses composantes (les entités fédérées, régions administratives, etc.) et les « *émanations* » de cet État, c'est-à-dire les établissements et organismes étatiques qui accomplissent des actes de souveraineté⁴², ce qui rend la délimitation de ce principe assez délicat. Elle est d'ailleurs complétée par un principe d'immunité d'exécution qui fait obstacle à la mise en œuvre de mesures d'exécution civile sur des biens de ces États, notion elle aussi particulièrement délicate.

Parfois intégrée dans des droits nationaux, comme le *Federal Sovereign Immunities Act* (FSIA) aux États-Unis, depuis 1976, ou le *State Immunity Act* en Grande-Bretagne, depuis 1978, c'est en France une notion jurisprudentielle dont le principe fut posé en 1849⁴³ même si, pour des nécessités pratiques, des immunités d'exécution figurent par exemple dans l'article L. 153-1 du Code monétaire et financier concernant les avoirs de banques centrales étrangères ou l'article L. 111-1 du Code des procédures civiles d'exécution, issu de la loi Sapin II du 9 décembre 2016.

L'ensemble repose sur des règles internationales coutumières (*in parem non habet imperium*)⁴⁴, de droit international public reprises par la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens du 2 décembre 2004, ratifiée par la France en 2011, non encore entrée en vigueur⁴⁵ mais parfois déjà considérée comme de droit coutumier, par la CEDH notamment⁴⁶.

21 – Un certain nombre d'exceptions à l'immunité de juridiction existent⁴⁷, dont la renonciation par l'État à son immunité, à laquelle est assimilé le

41. V. I. Prezas, *Immunités internationales* : JCl. *Droit international*, fasc. 409-50, 2022. – C. Kessedjian : *Rép. internat. Dalloz*, v° *Immunités*, 2011.

42. V. I. Prezas, *Immunités internationales* : JCl. *Droit international*, fasc. 409-50, 2022, n° 27.

43. *Cass. civ.*, 22 janv. 1849, *Gouv. espagnol c/ Lambèze et Pujol* : DP 1849, I, p. 5 : « l'indépendance réciproque des États est l'un des principes les plus universellement reconnus du droit des gens ; que, de ce principe, il résulte qu'un gouvernement ne peut être soumis, pour les engagements qu'il contracte, à la juridiction d'un État étranger ».

44. *Cass. 1^{re} civ.*, 14 mars 1984, n° 82-12.462 : JDI 1984, p. 598, note B. Oppetit ; JCP G 1984, II, 20205, concl. Gulphe, note H. Synvet ; D. 1984, p. 629, note J. Robert ; JDI 1984, p. 598, note B. Oppetit. – *Cass. 1^{re} civ.*, 1^{er} oct. 1985, n° 84-13.605 : *JurisData* n° 1985-702507 ; JCP G 1986, II, 20566, note H. Synvet ; JDI 1986, p. 170, note B. Oppetit ; *Rev. crit. DIP* 1986, p. 527, note B. Audit.

45. V. A. de Nanteuil, *L'application en France des règles internationales relatives aux immunités* : AFDI 2010, p. 807.

46. CEDH, 23 mars 2010, n° 15869/02, *Cudak c/ Lituanie*. – CEDH, 29 juin 2011, n° 34869/05, *Sabeh el Leil c/ France*.

47. *Sur l'ensemble*, V. I. Prezas, *Immunités internationales* : JCl. *Droit international*, fasc. 409-50, 2022, n° 31 s.

consentement à une convention d'arbitrage⁴⁸ qui emporte renonciation à toutes les étapes de la procédure arbitrale, à l'égard des arbitres, du centre d'arbitrage chargé d'en assurer l'administration et ses organes, du juge d'appui⁴⁹, du juge de l'annulation, de l'exequatur⁵⁰ ou de l'exécution⁵¹. Peu importe alors la source de la convention d'arbitrage, une relation contractuelle ou un instrument international, ou la forme de la renonciation qui peut être tacite, par exemple en comparaisant devant une juridiction, étatique, voire arbitrale, sans soulever son immunité de juridiction⁵².

22 – Une autre exception repose sur la gravité du comportement d'un État, ses dirigeants, ses agents ou ses émanations, comprise comme la violation des règles du droit international impératif dit de *jus cogens*⁵³, c'est-à-dire des violations

48. V. Cass. 1^{re} civ., 6 juill. 2000, *Sté Creighton c/ État du Qatar* : JDI 2000, p. 1055, note I. Pingel-Lenuzza ; JCP G 2001, II, 10512, note Ch. Kaplan et G. Cuniberti ; Rev. arb. 2001, p. 114, note Ph. Leboulanger ; RTD com. 2001, p. 400, obs. E. Loquin ; Bull. ASA 2000, 605 : « l'engagement pris par l'État signataire de la clause d'arbitrage d'exécuter la sentence dans les termes de l'article 24 du règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale impliquait renonciation de cet État à l'immunité d'exécution ». – Adde : E. Gaillard, *Effectivité des sentences arbitrales, immunités d'exécution des États et autonomie des personnes morales dépendant d'eux, Réflexions sur trois principes incompatibles* : Pedone, 2004, p. 119. – V. depuis : *Convention des Nations unies sur les immunités*, art. 17 : « si un État conclut par écrit un accord avec une personne physique ou morale étrangère afin de soumettre à l'arbitrage des contestations relatives à une transaction commerciale, cet État ne peut invoquer l'immunité de juridiction devant un tribunal d'un autre État, compétent en l'espèce, dans une procédure se rapportant : a) à la validité, à l'interprétation ou à l'application de l'accord d'arbitrage ; b) à la procédure d'arbitrage ; ou c) à la confirmation ou au rejet de la sentence arbitrale, à moins que l'accord d'arbitrage n'en dispose autrement ».
49. V. le célèbre arrêt *État d'Israël c/ National Iranian Oil Company* : Cass. 1^{re} civ., 1^{er} févr. 2005, n° 01-13.742 et 01-15.237 : *JurisData* n° 2005-026746 ; JCP G 2005, II, 10101, comm. G. Kessler ; RTD com. 2005, p. 266, note E. Loquin ; D. 2005, p. 2727, note S. Hotte ; Rev. crit. DIP 2006, p. 140, note Th. Clay.
50. Cass. 1^{re} civ., 18 nov. 1986 : JDI 1987, p. 120, note B. Oppetit ; Rev. arb. 1987, p. 149, note J.-L. Delvolvé ; Rev. crit. DIP 1987, p. 786, note P. Mayer. – Cass. 1^{re} civ., 11 juin 1991, n° 90-11.282 : *JurisData* n° 1991-002140 ; JDI 1991, p. 1005, note E. Gaillard ; Rev. crit. DIP 1992, p. 331, note P. L.
51. CA Paris, 30 mars 2011, n° 10/18825, *Sté Strategic Technologies c/ Procurement Bureau of the Republic of China, Ministry of National Defence*, inédit : « la signature par un État d'une clause d'arbitrage, vaut renonciation à son immunité de juridiction lorsque ledit État veut s'opposer au déroulement de l'arbitrage et/ou aux conséquences de celui-ci ; que tel n'est manifestement pas le cas ici puisque la République de Chine a toujours revendiqué le recours à l'arbitrage contractuellement prévu et refusé la saisine des juridictions étatiques », cité par I. Prezas, *Immunités internationales* : JCl. Droit international, fasc. 409-50, 2022, n° 51 ; JDI 2013, comm. 9, p. 857, note S. El Sawah et J. E. Vinales. – Sur le lien, non nécessaire entre renonciation à l'immunité de juridiction et renonciation à l'immunité d'exécution, V. la séquence jurisprudentielle de l'arrêt *Eurodif* (CA Paris, 21 avr. 1982, *République islamique d'Iran et a. c/ Stés Eurodif et Sodidif* : *JurisData* n° 1982-600317) et *NML Capital* (Cass. 1^{re} civ., 28 mars 2013, n° 11-10.450 *JurisData* n° 2013-005665. – Cass. 1^{re} civ., 28 mars 2013, n° 11-13.323 : *JurisData*, n° 2013-005668. – Cass. 1^{re} civ., 28 mars 2013, n° 10-25.938 : *JurisData* n° 2013-005622) qui consacrait cette absence de lien et donc la nécessité de deux renonciations, à l'affaire *Commisempex* et aux dispositions de la loi Sapin II de 2016 : J. El Abdab et D. Mainguy, *Droit de l'arbitrage, théorie et pratique* : LexisNexis, 2021, n° 1760 s.
52. Cass. 1^{re} civ., 30 juin 1993 : JDI 1994, p. 156, note G. Burdeau (*impossibilité pour le juge de soulever d'office l'immunité*).
53. V. A. Bianchi, *L'immunité des États et les violations graves des droits de l'homme : la fonction de l'interprète dans la détermination du droit international* : RGDIP 2004, p. 63. – Ch. Tomuschat, *L'immunité des États en cas de violations graves des droits de l'homme* : RGDIP 2005, p. 51. – C. Focarelli, *Immunités et jus cogens : la dynamique du droit international et la fonction du jus cogens dans le processus de changement de la règle sur l'immunité juridictionnelle des États étrangers* : RGDIP 2008, p. 769.

particulièrement graves dont les violations des droits humains par des crimes de guerre⁵⁴.

Cette exception est d'une portée potentiellement considérable : d'un point de vue moral, en effet, on ne voit guère comment un État pourrait échapper à ses obligations internationales impératives, dont l'article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des Traités de 1969 précise, de manière tautologique, qu'on ne peut déroger à ces règles.

D'un point de vue juridique, on se trouve face à un conflit de normes impératives du droit international public, en général tranché en faveur de l'immunité de juridiction, ce qui était la position traditionnelle française⁵⁵.

Cette position a semblé être altérée dans l'affaire de l'attentat du vol UTA où la responsabilité de la Libye avait été établie. La Cour de cassation décidait en effet, bien que la demande de réparation contre la Libye ait échoué, que « à supposer que l'interdiction des actes de terrorisme puisse être mise au rang de norme de *jus cogens* du droit international, laquelle prime les autres règles du droit international et peut constituer une restriction légitime à l'immunité de juridiction, une telle restriction serait en l'espèce disproportionnée au regard du but poursuivi dès lors que la mise en cause de l'État étranger n'est pas fondée sur la commission des actes de terrorisme mais sur sa responsabilité morale »⁵⁶. Ici donc, la violation des règles du *jus cogens* par la participation à la commission d'un acte terroriste n'était pas telle qu'elle aurait justifié la mise à l'écart de l'immunité de juridiction de la Libye. Outre que cette affirmation est très discutable, il en résulte que, *a contrario*, la violation d'une norme du *jus cogens* pourrait justifier la mise à l'écart de son immunité. Ce serait d'ailleurs une appréciation originale du principe de proportionnalité entre deux règles de valeur égale, que de considérer que l'abri de l'immunité par un État ne résiste *jamais* à un comportement que cet État doit ne pas effectuer. La loi américaine a d'ailleurs créé une exception en ce sens, dite « *terrorism exception* » en 1996, amendant le FSIA⁵⁷. Ce n'est cependant pas l'opinion dominante, à la lumière de l'arrêt Al-Adsani de la CEDH⁵⁸.

En outre, s'agissant des règles du droit international, la convention sur les immunités de 2004, qui a valeur de droit coutumier, prévoit dans son article 12

54. Par exemple, devant un juge étatique, dans le développement de l'affaire Peterson aux États-Unis : V. n° 84.

55. Cass. 1^{re} civ., 16 déc. 2003, n° 02-45.961, Bucheron c/ République fédérale d'Allemagne : *JurisData* n° 2003-021483 ; D. 2004, p. 925 ; RGDIP 2004, p. 259, note F. Poirat (action de travailleurs forcés en Allemagne). – Cass. 1^{re} civ., 2 juin 2004, n° 03-41.851, Gimenez-Exposito c/ République fédérale d'Allemagne et a. : *JurisData* n° 2004-023884 ; *Procédures* 2004, comm. 235 ; D. 2004, p. 2269, obs. P. Courbe et H. Chanteloup ; *Rev. crit. DIP* 2005, p. 75, note H. Muir Watt.

56. Cass. 1^{re} civ., 9 mars 2011, n° 09-14.743, GIE La Réunion aérienne c/ Jamahiriya Arabe Libyenne : *JurisData* n° 2011-003227 ; JCP G 2011, act. 334, E. Cornut ; *Rev. crit. DIP* 2011, p. 385, avis P. Chevallier ; *Rev. crit. DIP* 2011, p. 401, rapp. A.-F. Pascal ; RGDIP 2012, p. 738, note A. de Nanteuil ; JDI 2011, comm. 19, p. 953, note Ph. Delebecque et S. Adeline ; D. 2011, p. 890, note I. Gallmeister. – *Comp. CEDH, gde ch.*, 21 nov. 2001, n° 35763/97, Al-Adsani c/ Royaume-Uni. – CEDH, 4^e sect., 14 janv. 2014, n° 34356/06 et 40528/06, Jones et a. c/ Royaume-Uni. – CEDH, 12 oct. 2021, n° 11625/17, J.C. et a. c/ Belgique ; JCP G 2021, 1134, note G. Gonzalez.

57. V. aussi, n° 82.

58. V. I. Prezas, *Immunités internationales* : JCl. *Droit international*, fasc. 409-50, 2022, n° 74. – Adde, sur le caractère isolé de l'initiative américaine : CIJ, 3 févr. 2012, *Immunités juridictionnelles des États, Allemagne c/ Italie ; Grèce (intervenant)*.

qu'un État ne peut invoquer son immunité face à une action en réparation pécuniaire due à un acte ou à une omission prétendument attribuable à l'État, si cet acte ou cette omission se sont produits sur le territoire de cet État et si l'auteur de l'acte était présent dans cet État. Cette situation correspond au contentieux entre l'Italie et l'Allemagne pour des actions commises par le III^e Reich en Italie, accompagnées de mesures d'exécution sur un bien allemand en Italie⁵⁹. La CIJ, en 2012, dans cette affaire dite des *immunités juridictionnelles*, s'est contentée de considérer que les actes d'une armée étrangère étaient des actes régaliens (actes *de jure imperii*), peu important leur caractère licite ou illicite⁶⁰, sans s'interroger sur l'exception territoriale de l'article 12 de la convention sur les immunités : « un État continue de jouir, dans le cadre d'instances civiles, de l'immunité à raison d'actes de *jure imperii* lorsque sont en cause des actes ayant entraîné la mort, un préjudice corporel ou un préjudice matériel commis par ses forces armées et autres organes dans le cadre d'un conflit armé, même lorsque les actes en question ont eu lieu sur le territoire de l'État du for, (...) [pratique] assortie de l'*opinio juris*, ainsi que l'attestent les positions de divers États et la jurisprudence d'un certain nombre de juridictions nationales, qui ont clairement indiqué qu'elles considéraient que le droit international coutumier exigeait de reconnaître l'immunité ».

Prise *in abstracto*, la formule est valide et on comprend les réticences des États à voir leurs actions dans un conflit armé faire l'objet d'actions incessantes, à ceci près qu'il s'agissait ici de violations graves et systématiques du droit des conflits armés par un État dont c'était l'idéologie même et la pratique. Cette circonstance de fond n'est cependant pas pour la CIJ de nature à rejeter l'immunité en tant exception procédurale de recevabilité : « à supposer (...) que les règles du droit des conflits armés qui interdisent de tuer des civils en territoire occupé ou de déporter des civils ou des prisonniers de guerre pour les astreindre au travail forcé soient des normes de *jus cogens* », ces règles n'entrent pas en conflit avec celles qui régissent l'immunité de l'État.

Il est évident que cette position est juridiquement intenable⁶¹ : les règles du droit international humanitaire et des conflits armés sont, indiscutablement, des règles de *jus cogens* et il n'est pas question d'y déroger et, dans la jurisprudence française par exemple, ces règles sont une loi de police intégrant la conception française de l'ordre public international⁶². À défaut, c'est le principe même des articles 2 et 51 de la Charte qui est détourné : il est interdit d'utiliser la force

59. V. A. Ciampi, *L'immunité de l'État responsable de crimes internationaux devant les juridictions italiennes* : AFDI 2008, p. 45. – Adde : M. du Bouexic de Pinieux, *Entreprise et dignité humaine*, Th. Paris I, 2021.

60. CIJ, 3 fév. 2012, *Immunités juridictionnelles des États, Allemagne c/ Italie ; Grèce (intervenant)*, n° 60 et 77.

61. V. H. Muir Watt, *Les droits fondamentaux devant les juges nationaux à l'épreuve des immunités juridictionnelles* : Rev. crit. DIP 2012, p. 539. – J. Chacornac, *Aporétique de la souveraineté au croisement des droits internationaux : pour la reconnaissance de l'exception de terrorisme en droit français des immunités*, *Écrits sans esprit de système*, Mél. Ph. Delebecq : Dalloz 2024, à paraître. – V. aussi, A. Caro de Beer, *Peremptory Norms of General International Law (Jus Cogens) and the Prohibition of Terrorism* : Brill Nijhoff, 2019, qui établit l'existence d'une *opinio iuris* en faveur de la reconnaissance de l'interdiction du terrorisme comme une norme coutumière intégrée au *jus cogens*.

62. CA Paris, 5 oct. 2021, n° 19/16601, *DNO Yemen*, et a. c/ Rep. du Yémen : Dalloz actualité, 20 mai 2022, obs. J. Jourdan-Marques. – Et V. n° 54.

armée, sauf exception, mais, si elle est utilisée illégalement par des moyens de *jus in bello* illégaux, alors il n'est plus très sûr (« à supposer ») que ces règles soient des règles de *jus cogens*. En Italie, du reste, la Cour constitutionnelle a considéré que la loi de 2013 adoptée pour donner effet à l'arrêt de la CIJ de 2012 était anticonstitutionnelle, se fondant sur le droit d'accès au juge et non sur la primauté à donner aux règles de *jus cogens*. L'arrêt de 2012 de la CIJ décrédibilise cette institution, substantiellement, si la question est encore de savoir ce qu'est et à quoi peut bien servir le *jus cogens*. Elle se pose avec d'autant plus d'acuité que la Cour de cassation a, en 2023, s'agissant de l'exequatur d'une décision de justice étatique américaine, considéré que le comportement d'un État visant à financer une organisation terroriste était un acte *de jure imperii* ce d'autant que, d'après la Cour, qui reprend les termes scandaleux de la CIJ : « à supposer même que l'interdiction des actes de terrorisme puisse constituer une norme de *jus cogens* du droit international de nature à constituer une restriction légitime à l'immunité de juridiction, ce qui ne ressort pas de l'état actuel du droit international, les circonstances de l'espèce ne permettaient pas qu'il soit fait une exception à cette immunité, dès lors que la condamnation de l'État iranien au paiement des dommages-intérêts prononcée par la juridiction américaine ne reposait pas sur la démonstration de l'implication directe de la République islamique d'Iran et de ses agents dans l'attentat, mais seulement sur le fondement de la responsabilité civile que cet État devrait supporter au titre de l'aide ou des ressources matérielles apportées au groupe ayant revendiqué l'attentat »⁶³. C'est juridiquement inexact – le terrorisme est interdit comme son financement au moins depuis la Convention du 9 décembre 1999 pour la répression du financement du terrorisme – et politiquement indéfendable : c'est une licence offerte à toutes les activités malveillantes par des États peu sourcilleux de respect du *jus cogens*, y compris de guerre, par des « proxys » ou par eux-mêmes.

23 – Cette « non-exception » à l'immunité apparaît comme une anomalie insupportable du droit international et il ne faudrait pas que l'on oppose la renonciation à l'immunité par le consentement à une convention d'arbitrage, et sa « non-renonciation » sur le fondement de l'indifférence au comportement de l'État, en considérant alors, dans un litige où serait discuté le comportement d'un État au regard de la violation de règles de *jus cogens*, que l'action, pour laquelle le tribunal arbitral serait compétent, serait dans le même temps non arbitral en raison du caractère *de jure imperii* des actes litigieux. Il ne serait pas

63. Cass. 1^{re} civ., 28 juin 2023, n° 21-19.766, *Flatow c/ Iran* : *JurisData* n° 2023-010437 ; D. 2023, p. 1267 ; *Procédures* 2023, n° 265, obs. Y. Strickler ; *RTD civ.* 2023, p. 847, note F. Marchadier ; *JDI* 2024, comm. 9, p. 541, note I. Prezas. – V. aussi, G. Cuniberti, *Flatow v. Iran*. *French Supreme Court Rules on Sovereign Immunity in Exequatur Proceedings*, (en ligne sur le site de *The European Association of Private International Law*). En l'espèce, une décision américaine avait condamné l'Iran à des dommages et intérêts du fait de son soutien financier à une organisation terroriste responsable d'un attentat à Gaza ayant entraîné la mort d'un citoyen américain, *Flatow* (parmi les nombreux cas de ce type, V. n° 84), et cherchait à obtenir l'exequatur du jugement américain en vue de mesures d'exécution en France. Outre l'admission de l'immunité de juridiction, la Cour de cassation confirmait que, au stade de l'exequatur, l'exclusion de l'immunité de juridiction de l'État étranger par le jugement étranger à exequaturer ne participait pas de sa substance mais peut-être saisi, en tant que de fin de non-recevoir, par le juge français de l'exequatur.

impossible que, en ce cas, un État fasse une distinction entre l'effet simplement *processuel* de sa renonciation à l'immunité de juridiction en raison de son consentement à l'arbitrage, lequel ne préjugerait pas de l'effet *substantiel* de son immunité de juridiction pour des actes *de jure imperii*. L'État en effet, pour invoquer son immunité devant le juge ou la CEDH consent nécessairement, *processuellement*, à y participer, dans le seul but d'invoquer l'irrecevabilité de la demande, en arguant, au soutien au fond de cette exception, son immunité. À moins que, au contraire, cette ambivalence permette à un arbitre de considérer sa compétence, et rejeter l'exception d'immunité de comportement, au risque de la critique ensuite de sa sentence.

B. – La guerre saisie par l'instance arbitrale

24 – L'instance arbitrale est une longue période, commençant avec la constitution du tribunal arbitral jusqu'à la sentence finale et dans laquelle un certain nombre de péripéties peuvent survenir, de telle manière que trois peuvent être plus particulièrement mises en lumière, les difficultés multiples de mise en œuvre de l'arbitrage (1°), la question de l'objet même de l'arbitrage, la « *situation de guerre* », et la manière de le saisir (2°) et enfin la conduite de l'instance (3°).

1° *Situation de guerre et mise en œuvre de l'arbitrage*

25 – La mise en œuvre de l'arbitrage peut être affectée au stade de la constitution du tribunal arbitral (a), mais encore au moment d'envisager des flux financiers (b).

a) Situation de guerre et constitution du tribunal arbitral

26 – L'instance arbitrale conduit, en premier, à la désignation des arbitres, lesquels doivent faire preuve d'un certain nombre de qualités en termes d'indépendance, d'impartialité ou de disponibilité. On écartera ici l'hypothèse dans laquelle l'arbitre désigné serait mobilisé dans une opération militaire, ou déciderait de lui-même de rejoindre une unité militaire dans une situation de guerre, qui correspond à des situations d'empêchement de l'arbitre qui ne posent, *a priori*, pas de difficulté spécifique du seul fait de la situation de guerre.

En revanche, plusieurs situations peuvent plus particulièrement être observées, celle, globale, de la constitution d'un tribunal arbitral dans une ambiance de guerre (1), celle dans laquelle l'une des parties est sous sanctions (2), ou lorsque c'est précisément la situation de guerre qui rend difficile la constitution même du tribunal (3) ou encore face à des situations dans lesquelles une partie cherche à impliquer une partie, étatique notamment, non-signataire de la convention d'arbitrage, par extension (4).

1) *Constitution d'un tribunal arbitral dans une ambiance de guerre*

27 – Une question, assez discrète en jurisprudence, peut se poser au temps de la constitution du tribunal arbitral, relative à la question de l'indépendance et de l'impartialité de l'arbitre. Ce thème est très richement exploité sous l'angle de

l'indépendance de l'arbitre, l'existence de relations d'affaires ou de proximité, voire de l'amitié entre un arbitre et une partie, ou entre arbitres, mais assez peu sous l'angle, inverse, des arbitres ennemis, d'une partie, ou entre eux⁶⁴.

Il est d'usage en effet qu'un tribunal arbitral soit constitué avec au moins un arbitre, le président souvent, d'une nationalité distincte de celle des arbitres voire des parties, exigence reprise dans de nombreux règlements d'arbitrage. Or, le climat contemporain de tensions se prête assez aisément à des phénomènes d'essentialisation résumant un arbitre à sa nationalité et donc à la politique de son pays. Il convient donc, au risque de demandes prévisibles de récusation, de bien mesurer le choix des arbitres en fonction de ces considérations géostratégiques. Il devient usuel, en effet, d'observer des arbitrages dans lesquels un arbitre (mais on pourrait élargir la question à des témoins, des experts, les conseils eux-mêmes) pourrait être d'une nationalité qui, du point de vue des parties, pourrait créer un doute raisonnable sur son impartialité, pour reprendre le standard français d'appréciation de ce critère.

De la même manière, il n'est pas invraisemblable d'envisager l'hypothèse d'un arbitrage dont le siège, par exemple déterminé dans la convention d'arbitrage, se situerait, au moment de la constitution du tribunal, dans une zone de guerre, qui serait inaccessible, dangereuse, voire interdite, sujette à pression de la part des autorités de cet État. En principe, ce déplacement du siège de l'arbitrage suppose l'accord des parties ; en cas de refus de l'une d'entre elles, par exemple dans le but, assez mesquin, d'empêcher l'arbitrage, ou parce que l'une des parties est ressortissante de l'État en question, le problème est plus délicat.

Dans une affaire opposant une société américaine à une société serbe, avec une clause compromissoire fixant le siège à Belgrade, mais un arbitrage entamé à l'occasion du conflit en ex-Yougoslavie impliquant des confiscations de biens de la société américaine, le centre d'arbitrage (CCI) avait refusé de déplacer le siège, sauf à ce que le tribunal arbitral considère que la convention d'arbitrage ne liait plus les parties s'agissant du siège, ce que, bien entendu, le tribunal arbitral n'a pas retenu⁶⁵. Au-delà, et notamment dans un arbitrage *ad hoc*, il ne tient qu'à l'arbitre d'user de ses « *pouvoirs inhérents* »⁶⁶ et d'ordonner ce déplacement.

2) Constitution d'un tribunal arbitral avec une partie sous sanctions

α) Constitution d'un tribunal arbitral avec une partie russe sous sanctions et « contre-mesures » russes

28 – La plupart des centres d'arbitrage aujourd'hui disposent d'équipes dédiées à la question sensible de la constitution d'un tribunal arbitral avec des parties sous sanctions, notamment à la ICC, qui reconnaît administrer environ

64. J. El Abdab et D. Mainguy, *Droit de l'arbitrage, théorie et pratique* : LexisNexis, 2021, n° 743.

65. *Comp.*, dans l'affaire X [société de droit des États-Unis] v République fédérale de Yougoslavie et République de Serbie, *Sentence partielle*, ICC Case n° 10439, 11 oct. 2000 : *Rev. arb.* 2004, p. 413, note F. Knoepfler ; *Bull. ASA* 2003, p. 116, obs. M. Scherrer. – V. aussi, S. Jarvin, *Le lieu de l'arbitrage, examen des principes et des pratiques de la Cour de la CCI en matière de choix du lieu de l'arbitrage* : *Bull. Cour internationale d'arbitrage de la CCI*, 1996, n° 2, p. 54, *not.* 58, évoquant une situation inverse.

66. S. Bollée, *Les pouvoirs inhérents des arbitres internationaux* : *RCADI* 2021, n° 418, *spéc.* n° 24 et 86.

450 affaires en cours dans cette situation, soit 25 % du volume des affaires administrées par la ICC⁶⁷, ce qui est considérable.

29 – Par ailleurs, si les règlements européens en la matière déterminent des exceptions précisément pour la conduite d'un arbitrage⁶⁸, la Fédération de Russie a réagi par des « *contre-mesures* » interdisant le recours à l'arbitrage pour le règlement des contentieux dans lesquels est impliquée une société russe ou l'État russe au profit exclusif des tribunaux russes, par une loi fédérale n° 171-FZ du 19 juin 2020⁶⁹. Celle-ci a modifié le Code de procédure commerciale russe pour faire obstacle, sauf convention internationale ou accord entre les parties, à tout litige impliquant, devant un juge étranger ou un arbitrage commercial international, une personne, une entreprise russe sous sanctions imposées par un État ou un ensemble d'États étrangers, ou dont l'objet est une sanction économique : ce litige est de la compétence exclusive des juges russes ou d'un arbitrage en Russie. Les *anti-suit injunctions* ordonnées par un juge étranger contre une telle partie russe (notamment pour faire obstacle à une action en Russie au mépris par exemple d'une convention d'arbitrage) ne sont pas reconnues en Russie. Elle valide par ailleurs toute mesure faisant obstacle au développement des procédures ou d'un arbitrage international à l'étranger, c'est-à-dire par des actions en *anti-suit injunction* en Russie contre toute personne impliquée dans un litige devant une juridiction non-russe et la saisine concomitante de juges russes sur le fondement de l'invalidité des conventions d'arbitrage et d'une conception élargie de l'ordre public international russe⁷⁰.

En pratique, la loi de 2020 autorise la partie russe sous sanctions à modifier unilatéralement la clause compromissoire, la clause attributive de juridiction, ou à l'ignorer et, en l'absence de telles clauses, le *for* est déterminé selon les règles de procédures russes, ces règles constituant alors une gigantesque loi de police russe.

30 – Les injonctions anti-arbitrage, *anti-suit injunctions* ou *anti-arbitration injunctions*, constituent une innovation en droit russe. La nouvelle loi impose des sanctions sévères en cas de non-respect de telles injonctions contre la partie russe, un tribunal pouvant rendre un jugement par défaut pour la condamner à une somme qui ne saurait être inférieure à celle demandée devant le juge ou l'arbitre étranger.

En revanche, c'est une procédure très connue des droits de tradition de *common law* (États-Unis, Grande-Bretagne, Australie, Inde, Singapour, etc.) visant à enjoindre une partie de ne pas exercer une action particulière et de

67. Comp. M. Lartigue, *L'arbitrage international, la nouvelle donne* : Dalloz actualité, 13 févr. 2024 (compte rendu « des Rencontres de l'arbitrage et du contentieux », 1^{er} févr. 2024, Paris, Accuracy et Option Finance).

68. V. n° 60.

69. V. K. Mehtiyeva, *Chronique de coopération judiciaire internationale* : JDI 2024, chron. 4, p. 715, spéc. n° 11 s. – K. Mehtiyeva, *Civil Procedure and International Sanctions* : International Journal of Procedural Law, 2024, à paraître. – Les contre-mesures russes provoquent des contre-mesures européennes en retour depuis juin 2024 : Cons. UE, règl. (UE) n° 833/2014, 31 juill. 2014, art. 5 bis ter interdisant de participer une transaction avec une entité russe sous sanction ayant saisi un juge russe pour obtenir une injonction ou d'obtenir un jugement ou une autre décision de justice « conformément à l'article 248 du code de procédure d'arbitrage de la Fédération de Russie ».

70. CPCR, sec. 248(1) et (2).

conférer cette compétence au juge, sous peine de sanction pour outrage au tribunal (*contempt of court*), sur le fondement d'une conception « *obligationnelle* » de la convention d'arbitrage et du principe compétence-compétence⁷¹.

La jurisprudence française reconnaît également leur régularité internationale du moins lorsqu'elles sont la conséquence de la violation d'une obligation contractuelle préexistante, clause attributive de compétence ou clause compromissoire, comme une forme d'exécution forcée de cette obligation⁷², mais pas s'il s'agit, au contraire, de faire échec à une clause compromissoire⁷³.

En revanche, la Cour de justice de l'Union européenne a considéré dans l'affaire *West Tankers* en 2009 que, dans l'espace européen, la décision d'injonction *anti-suit* prononcée par un juge d'un État membre de ne pas exercer une action dans un autre État membre, parce que cette action serait contraire à une clause compromissoire, et imposant donc la procédure arbitrale, devait être rejetée, c'est-à-dire interdite⁷⁴, car « *l'adoption, par une juridiction d'un État membre, d'une injonction visant à interdire à une personne d'engager ou de poursuivre une procédure devant les juridictions d'un autre État membre, au motif qu'une telle procédure serait contraire à une convention d'arbitrage, est incompatible avec le règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil, du 22 décembre 2000 [...]* ». La solution est, à bien des égards, perturbante, en présence d'une *anti-suit injunction* qui ferait obstacle à un arbitrage.

31 – La perturbation protectionniste provoquée par la loi russe est considérable, au-delà même de l'utilisation russe de procédures de « *l'ennemi* » et quand bien même leur efficacité internationale serait nulle. Une entité (russe) sous sanctions engagée dans un arbitrage international devrait donc, en vertu de la nouvelle loi russe, refuser ou non d'y participer et saisir en retour un juge russe pour obtenir une *anti-arbitration injunction* pour tenter de faire cesser l'arbitrage

71. V. J. El Abdab et D. Mainguy, *Droit de l'arbitrage, théorie et pratique* : LexisNexis, 2021, n° 845 et 1319.

72. Cass. 1^{re} civ., 14 oct. 2009, n° 08-16.369, *Wolberg c/ Sté In Zone Brands* : *JurisData* n° 2009-049867 : D. 2010, p. 177, note S. Bollée ; D. 2010, p. 1585, obs. P. Courbe et F. Jault-Seseke ; D. 2010, p. 2323, obs. L. d'Avout et S. Bollée ; *Rev. crit. DIP* 2010, p. 158, note H. Muir Watt ; *RTD civ.* 2010, p. 372, obs. P. Théry ; *RTD com.* 2010, p. 459, obs. P. Delebecque ; *Gaz. Pal.* 28 nov. 2009, note M.-L. Niboyet ; *JDI* 2009, comm. 3, p. 146, note S. Clavel ; *RLDC* 5/2010, p. 7, note G. Cuniberti.

73. Cass. 1^{re} civ., 30 juin 2004, n° 01-03.248, *Stolzenberg* : *JurisData* n° 2004-024353 ; D. 2004, p. 2743, note N. Bouche ; D. 2005, p. 1192, obs. P. Courbe et H. Chanteloup ; *Rev. crit. DIP* 2004, p. 815, note H. Muir Watt ; *RTD civ.* 2004, p. 549, obs. P. Théry ; *Gaz. Pal.* 2004, n° 139, p. 28, note M.-L. Niboyet ; *JDI* 2005, comm. 2, p. 112, note G. Cuniberti.

74. CJCE, 10 févr. 2009, aff. C-185/07, *West Tankers* : D. 2009, p. 981, note C. Kessedjian ; *RTD civ.* 2009, p. 357, obs. Ph. Théry ; *RTD com.* 2009, p. 644, obs. Ph. Delebecque. – CJUE, 7 sept. 2023, aff. C-590/21, *Charles Taylor Adjusting Ltd et HD c/ Starlight Shipping Co. et Overseas Marine Enterprises Inc.* : D. 2023, p. 1599 ; *RTD eur.* 2023, p. 697, note G. Cuniberti. – Adde S. Clavel, *Anti-suit injunction et arbitrage* : *Rev. arb.* 2001, p. 669. – E. Gaillard, *Il est interdit d'interdire, réflexions sur l'utilisation des anti-suit injunctions dans l'arbitrage commercial international* : *Rev. arb.* 2004, p. 47 ; *L'interférence des juridictions du siège dans le déroulement de l'arbitrage*, in *Mél. C. Reymond* : *Litac*, 2004, p. 83. – R. Carrier, *Anti-suit injunctions : réquisitoire contre l'abandon de leur prononcé en matière d'arbitrage* : D. 2005, p. 2712. – C. Legros, *L'incompatibilité attendue des anti-suit injunctions avec le système Bruxelles : une atteinte au principe de compétence-compétence des arbitres ?* : *Rev. dr. transp.* 2009, n° 11, étude 14. – S. Bollée, *Quelques remarques sur les injonctions anti-suit visant à protéger la compétence arbitrale (à l'occasion de l'arrêt The Front Comor de la Chambre des Lords)* : *Rev. arb.* 2007, p. 223.

et obtenir une condamnation, en Russie, contre le demandeur à l'arbitrage qui, s'il a des actifs en Russie, est alors dans une position très fragile. À défaut, en effet, l'injonction russe ne pourra pas être exécutée à l'étranger, en France par exemple, mais on verra se développer deux procédures parallèles, l'arbitrage et la procédure russe, vraisemblablement incompatibles, et des demandes d'exécution réciproquement irrecevables⁷⁵ voire des *anti-suit injunctions* adverses préalables à la mise en œuvre d'un arbitrage⁷⁶. Toutefois, la règle russe mérite d'être appréciée dans le temps : il semble ainsi que ces règles ne visent que les litiges liés à des sanctions économiques étrangères et que la notion d'entité russe mérite d'être précisée, incluant, ou non, des actionnaires ou des filiales de personnes sous sanctions, dans une conception, *ratione materiae*, qui « protège » une entité russe sous sanctions mais également les entités non-russes sanctionnées au titre de leur « affiliation », non définie, avec l'entité russe sous sanctions⁷⁷.

β) Constitution d'un tribunal arbitral avec une partie non-russe sous sanctions

32 – En dehors du « cas russe », les règles posées en matière de sanctions économiques, au moment de constituer un tribunal arbitral, peuvent poser une première difficulté. Ainsi, que ce soient les sanctions prononcées par les Nations unies ou par l'Union européenne, des formules apparaissent du type « *no claim shall lie at the instance* »⁷⁸ « *Il n'est fait droit à aucune demande (...)* »⁷⁹ qui peuvent prêter à confusion.

L'affaire *Air France c/ Libyan Airline* a permis de cerner la question. Les deux parties avaient conclu un contrat, contenant une clause compromissoire, par lequel *Air France* devait entretenir les avions de la *Libyan Airline* et fournir du personnel navigant et certains services. À la suite des attentats de Lockerbie et du Ténééré, des sanctions économiques ont été imposées par les Nations Unies, l'Union européenne et le Canada, contre la Libye interdisant la fourniture de ce

75. *V. Hight Court Hong-Kong (1st instance), RusChemAlliance c/ Linde*, 27 sept. 2023, [2023] HKCFI 2409. – T. com. Saint-Petersbourg, 8 juin 2023, aff. n° A56-129797/2022, *Court of Appeal (Civil Division) on appeal from the High Court of Justice, Business and Property Courts of England and Wales Commercial Court, Mr Justice Bright*, [2023] EWHC 2145 (Comm), 11 October 2023, [2023] EWCA Civ 1144, à propos d'un arbitrage imposant un arbitrage à Hong-Kong, cités par K. Mehtiyeva, *Chronique de coopération judiciaire internationale* : JDI 2024, chron. 4, p. 715, spéc. n° 15.

76. *Court of Appeal of England and Wales*, 2 févr. 2024, *UniCredit c/ RusChemAlliance*, case n° CA-2023-001933 : *Daloz actualité*, 21 mars 2024, obs. J. Jourdan-Marques. Une banque allemande, *Unicredit*, ayant garanti l'engagement de construction d'une infrastructure gazière par la société *RusChemAlliance (RCA)*, construction arrêtée du fait des sanctions sectorielles affectant sa poursuite, *RCA* avait demandé l'engagement de la garantie (soumise au droit anglais et un arbitrage CCI à Paris), en saisissant les tribunaux russes pour obtenir le paiement de la somme contre la banque et cette dernière cherchant à obtenir, devant le juge anglais une *anti-suit injunction* contre *RCA*, validée par la cour d'appel anglaise (considérant que la loi de la convention d'arbitrage est la loi anglaise et que le juge anglais est compétent comme celui du for de nécessité).

77. V. K. Mehtiyeva, *Chronique de coopération judiciaire internationale* : JDI 2024, chron. 4, p. 715, spéc. n° 14, citant T. com. Moscou, 17 juin 2022, *Talmer c/ Dell*, Case n° A40-72905/22-116-1253, pour une interprétation large de la notion d'association, car « les mesures restrictives imposées par des États étrangers pour des raisons politiques ne peuvent que créer des doutes sur le fait que, si un litige est jugé sur le territoire d'un État étranger, il sera conformément aux garanties d'un procès équitable, y compris celles relatives à l'impartialité du tribunal, qui constitue un élément de l'accès à la justice ».

78. V. par ex. UNSC, 667, 26 mars 1991, Koweït, n° 29.

79. Règl. (UE) n° 833/2014, art. 11.1.

type de services, où l'on retrouvait ces formules. *Air France* ayant cessé d'exécuter le contrat, la *Libyan Airline* a engagé un arbitrage devant l'Agence Internationale du Transport Aérien (IATA). *Air France* faisant valoir qu'il ne lui était pas possible de désigner un arbitre en raison de ces sanctions, le tribunal était complété par désignation d'un arbitre par le directeur général de l'IATA, ayant son siège à Montréal. *Air France* considérait cependant que les sanctions faisaient obstacle à sa participation à un arbitrage engagé par une partie sous sanctions. La cour d'appel du Québec, sur le recours en annulation contre la sentence, a cependant considéré que les sanctions des Nations Unies n'affectaient pas la possibilité de constituer un tribunal arbitral, donc de désigner un arbitre, mais imposaient simplement de ne pas faire droit aux demandes de la partie sous sanctions⁸⁰, solution reprise depuis pour des sanctions de l'Union européenne.

3) *Constitution d'un tribunal arbitral entre parties en situation de conflit armé*

33 – Une autre difficulté est celle de la constitution d'un tribunal arbitral notamment lorsque les parties sont en conflit ou ressortissants concernés d'États en conflit, sur la base du règlement d'arbitrage d'un centre d'arbitrage ou une convention d'arbitrage prévoyant la désignation d'un arbitre en cas de défaut d'une partie. Les conventions d'arbitrages sont souvent assez explicites mais comportent parfois des défauts invitant l'intervention du centre d'arbitrage ou, à défaut, du juge d'appui. Dans l'affaire *Air France c/ Libyan Airline* par exemple, *Air France* avait refusé de désigner un arbitre en considérant, à tort, que le litige était inarbitrable, et la technique choisie de désignation des arbitres a permis la constitution du tribunal arbitral.

Parfois la difficulté est plus sérieuse en raison d'un choix inefficace de technique de désignation par défaut. La très célèbre affaire *Israël c/ NIOC* en est une illustration⁸¹. Elle concernait un contrat de construction d'un oléoduc en Israël conclu entre l'État d'Israël et la *National Iranian Oil Company* (NIOC), en 1968, à un moment de paix et de coopération entre ces États, et le litige était intervenu après 1979. Une clause compromissoire prévoyait un arbitrage *ad hoc* en cas de litige et le soutien du « *Président de la chambre de commerce internationale* » pour désigner le troisième arbitre en l'absence d'accord entre les deux premiers arbitres. En 1994, la *NIOC* engageait un arbitrage et désignait un arbitre, tandis que l'État d'Israël refusait de procéder à une désignation. Or, la clause compromissoire réglait l'hypothèse d'une difficulté de désignation du troisième arbitre, pas du deuxième, impliquant le recours à un juge d'appui, à l'initiative de la *NIOC* qui, considérant sans doute que la référence au président de la CCI dont le siège était à Paris justifiait ce *for* d'appui, saisissait le TGI de Paris sur le fondement de l'article 1493 du « *nouveau* » Code de procédure

80. CA Québec, 31 mars 2003, *Air France v. Libyan Airlines* : *Rev. arb.* 2003, p. 1365, note A. Prujiner. – Adde : J.-B. Racine, *L'arbitrage commercial international et les mesures d'embargo. À propos de l'arrêt de la Cour d'appel du Québec du 31 mars 2003* : *JDI* 2004, var. 4, p. 89.

81. Cass. 1^{re} civ., 1^{er} févr. 2005, Cass. 1^{re} civ., 1^{er} févr. 2005, n° 01-13.742 et 01-15.237 : *JurisData* n° 2005-026746 ; *JCP G* 2005, II, 10101, comm. G. Kessler ; *Rev. arb.* 2005, p. 693 ; *Rev. crit. DIP* 2006, p. 140.

civile⁸², tandis que l'État d'Israël contestait sa compétence. Le président du TGI de Paris décidait de retenir cette exception d'incompétence. Entre-temps, la Cour suprême d'Israël avait considéré l'Iran comme un État ennemi d'Israël, ce qui avait pour conséquence de rendre impossible la saisine d'un juge en Israël, et d'empêcher un avocat israélien ou iranien d'y représenter l'Iran⁸³. La *NIOC* saisissait à nouveau le TGI de Paris après l'échec des négociations entre les parties lequel à nouveau rejetait la demande, considérant la clause comme « pathologique »⁸⁴. La *NIOC* formait un « appel-nullité » contre cette décision et la cour d'appel de Paris, en 2001⁸⁵, désignait un arbitre, après avoir validé la compétence du juge d'appui français en présence d'un risque de déni de justice⁸⁶, solution approuvée par la Cour de cassation en 2005 qui rejetait le pourvoi. L'article 1505 du Code de procédure civile reprend, depuis, la référence à un risque de déni de justice, mais sans la mention d'une exigence de rattachement, par un lien ou un « contact », « même tenu » avec la France des arrêts *NIOC*, le juge français pouvant être considéré comme un *for de nécessité*, voire disposant d'une compétence universelle. Si une telle compétence universelle est en général rejetée par la doctrine⁸⁷ qui s'en tient à la logique de la

82. *CPC*, art. 1493 : « Directement ou par référence à un règlement d'arbitrage, la convention d'arbitrage peut désigner le ou les arbitres ou prévoir les modalités de leur désignation. Si pour les arbitrages se déroulant en France ou pour ceux à l'égard desquels les parties ont prévu l'application de la loi de procédure française, la constitution du tribunal arbitral se heurte à une difficulté, la partie la plus diligente peut, sauf clause contraire, saisir le président du tribunal judiciaire de Paris selon les modalités de l'article 1457 ». – *CPC*, art. 1505 : « En matière d'arbitrage international, le juge d'appui de la procédure arbitrale est, sauf clause contraire, le président du tribunal judiciaire de Paris lorsque : 1° L'arbitrage se déroule en France ; ou 2° Les parties sont convenues de soumettre l'arbitrage à la loi de procédure française ; ou 3° Les parties ont expressément donné compétence aux juridictions étatiques françaises pour connaître des différends relatifs à la procédure arbitrale ; ou 4° L'une des parties est exposée à un risque de déni de justice ».
83. V. Th. Clay, note ss *Cass.* 1^{er} civ., 1^{er} févr. 2005, n° 01-13.742 et 01-15.237 : *Rev. crit. DIP* 2006, spéc. n° 5.
84. *TGI Paris, ord.*, 10 janv. 1996 : *Bull. ASA* 1996, p. 319, obs. H. Arfazadeh ; *Bull. ASA* 1996, p. 325 ; *Rev. arb.* 2002, p. 427 (1^{re} esp.), note Ph. Fouchard. – *TGI Paris, ord.*, 9 févr. 2000 : *Rev. arb.* 2002, p. 427 (2^e esp.), note Ph. Fouchard. La deuxième ordonnance considèrerait toutefois que la compétence « pourrait être exceptionnellement étendue en présence d'une situation de déni de justice », s'« il existe un lien suffisant de rattachement de l'arbitrage avec la France ».
85. *CA Paris*, 28 sept. 2000, inédit. – *CA Paris*, 29 mars 2001 : *Rev. arb.* 2002, p. 427 (3^e esp.), note Ph. Fouchard ; *JDI* 2002, p. 498, note D. Cohen ; *Bull. ASA* 2002, p. 553, note P. Lalive ; *RTD com.* 2001, p. 651, obs. E. Loquin. – *CA Paris*, 8 nov. 2001 : *Rev. arb.* 2001, somm., p. 925. En principe, les décisions d'un juge d'appui sont rendues sans recours possible (*CPC*, art. 1460), sauf refus de désignation, ou « appel-nullité » (*V. CA Paris*, 19 juin 1998, *Unesco* : *Rev. arb.* 1999, p. 343, note C. Jarrosson).
86. *CA Paris*, 29 mars 2001 : « Ce juge [d'appui] peut encore intervenir en cas de déni de justice avéré à l'étranger, le droit pour une partie à une convention d'arbitrage de voir soumettre ses prétentions à une juridiction arbitrale étant une règle d'ordre public que le juge français, comme tout autre, a vocation à faire respecter dans l'exercice de ses attributions de soutien à l'arbitrage ; son intervention doit toutefois être justifiée par un contact avec la France. [...] Le juge français était et est encore le moins mal placé pour désigner un arbitre et permettre ainsi à la société de droit iranien d'accéder à la juridiction arbitrale ».
87. V. Ph. Fouchard, note ss *TGI Paris, réf.*, 2 avr. 1981 : *Rev. arb.* 1983, p. 191, note ss *TGI Paris, réf.*, 11 mai 1987 : *Rev. arb.* 1988, p. 699. – Ch. Seraglini et J. Ortsheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international* : *LGDJ*, 2^e éd., 2019, spéc. n° 780. – *Comp. mais en dehors toute question d'arbitrage, en matière d'action syndicale internationale* : *Cass. soc.*, 14 sept. 2017, n° 15-26.737, *Comilog* : *JurisData* n° 2017-017662 ; *Rev. crit. DIP* 2018, p. 267, note Pataut ; *JCP S* 2017, n° 46, p. 1374, obs. L. d'Avout ; *RDT* 2018, p. 780, obs. F. Jault-Seseke ; *Rev. sociétés* 2018, p. 467, note O. Boskovic : « Attendu que, si l'impossibilité pour une partie d'accéder au juge chargé de se prononcer sur sa prétention et d'exercer un droit qui relève de l'ordre public international constitue un déni de justice fondant la compétence de la juridiction française lorsqu'il existe un rattachement avec la France, la seule détention par

jurisprudence *NIOC* imposant un lien de rattachement, quelconque, avec la France, elle est pourtant la lettre de l'article 1505.

4) *Constitution d'un tribunal arbitral et extension de la convention d'arbitrage à un État*

34 – Une quatrième difficulté apparaît, au moment de la constitution d'un tribunal arbitral, fondée sur le caractère *conventionnel* de l'arbitrage, lorsqu'il s'agit d'attirer une partie non-signataire à la convention d'arbitrage. Les hypothèses d'arbitrages associés à une situation de guerre étant difficiles à mettre en œuvre, on peut penser que cette voie, facilitée notamment par la jurisprudence française en matière d'*extension* d'une convention d'arbitrage à des non-signataires, pourrait être utilisée, notamment pour impliquer un État ou une entité étatique. La jurisprudence française, depuis l'affaire *Dow Chemical*⁸⁸, considère en effet que ce phénomène d'extension repose sur une règle matérielle (française) du droit de l'arbitrage international, qui s'applique lorsque le siège de l'arbitrage se situe en France et que les parties n'ont pas désigné de loi applicable autre à la convention d'arbitrage (ce qui est quasiment toujours le cas).

Celle-ci prend deux chemins distincts, celui de la *circulation* de la convention d'arbitrage et celle de son *extension* proprement dite.

Le premier s'exprime lorsque la clause « *circule* », par voie de cession d'un droit ou d'un autre mode de transmission⁸⁹ : une cession de créance ou de contrat, d'une chose, une subrogation dans un droit, une transmission universelle, etc. Toutes ces questions concernent en général des situations contractuelles « *ordinaires* », de droit privé, hors litiges de guerre. Cela étant, les mêmes causes pourraient produire les mêmes effets. Dans l'affaire *Oschadbank*, par exemple⁹⁰ où la Russie avait succédé à l'Ukraine dans les territoires de Crimée, au Donbass et à l'est du Dniepr qu'elle occupe par une invasion illégale, cette « *succession* » dans les droits de l'Ukraine, illégale, aurait pu renforcer la justification de la compétence de l'arbitre à l'endroit de la Russie. De la même manière dans l'affaire *Sulu*⁹¹, la question posée était celle de la compétence de l'arbitre, qui, d'après la cour d'appel de Paris, avait cessé de produire ses effets lorsque la Grande-Bretagne était devenue titulaire des droits du contrat litigieux alors que la convention d'arbitrage semblait impliquer la Grande-Bretagne dans le choix de l'arbitre ; c'était oublier que ces « *droits* » avaient changé de titulaire à plusieurs reprises et notamment en 1963 lorsque la Malaisie avait « *acquis* » ces droits. Une transmission de ces droits, qu'elle se soit effectuée à titre universel ou

une société française d'une partie du capital d'une société étrangère ne constitue pas un lien de rattachement au titre du déni de justice ».

88. *CA Paris*, 21 oct. 1983 : *Rev. arb.* 1984, p. 98, note A. Chapelle : « La clause compromissoire insérée dans un contrat international a une validité et une efficacité propres qui commandent d'en étendre l'application aux parties directement impliquées dans l'exécution du contrat et dans les litiges qui peuvent en résulter, dès lors qu'il est établi que leur situation contractuelle, leurs activités et les relations commerciales habituelles existant entre parties, font présumer qu'elles ont accepté la clause d'arbitrage, dont elles connaissaient l'existence et la portée, bien qu'elles n'aient pas été signataires du contrat qui la stipulait ».

89. *Comp. J. El Abdab et D. Mainguy, Droit de l'arbitrage, théorie et pratique : LexisNexis*, 2021, n° 562 s.

90. *V. n° 49*.

91. *V. n° 47*.

particulier, permettrait en étirant très longuement le raisonnement, d'appliquer ce mécanisme d'extension.

Le deuxième chemin, celui de l'extension proprement dite, permet d'appliquer une convention d'arbitrage, présente dans un contrat, à d'autres contrats qui forment un ensemble qui concourt à une même opération, par exemple lorsqu'un sous-contractant ou un intermédiaire apparaît, ou que le contrat est ratifié par un tiers. Ce tiers peut être un État ou une entité étatique qui, connaissant et approuvant la convention d'arbitrage, peut être conduit à participer à l'instance arbitrale, contrainte par extension, ou le demandant au contraire. Ainsi le principe, fermement établi en jurisprudence, et au départ issu des relations dans un groupe des sociétés et selon lequel « *la convention d'arbitrage doit être étendue à un tiers qui s'implique dans l'exécution du contrat qui la contient* »⁹² a vocation à s'appliquer à toute situation d'imbrication contractuelle consistante, par exemple dans un groupe de sociétés, y compris aux groupes constitués d'un État souverain et d'une entité qui lui est rattachée. En principe, en effet, il n'y a pas de raison pour que les règles arbitrales prévalant pour les litiges entre parties privées ne s'appliquent pas à des entités étatiques⁹³. Il peut s'agir d'un lien vertical, soit pour « *remonter* » d'une entité vers un État, tiers au contrat⁹⁴, ou, au contraire, pour « *descendre* » de l'État vers une entité

92. *V. en dernier lieu* : CA Paris, pôle 1, ch. 1, 23 juin 2020, n° 17/22943, KFG : JDI 2021, comm. 4, p. 150, note J.-B. Racine.

93. *En ce sens*, P. Fouchard, E. Gaillard et B. Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international* : Litec, 1996, p. 312. – G. Born, *International Arbitration Agreements, Part I, International Commercial Arbitration* : Kluwer Law International, 3^e éd., 2021, chap. 10.02 (P). – B. Hanotiau, *Complex Arbitrations : Multiparty, Multicontract, Multi-issue and Class Actions* : Kluwer Law International, 2006, p. 62. – B. Hanotiau, *Consent to Arbitration : Do We Share a Common Vision ?* : *Arbitration International*, 2011, vol. 27, Issue 4, p. 539, spéc. p. 547. – M. Magnarelli et A. Ziegler, *Extension of an Arbitration Agreement to a Non-Signatory State and Attribution of State Entities' Conduct : Privity of Contract in Swiss and Investment Arbitral Tribunals' Case Law* : *Arbitration International*, 2020, vol. 36 Issue 4, p. 509. – V. Amoco Int'l Fin. Corp. v. Iran, Award in IUSCT Case n° 310-56-3 of 14 July 1987, 15 Iran-US C.T.R. 189, 238-41 (1987) : « *in certain circumstances, the separate personality of an entity fully controlled by a State can be discarded and the State considered bound by the terms of a contract entered into by such an entity. (...) Such a conclusion, however, can only be drawn if this entity acted as an instrument of the State* ».

94. *Dans la célèbre affaire du « Plateau des Pyramides »* l'État égyptien avait « *approved, agreed and ratified* » le contrat conclu entre des constructeurs de Hong-Kong en vue d'édifier deux centres touristiques avec un organisme public égyptien, *Egyptian General Organization for Tourism and Hotels (EGOTH)* et était attiré à l'arbitrage, ce que la sentence arbitrale avait admis (Sent. 13 févr. 1983, SPP (Middle East) Ltd., Southern Pacific Properties Ltd. v Arab Republic of Egypt, EGOTH, ICC Case n° 3493, IX Y.B. Comm. Arb., IX, (1984), p. 111), avant d'être annulée par la cour d'appel de Paris, solution validée par la Cour de cassation (Cass. 1^{re} civ., 6 janv. 1987, n° 84-17.274, Plateau des Pyramides : *JurisData* n° 1987-099628 ; JDI 1987, p. 638, note B. Goldman ; Rev. arb. 1987, p. 469, note Ph. Leboulanger. Dans l'arrêt Dallah, au contraire, où la Cour suprême anglaise, saisie d'une demande d'exequatur d'une sentence arbitrale, dont le siège arbitral était à Paris, étendant la convention d'arbitrage à l'État du Pakistan, non signataire, avait considéré que ce dernier n'était pas partie à la convention d'arbitrage (Cour suprême du Royaume-Uni (UKSC), 3 nov. 2010 (UKSC 46), Dallah v. Ministry of religious affairs : JDI 2011, comm. 8, p. 395, note I. Michou), la cour d'appel de Paris avait confirmé la validité de la sentence et le fait que l'État était bien englobé dans le champ de la clause arbitrale (CA Paris, 17 févr. 2011, n° 09/28533, Gouvernement du Pakistan, min. Affaires religieuses c/ Dallah : *JurisData* n° 2011-004798 ; CAPJIA 2011, n° 2, p. 443 ; JDI 2011, comm. 8, p. 395, note I. Michou ; JCP G 2012, 1140, n° 2, obs. Ch. Seragliani ; D. 2011, p. 3023, obs. Th. Clay).

subalterne qui aurait participé à l'opération⁹⁵. Il pourrait s'agir d'un lien horizontal visant à étendre l'arbitrage à un État tiers⁹⁶.

b) Flux financiers par une partie sous sanctions

35 – La conduite d'un arbitrage suppose un certain nombre de flux financiers : l'objet d'un arbitrage est très souvent une demande financière, de paiement, de réparation ou de compensation. Surtout, elle implique que soient payées des sommes d'argent pour la bonne fin de l'arbitrage : les conseils, les experts, le centre d'arbitrage administrant la procédure tenant compte des frais administratifs et des honoraires des arbitres, voire les arbitres eux-mêmes dans un arbitrage *ad hoc*, les frais de location de salles, d'interprètes, de *transcript*, de voyages, etc. Cette onérosité de l'arbitrage est d'ailleurs souvent présentée comme une spécificité de l'arbitrage, comme si la conduite d'un procès devant un juge étatique était gratuite : il faut y régler également les avocats, les experts, y compris des « *frais de justice* », relativement faibles en France, à la différence d'autres pays où ils peuvent être très élevés. Tout une série de difficultés⁹⁷ même non liées à une question de guerre peuvent survenir : une partie refuse de payer, est insolvable ou impécunieuse, les questions en litige reposent sur des questions financières discutables, sinon illicites, comme des situations de corruption, de blanchiment d'argent, voire véritablement d'escroquerie⁹⁸.

36 – Le traitement du litige portant sur des questions litigieuses liées à des situations juridiques relevant de sanctions économiques, sectorielles ou de gels de fonds, relève du fond du litige. De ce traitement dépend, éventuellement, la validité de la sentence arbitrale. Dans l'immense majorité des cas, ces sanctions

95. CA Paris, 16 juin 1988, *Swiss Oil* : Rev. arb. 1989, p. 309. Le tribunal arbitral et la cour d'appel de Paris ont considéré que la signature par un dirigeant d'une société nationale (Petrogab) d'un contrat conclu entre une société privée et la République du Gabon ne suffisait pas à étendre la clause, car ce dirigeant n'avait signé qu'en qualité de représentant de l'État et non au nom de l'entité.

96. V. dans l'affaire du programme « Pétrole contre Nourriture » dans lequel les Nations unies avaient conclu un contrat de compte-courant avec la BNP Paribas pour financier l'ensemble, comprenant une clause compromissaire et où la République d'Irak cherchait à bénéficier de cette convention d'arbitrage, selon le mécanisme de la « *third Party beneficiary* » pour engager un litige contre les Nations Unies pour corruption, ce qui avait été rejeté aux États-Unis en 2011 (Iraq v. ABB AG, 769 F.Supp.2d 605, 614-15 (S.D.N.Y. 2011)).

97. Sur l'ensemble de la question : M. Audit et P. Duprey, *Du paiement et de questions financières connexes dans les procédures d'arbitrage* : Rev. arb. 2022, p. 1287. – Adde W. Ben Hamida et Th. Clay (dir.), *L'argent dans l'arbitrage* : Lextenso, éd. 2013. – E. Geisinger, Ph. Bärtsch, J. Raneda et S. Ebere, *Les Conséquences des sanctions économiques sur les obligations contractuelles et sur l'arbitrage commercial international* : RDAI, 2012, p. 405. – M. Audit, *L'effet des sanctions économiques internationales sur l'arbitrage international*, in E. Loquin et S. Manciaux (dir.), *L'ordre public et l'arbitrage* : LexisNexis, 2014, p. 143.

98. EWHC, 30 janv. 2024, *Contax Partners Inc BVI v Kuwait Finance House and others* [2024] EWHC 436 (Comm). Dans cette affaire incroyable, une sentence avait été présentée aux tribunaux de Londres concernant un arbitrage (faux) au Koweït contre une banque pour un montant de 53 millions d'euros. Le fraudeur agissait au nom d'une véritable société, à son insu, et a obtenu une ordonnance d'exécution, puis une mesure d'exécution de gel des fonds. Le débiteur supposé s'est présenté pour établir qu'il n'y avait jamais eu d'arbitrage de ce type. Certains se demandent, en Malaisie, si l'arbitrage Sulu où une sentence d'un montant de 15 milliards d'euros a été rendue contre la Malaisie, ne serait pas, également, une escroquerie, aucun des demandeurs n'ayant jamais été vu (Comp. D. Mainguy, *L'utilisation des règles de droit dans un contexte de guerre « atypique » : l'exemple de l'affaire du Sultanat de Sulu (Entretien avec Azalina Othman Said, ministre du Département du Premier ministre (droit et réforme institutionnelle) de la Malaisie)*, JCP E 2024, 1138).

économiques sont liées à des situations de tensions diplomatiques majeures, sur fond de guerre, que celle-ci implique ou non l'auteur de la sanction. Les sanctions économiques américaines contre des personnalités ou entités cubaines, nord-coréennes, iraniennes, russes, vénézuéliennes, soudanaises, etc., interviennent sans que les États-Unis soient partie à un conflit armé avec les pays dont ces personnes ou entités sont ressortissantes. La même situation s'observe avec les sanctions économiques européennes contre des personnes ou entités russes, biélorusses ou ukrainiennes (ou russes selon le point de vue) du Donbass ou de Crimée : l'Union européenne ou ses États membres ne sont pas en situation de conflit avec la Russie ou la Biélorussie. C'est cependant la situation de guerre, ou de menace de guerre, de terrorisme ou de soutien au terrorisme, dans ces pays, en tant qu'elle affecte les intérêts de l'Union européenne ou des États-Unis qui justifie ces sanctions économiques.

37 – Lorsqu'une telle personne ou entité est partie à un arbitrage, c'est cette personne ou entité, et non un tiers ou un représentant, qui doit assumer le paiement des frais de la procédure. Du reste, le règlement d'arbitrage de la CCI exprime cette préoccupation par la mention, sur les factures qu'elle émet que « *the payment must originate from a party to the case in which the payment has been requested* ». Une partie sous sanction doit donc assumer le coût de l'arbitrage, le paiement s'effectuant en principe en dollar américain. Une partie qui serait sous sanction américaine et qui effectuerait un paiement en dollar mettrait en danger la procédure arbitrale elle-même, outre l'éventuelle violation des sanctions, primaires, par la partie effectuant ce paiement. En effet, le risque existe que les États-Unis considèrent que ce paiement, et surtout son acceptation, constitue une violation des sanctions secondaires qui peuvent accompagner la sanction primaire (l'interdiction de tout lien avec telle personne ou avec tout ressortissant de tel pays) et ce faisant, risque d'attirer ce contournement des sanctions américaines sur le territoire des États-Unis, en raison de la conception très particulière que les États-Unis, à tout le moins ses *authorities*, se font de l'application extraterritoriale de ces règles. Il suffit en effet qu'existe un lien, même ténu, avec les États-Unis, par exemple l'utilisation du dollar, pour que les autorités américaines se considèrent comme compétentes pour infliger des sanctions à celui ou ceux qui auraient profité de ce contournement. En retour, l'article 3, § 4 de l'Appendice III du règlement d'arbitrage de la CCI prévoit que « *tous les montants fixés par la Cour ou au titre de l'un des appendices du Règlement sont payables en US\$ sauf interdiction légale ou décision contraire de la Cour, auquel cas la CCI peut appliquer un tableau de calcul et un accord sur les honoraires différents en une autre monnaie* ». Le même problème se pose d'ailleurs pour un arbitre qui serait ressortissant d'un pays sous sanction économique américaine : le paiement dans une autre monnaie que le dollar est possible⁹⁹, sans que la

99. La « *Note aux parties et aux arbitres* » qu'adresse la CCI précise qu'une fois prise la décision « *de confirmation ou de nomination d'un arbitre, d'un médiateur, d'un expert ou d'un tiers neutre détenant la citoyenneté d'un pays visé par un embargo des États-Unis, l'euro pourra être la devise utilisée pour le calcul et le versement des paiements prévus par les règlements de la CCI relatifs aux DRS (Dispute Resolution Services)* ».

question du principe même des sanctions soit réglée. Un décret russe de 2022 interdit les transferts de devises étrangères hors de Russie au-delà d'un montant équivalent à 10 000 \$, en réponse à la restriction des opérations de change imposée aux ressortissants russes¹⁰⁰.

38 – En 2015 par exemple, alors que les premières sanctions de l'Union européenne, ou américaines, frappaient des entités russes ou des secteurs spécifiques, les principaux centres d'arbitrage concernés, la ICC, la LCIA et la SCC, avaient, dans une déclaration commune, considéré que ces sanctions n'avaient pas d'effet substantiel sur l'administration d'arbitrages par ces dernières, tout en réservant l'hypothèse d'effets procéduraux ou de fonds¹⁰¹. Effectivement, s'agissant des sanctions de l'Union européenne concernant la guerre en Ukraine, un certain nombre d'exceptions sont prévues pour la conduite de litiges, notamment arbitraux, dans le règlement (UE) n° 269/2014 concernant des sanctions de gel de fonds d'entités déterminées, ou le règlement (UE) n° 833/2014 concernant des sanctions sectorielles contre la Russie, qui s'ajoute à celles décidées ou contre l'Iran ou le Venezuela¹⁰², ce qui n'est pas le cas des sanctions imposées par d'autres organisations internationales ou d'autres États.

39 – La difficulté est ici considérable, sinon insoluble. Les sanctions internationales affectant des personnes ou des entités nommément désignées prennent en effet des formes qui sont susceptibles d'entraver la bonne conduite d'un arbitrage. Cette personne ou cette entité peut se voir interdire de se rendre dans un territoire donné et subir un gel de ses fonds ou bien une interdiction de recevoir des paiements.

2° Situation de guerre et objet de l'arbitrage

40 – Plusieurs situations peuvent être considérées à travers la prise en compte directe de questions impliquant une situation de « guerre » ou de « guerre atypique », au moyen de quelques exemples, illustrant en premier la question, essentielle, de savoir si le fait de guerre peut être saisi par un arbitrage qui n'est pas interétatique, c'est-à-dire où la mission de l'arbitre n'a pas pour objet la guerre, mais la résolution d'un litige ordinaire, dans une ambiance de guerre et, donc la question de l'applicabilité des normes de guerre (a), et, ensuite, les hypothèses où, précisément le litige de guerre peut être oublié, escamoté, voire surestimé, en tout cas mal saisi (b).

a) Le fait de guerre saisi : l'applicabilité des « normes de guerre » à un litige de guerre

41 – Il est évident que l'appréhension, dans un arbitrage, d'un fait de guerre n'est pas aisée. Elle l'est d'autant moins lorsque l'arbitrage n'est pas interéta-

100. D. *Féd. Russie* n° 81, 1^{er} mars 2022 on additional temporary economic measure to ensure financial stability of the Russian Federation.

101. ICC, LCIA, SCC, *Déclaration commune sur l'impact potentiel des sanctions de l'UE à l'encontre de la Russie sur l'arbitrage international administré par les institutions d'arbitrage situées dans l'UE*, 17 juin 2015.

102. V. n° 61.

tique : seul un tel arbitrage a précisément pour objet de trancher une situation sinon de guerre, du moins un conflit pouvant dégénérer en guerre, ou au contraire ses conséquences.

C'est donc essentiellement dans les situations dans lesquelles un fait de guerre est potentiellement en toile de fond sinon au cœur d'un litige, commercial ou d'investissement, que la question se pose avec acuité. En matière d'arbitrage d'investissement par exemple, il n'est sans intérêt d'observer que l'affaire *AAPL c/ Sri Lanka* ayant donné lieu à la décision CIRDI du 27 juin 1990¹⁰³ qui, pour la première fois, admettait un arbitrage sur le fondement d'un seul traité bilatéral d'investissement, ait pour origine un cas de guerre, au sens large. En effet, en l'espèce, une ferme d'élevage de crevettes possédée par une société de Hong-Kong, *Asian Agricultural Products Ltd.* (AAPL), au Sri Lanka avait été ravagée par les forces armées sri lankaises, ces dernières estimant qu'il s'agissait d'un foyer terroriste des forces rebelles Tamouls. L'AAPL avait alors engagé un arbitrage sur le fondement du TBI conclu entre le Royaume-Uni (dont Hong-Kong était alors un protectorat) devant un tribunal constitué selon le règlement d'arbitrage CIRDI, celui-ci condamnant le Sri Lanka pour manquement son obligation de « *diligence raisonnable* » ; en d'autres termes, une action violente de contre-insurrection supposerait une diligence particulière dans une installation étrangère.

L'arbitrage commercial n'est pas en reste, par exemple dans des situations dans lesquelles un contrat est conclu avec une partie qui est ensuite placée sous sanctions, quelle qu'elle soit, sanction personnelle ou sectorielle, devient ensuite sous embargo et/ou l'objet du contrat est interdit. Cela a été le cas dans l'affaire *Finmeccanica*¹⁰⁴ qui concernait un contrat de vente d'armes, plus spécifiquement une vente de navires de guerre, en 1980, entre, d'une part, la société italienne *Cantieri Navali Riuniti* (devenue *Fincantieri*), pour les navires, et la société *Oto Melara* (devenue *Finmeccanica*), pour les missiles et munitions, et la République d'Irak, ensuite placée sous embargo des Nations Unies¹⁰⁵ et de l'Union européenne¹⁰⁶ du fait de l'invasion du Koweït en 1990. Les demandes de la République d'Irak, de compensation de divers défauts, s'étaient alors opposées à l'absence de « *clause d'expiration* » du règlement de l'Union européenne, sans crainte de l'aspect mesquin de la solution, la conclusion des contrats ayant eu lieu en période faste, et les difficultés d'exécution étaient survenues après le contexte de guerre et la levée des sanctions internationales.

103. CIRDI, case n° 87/3, *AAPL c/ Sri Lanka*, 27 juin 1990. – V. aussi, CIRDI, Case n° 12/11, *Ampal American-Israël Corp. et a. c/ Arab Rep. of Egypt.*, 21 févr. 2017 (attaques terroristes).

104. Cass. 1^{re} civ., 15 janv. 2020, n° 18-18.088, min. Justice de la République d'Irak c/ *Finmeccanica* : Rev. crit DIP 2020, p. 526, note L. d'Avout. – V. aussi, CA Paris, 1^{er} févr. 2022, n° 15/2022, *Augusta* : Dalloz actualité, 16 mars 2022, obs. J. Jourdan-Marques ; Gaz. Pal. 2022, n° 15, p. 13, obs. L. Larribère, note n° 14.

105. UNSC, rés. 661(1990), 6 août 1990, rés. 687 (1991), 3 avr. 1991.

106. Cons. CE, régl. (CEE) n° 3541/92, 7 déc. 1992, art. 2.1 : « interdit de faire droit ou de prendre toute disposition tendant à faire droit à une demande présentée par toute personne physique ou morale en Irak, résultant de ou liée à un contrat ou à une opération dont l'exécution a été affectée directement ou indirectement, en totalité ou en partie, par les mesures décidées conformément à la résolution 661 (1990) du Conseil de sécurité des Nations unies et à ses résolutions connexes ».

42 – Une difficulté, majeure pour les arbitres, repose sur la question même de savoir s'ils peuvent, ou doivent, saisir telle norme « *de guerre* », une norme de sanction, des sanctions économiques notamment, sous forme de gels d'actifs ou d'interdiction sectorielles, totales ou spéciales, ou une norme de comportement comme, par exemple, une norme tirée du droit international humanitaire, voire du droit de la guerre, ou de droit de l'environnement, etc., et de savoir si elle est *applicable* au litige et tirer au besoin les conséquences de cette application.

Les situations sont innombrables en raison de la multiplicité de ces normes impératives, des types de sanctions, de leur origine, de leurs effets. Par exemple, il peut s'agir d'une norme tirant sa source des Nations Unies ou d'un groupement d'États « *régional* », comme l'Union européenne, ou de mesures unilatérales ; elles peuvent poser des gels de fonds ou d'actifs, des interdictions spéciales ou générales c'est-à-dire des embargos, elles peuvent être limitées ou générales, primaires ou secondaires, conditionnées ou non, etc. Il peut s'agir, surtout, d'interdictions générales de comportement, crimes de guerre et autres atteintes aux droits humains, environnementaux ou sanitaires.

43 – La question n'est pas nouvelle¹⁰⁷ mais son intensité s'accroît du fait de la prolifération de ces normes et de la réception par les juges chargés du contrôle des sentences arbitrales. L'arbitre est alors placé dans une situation très inconfortable. Il est en effet chargé de trancher un litige apparemment simple – tel investissement a-t-il subi une mesure équivalente à une expropriation, tel contrat a-t-il été incorrectement exécuté, etc. – et est confronté à une difficulté majeure. L'arbitre n'est tenu, au fond, que par la loi désignée pour le litige, la *lex contractus* notamment, choisie par les parties ou désignée par les arbitres eux-mêmes, et, en matière procédurale, que par la convention d'arbitrage, le règlement d'arbitrage éventuellement et la *lex arbitri* applicable. Or, aucun de ces trois derniers ensembles de règles ne propose de solution à l'arbitre pour savoir si telle norme de sanction ou de comportement doit s'appliquer au litige en tant qu'elle s'intégrerait dans la *lex contractus* comme loi du litige.

Ces normes peuvent être considérées comme des lois de police, éventuellement des lois de police « *locales* », de telle manière que l'hypothèse de leur application pour substituer ou compléter la loi applicable au litige ne se pose pas d'un point de vue hypothétique¹⁰⁸. Il faudrait cependant supposer que ces normes de sanctions sont *toujours* des lois de police. Les lois de police de l'article 9 du règlement Rome I sont des lois cruciales pour un État assurant la sauvegarde de ses intérêts publics, c'est-à-dire ses intérêts *internes*, tandis que les

107. V. P. Mayer, *L'arbitre et les sanctions économiques*, Mél. L. Aynès : LGDJ-Lextenso, 2019, p. 371. – E. Geisinger, P. Bártsh, J. Raneda et S. Ebere, *Les conséquences des sanctions économiques sur les obligations contractuelles et sur l'arbitrage commercial international* : RDAI, 2012, p. 405.

108. V. CA Paris, 25 févr. 2015, *Bio-Rad* : D. 2015, p. 1260, note M. Winkler et A. Lacombe ; D. 2015, p. 2031, obs. L. d'Avout ; D. 2016, p. 1045, obs. H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seseke : « en application de l'article 9 du règlement Rome I, il ne peut être donné effet à une loi de police étrangère que s'il s'agit d'une loi de police du lieu d'exécution du contrat et si cette loi de police rend illégale l'exécution du contrat, qu'en l'espèce, sans avoir à se prononcer sur la qualification de loi de police des dispositions du Code des Réglementations Fédérales, CFR, instituant un embargo sur les exportations à destination de l'Iran, la Cour ne peut donner d'effet à la loi américaine, qui n'est ni une loi de police française, ni une loi de police iranienne ».

normes de sanctions assurent une fonction *externe*, une forme « *d'agression* » visant à nuire à un autre État que celui d'émission de la norme de sanction ou à des entités privées étrangères quand bien même cela pourrait affecter, par hypothèse, des activités privées internes¹⁰⁹.

L'affaire *Bio-Rad* en est une illustration : l'application de la méthode conflictuelle conduit à ne pas appliquer la norme de sanction. C'est également l'objectif affiché des sanctions économiques contre la Russie, à savoir faire obstacle à ses approvisionnements, sa capacité à conduire la guerre en Ukraine, faire baisser son activité économique, etc. Par conséquent, *a priori*, le juge national devra tenir compte d'une sanction nationale ou régionale à laquelle il appartient, ou émanant d'un État tiers mais approuvée, même implicitement (une sanction américaine par exemple), et rejeter la « *contre-sanction* », russe par exemple. Rien n'interdit cependant au juge d'apprécier la validité de la sanction d'un État tiers, par exemple sa validité internationale¹¹⁰. S'agissant d'une norme impérative de comportement, tout dépend alors de la localisation du comportement en question : le développement du débat sur la responsabilité éventuellement liée à un manquement à un devoir de vigilance montre que la question, en termes de conflits de lois en matière d'obligation non-contractuelle, n'est pas aisée.

44 – Pour un arbitre international, la situation est beaucoup plus complexe : il n'a pas de *for* et toutes les normes impératives, quelles qu'elles soient, sont des lois de police étrangères, de sorte qu'il peut, *a priori*, décider de les ignorer ; en bonne logique arbitrale, il *devrait* les ignorer si elles ne sont pas intégrées dans le corps de la loi applicable au litige.

Là se trouve la difficulté, à supposer que s'impose à lui un devoir de rendre une décision efficace dans l'État du siège de l'arbitrage ou de l'exécution probable de la sentence, devoir dont l'intensité est proportionnelle d'une part, à sa conception de la justice dans le cas soumis et, d'autre part, à l'intensité de l'ordre public international du siège et à celle de son contrôle par le juge de la validité de la sentence.

Les arbitres internationaux sont par nature choisis, précisément, pour leur indépendance à l'endroit des normes nationales, des manières nationales de juger. Peu importe en outre aux parties leurs opinions sur la conduite de la politique internationale de tel pays, sauf, s'ils les manifestent, à risquer de faire preuve d'un manque d'impartialité que les parties ne manqueraient pas de saisir. Il n'existe pas, donc, de norme arbitrale qui imposerait ou n'imposerait pas à l'arbitre d'appliquer ou de ne pas appliquer la norme impérative. Peut-être devrait-il en être différemment si la norme de sanction est incluse dans la loi applicable au litige et que cette norme de sanction affecte *directement* la validité d'un contrat ou la possibilité d'exécuter le contrat ; elle est alors une *norme contractuelle* que l'arbitre doit appliquer. Par exemple, les règles du droit

109. P. Mayer, *L'arbitre et les sanctions économiques*, Mélanges L. Aynès : LGDJ-Lextenso, 2019, p. 371, n° 7.

110. V. H. van Houtte, *The Impact of Trade Prohibitions on Transnational Contracts* : RDAI, 1988, p. 141, spéc. p. 150. – D. Mainguy, *Droit de la guerre « atypique »*, *Réflexion sur les conflits non-armés et non-militaires (Laufare, Guerre économique et informationnelle)* : LGDJ-Lextenso, 2023, n° 30 s.

français intègrent les règles européennes ou certaines règles internationales et certaines de ces règles ont une relation directe avec la validité ou l'efficacité d'une question contractuelle. Dans l'affaire *Sorelec*, par exemple ¹¹¹, la cour d'appel de Paris, pour annuler une sentence d'accord-parties en raison de la corruption affectant ce contrat qui n'avait pas été débattue devant les arbitres, ne s'était pas fondée sur tel texte du droit pénal français prohibant la corruption d'agent public étranger, mais sur une norme transnationale : « *La lutte contre la corruption est un objectif poursuivi, notamment, par la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption du 17 décembre 1997, entrée en vigueur le 15 février 1999, et par la Convention des Nations Unies contre la corruption faite à Mérida le 9 décembre 2003, entrée en vigueur le 14 décembre 2005. Suivant le consensus international exprimé par ces textes, la corruption d'agent public, qu'il soit national ou étranger, consiste à offrir à celui-ci, directement ou indirectement, un avantage indu, pour lui-même ou pour une autre personne ou entité, afin qu'il accomplisse ou s'abstienne d'accomplir un acte dans l'exercice de ses fonctions officielles, en vue d'obtenir ou de conserver un marché ou un autre avantage indu, en liaison avec des activités de commerce international. La prohibition de la corruption d'agents publics est au nombre des principes dont l'ordre juridique français ne saurait souffrir la violation même dans un contexte international. Elle relève en conséquence de l'ordre public international* ».

Fort bien pour le juge du siège, mais pour l'arbitre : ces normes impératives *transnationales* ne s'imposent-elles pas à lui, par-dessus, en quelque sorte des lois de police *nationales* ? Il devient donc très difficile pour l'arbitre de faire le partage entre les normes, lois de police et/ou normes d'ordre public international, qui d'une part sont intégrées à la loi applicable au litige et qui, d'autre part, ont un lien direct avec le contrat, et les autres normes. Dans l'affaire *Sofregaz* ¹¹² par exemple qui ressemble, en version arbitrale, à l'affaire *Bio-Rad* la société *Sofregaz* avait conclu avec la société iranienne *Natural Gas Storage Company* un contrat, soumis au droit iranien, pour la conversion en stockage souterrain d'un champ gazier, résilié par la partie iranienne, en raison de difficultés à obtenir des garanties bancaires françaises, emportant des appels en contre-garantie, *Sofregaz* déposant une demande d'arbitrage pour contester la résiliation. La sentence a validé la décision iranienne, sans tenir compte des sanctions internationales contre l'Iran (non invoquées devant les arbitres). La cour d'appel rejetait le recours en annulation, mais en raison de l'absence de violation de ces règles, tout en analysant la nature des diverses sanctions internationales. Les sanctions des Nations Unies « *peuvent être assimilées à des lois de police étrangères et/ou des lois de*

111. V. n° 54.

112. Cass. 1^{re} civ., 9 févr. 2022, n° 20-20.376, *Sofregaz c/ NIOC* : D. 2022, p. 1773, obs. L. d'Avout ; Dalloz actualité, 16 mars 2022, obs. J. Jourdan-Marques, sur appel de Paris, 3 juin 2020, n° 19/07261, TCM : Dalloz actualité, 29 juill. 2020, obs. J. Jourdan-Marques ; D. 2020, p. 2484, obs. T. Clay ; RDC 2020, n° 4, p. 60, note M. Laazouzi, à propos de sanctions contre l'Iran, validant le rejet d'un recours en annulation car situé en dehors du champ d'application de ces sanctions : « les arbitres n'avaient pas méconnu leur mission en ne se prononçant pas sur la question des sanctions internationales, dès lors qu'ils avaient considéré, implicitement mais nécessairement, que cet argument n'était ni pertinent ni nécessaire à la solution du litige au regard de l'inexécution par la société TCM FR [Sofregaz] de ses obligations autres que celles liées aux garanties financières ».

police réellement internationales dont un tribunal arbitral ne peut faire abstraction si la situation litigieuse qu'il est amené à juger entre dans le périmètre de ces sanctions ». Les sanctions de l'Union européenne « ainsi transposées au sein de l'Union européenne, et donc dans l'ordre juridique interne en France, peuvent être assimilées à des lois de police françaises et, en ce qu'elles visent à contribuer au maintien ou au rétablissement de la paix et de la sécurité internationales, être tout autant intégrées dans la conception française de l'ordre public international dès lors que les règles et valeurs ainsi véhiculées font partie de celles dont l'ordre juridique français ne doit pouvoir souffrir la méconnaissance ». En revanche, les sanctions américaines, « sanctions unilatérales prises par les autorités américaines contre l'Iran ne peuvent être regardées comme l'expression d'un consensus international », la cour d'appel invoquant en outre, et assez curieusement, la loi française de blocage de 1968. Il demeure donc que, pour le juge français de l'annulation d'une sentence, il existe des lois de police *réellement* internationales qui s'imposent au juge et, sans doute, à l'arbitre.

45 – Dans les autres cas, par exemple le cas des sanctions américaines, la norme impérative n'est pas une *norme applicable*, mais un *fait* que l'arbitre est, ou non, susceptible de prendre en compte en fonction des éléments avancés par les parties¹¹³. C'est le cas par exemple d'une norme de sanction, postérieure à la conclusion du contrat, invoquée par une partie comme obstacle à son exécution : tout dépend, alors, de la conception du droit matériel applicable. En droit français, il pourrait s'agir d'une question de force majeure¹¹⁴, de révision du contrat pour imprévision, d'un fait justificatif d'une inexécution grave, d'un cas d'impossibilité d'exécution forcée en nature, etc. Il pourrait s'agir d'une sanction de second degré, comme une sanction pénale ou une sanction secondaire de type américain, où selon les cas, le droit applicable peut prendre en compte cette situation si elle concerne une application extraterritoriale d'une règle interne étrangère. Dans l'affaire *Bio-Rad*, la société française faisait précisément valoir que la perspective de subir des sanctions américaines assez considérables l'empêchait d'exécuter le contrat. C'est sans doute, pour un arbitre, un argument non pertinent : la règle américaine n'était pas applicable en tant que *lex contractus*, mais peut-être aurait-il pu s'agir, non pas comme *norme applicable*, mais comme *fait justificatif*, d'un empêchement en raison des coûts manifestement disproportionnés de l'exécution forcée¹¹⁵. Encore faudrait-il que ces risques soient réels et pas seulement potentiels, sauf à *surestimer* ce risque en une forme d'*overcompliance* par anticipation.

Les arrêts *Bio-Rad* et surtout *Sofregaz* envisagent la question de l'application extraterritoriale des règles américaines de sanctions, sans toutefois y prêter plus

113. P. Mayer, *L'arbitre et les sanctions économiques*, MéL. L. Aynès : LGDJ-Lextenso, 2019, p. 371, n° 114 s.

114. V. Cass. com., 16 mars 2010, n° 08-21.511, Ap Moller Maersk A/S c/ Sté Viol frères : JurisData n° 2010-002032 ; JCP G 2010, 530, note D. Bureau et L. d'Avout (embargo décrété le Ghana sur les viandes bovines d'origine française).

115. Comp. Trib. La Haye, 17 sept. 1982, Sensor : Rev. crit DIP 1983, p. 473. – Adde B. Audit, *Extraterritorialité et commerce international. L'affaire du gazoduc sibérien* : Rev. crit DIP 1983, p. 401. – V. P. Kinsch, *Le fait du prince étranger* : LGDJ 1994, spéc. p. 229, qui critique cette solution.

d'attention que cela, notamment au regard de l'énormité du risque encouru par les sociétés françaises. Le juge français est en effet placé dans un étau : ou bien il valide l'application des règles extraterritoriales américaines et, interdisant les contrats vers un État sous sanctions américaines, juge alors *comme un juge américain* et, pour le coup, les règles d'application extraterritoriale, qui relèvent sans doute d'une conception un peu musclée de la théorie de l'effet¹¹⁶, deviennent *véritablement* extraterritoriales, ce qui n'est pas demandé par le droit américain ; ou bien le juge les ignore, et le vendeur français est sanctionné pour avoir mal exécuté les contrats conclus avec une partie objectivement sous sanctions. Sauf donc à identifier une autre raison, relevant de la loi applicable (force majeure ou autre), l'arbitre, comme d'ailleurs le juge français, doit appliquer le droit applicable et donc, sanctionner le vendeur français.

Le seul moyen d'éviter cette solution qui, outre qu'elle est assez injuste voire absurde est contre-productive, serait l'existence d'une « *contre-mesure* ». Les « *contre-mesures* » russes, par exemple, sont assez efficaces, mais essentiellement parce que le droit russe crée une barrière judiciaire opaque entre les décisions russes, insusceptibles d'exécution en Europe et les décisions arbitrales européennes irrecevables en Russie, sauf actifs russes en Europe ou européens en Russie¹¹⁷. Les « *contre-mesures* » françaises, la loi dite « *de blocage* » de 1968 ou le règlement (CE) n° 2271/96 dit, également, « *de Blocage* » sont en revanche parfaitement inefficaces¹¹⁸. La loi française de blocage ne fait aucunement interdiction de respecter quelque interdiction étrangère, mais interdit simplement de communiquer des documents « *dont la communication est de nature à porter atteinte à la souveraineté, à la sécurité, aux intérêts économiques essentiels de la France ou à l'ordre public* » à « *des autorités publiques étrangères* » ou à respecter les conventions internationales en matière de production de preuve, la Convention 1970 sur la coopération judiciaire en matière civile et commerciale notamment, pour faire échec à des procédures de *discovery* sous forme de *fishing expeditions*, même si, depuis 2022, la Cour suprême américaine rejette

116. V. D. Mainguy, *Droit de la guerre « atypique », Réflexion sur les conflits non-armés et non-militaires (Lawfare, Guerre économique et informationnelle)* : LGDJ-Lextenso, 2023, n° 103.

117. *Les contre-mesures américaines sont parfois également assez « solides »*. Par exemple, les États-Unis n'ont pas adhéré au Statut de Rome créant la Cour pénale internationale, de crainte que, rétrospectivement, certaines des actions de leurs militaires ou diplomates y soient attraités, à tort ou à raison. À la même époque en effet, se développait, aux États-Unis, un nouveau concept, dit de *lawfare*, contraction de *law* et *warfare*, à l'initiative d'un « officier-juriste » américain (JAG, Judge Attorney General), le colonel Charles Dunlap Jr, qui, en 2001, attirait l'attention des militaires américains sur le risque lié à l'utilisation du « droit comme arme de guerre » (*law as a weapon of war*), principalement les règles du droit des conflits armés contre les opérations militaires américaines, dans une conception négative du *lawfare* par des parties ne respectant aucune des règles du droit des conflits armés, mais qui cherchaient à les opposer aux acteurs s'engagent à les respecter, comme les États-Unis. Les États-Unis ne se sont pas contentés de refuser d'adhérer au statut de Rome ; une loi a été adoptée, l'*American Service-Members' Protection Act (ASPA)*, du 2 août 2002 (81 U.S.C. § 7421 et s.), dite aussi, de manière plus explicite, *The Hague Invasion Act*, en tant qu'elle justifie la non-adhésion au Statut de Rome 81 U.S.C. § 7421 (5), interdit toute coopération avec la CPI et, mieux, autorise les militaires à utiliser tout moyen pour soustraire un « *service-member* » américain de la CPI, jusqu'à « *l'invasion* », supposée ou fantasmée, de La Haye (81 U.S.C. § 7427).

118. *Sur l'ensemble*, D. Mainguy, *Droit de la guerre « atypique », Réflexion sur les conflits non-armés et non-militaires (Lawfare, Guerre économique et informationnelle)* : LGDJ-Lextenso, 2023, n° 136 s.

l'application de ses règles à des arbitrages internationaux¹¹⁹. À supposer toutefois que la loi de blocage française présente un quelconque rôle substantiel, elle ne semble pas s'appliquer à l'arbitrage en France¹²⁰ et est rejetée aux États-Unis¹²¹ et pour cause : ce serait pour le juge étranger appliquer extraterritorialement le droit français. Le règlement (CE) n° 2271/96 propose une solution *a priori* plus incisive, faisant obstacle à l'application des règles de sanctions américaines visées en annexe : « aucune décision d'une juridiction ou d'une autorité administrative extérieure à la Communauté qui donne effet, directement ou indirectement, aux lois citées en annexe ou aux actions fondées sur elles ou en découlant n'est reconnue ou rendue exécutoire de quelque manière que ce soit » (art. 4), interdisant aux personnes visées de se conformer aux sommations d'un juge étranger, sauf à obtenir une autorisation, ce qui a conduit, dans l'affaire *Bank Melli Iran*, en dehors d'un arbitrage mais s'agissant d'une procédure étatique, à peu près à la même solution que dans les affaires *Bio-Rad* et *Sofregaz*¹²².

b) Le fait de guerre mal saisi

1) *Le fait de guerre surestimé*

46 – Les règles en matière de sanctions économiques, notamment lorsqu'elles sont le fait des États-Unis ou posées par les autorités internationales ou européennes en matière de lutte contre le financement du terrorisme, forment un élément de pression considérable chaque fois qu'une entité privée exerce une activité dans un territoire sur ou autour duquel des menaces terroristes existent. Il en résulte une très grande prudence, voire un excès de prudence, une forme d'« *overcompliance* » parfois, qu'illustre l'affaire *DNO Yemen*.

Elle concernait un contrat conclu entre plusieurs sociétés néerlandaises et le ministère du Pétrole et des Mines du Yémen ainsi qu'une compagnie yéménite ayant pour objet l'exploitation commune de forages pétroliers au Yémen. Les sociétés concessionnaires s'étaient cependant retirées de l'accord considérant que leurs paiements au Yémen contribuaient au financement du terrorisme *via* de

119. USSC, 13 juin 2022, *ZF Automotive US, Inc. v. Luxshare, Ltd. et AlixPartners, LLP v. The Fund for Protection of Investors' Rights in Foreign States* (142 S. Ct. 2078). – V. I. Popova et A. Bisch, *Discovery américaine : une procédure utile devant les tribunaux français, mais désormais moins devant les tribunaux arbitraux* : JCP E 2022, 657.

120. CA Versailles, 9 févr. 2017, n° 15/01760.

121. USSC, 15 juin 1987, *Aerospatiale v. U. S District Court*, 482 U.S. 522, 1987.

122. CJUE, 21 déc 2021, aff. C-124/20, *Bank Melli Iran* : D. 2022, p. 1076, note M. Audit et M. Fekl ; JCP E 2022, 1165, note D. Segoin ; JDI 2022, comm. 17, p. 941, note J.-S. Bazille ; RTD civ. 2022, p. 357, obs. L. Usurier ; RTD eur. 2022, p. 311, obs. E. Pataud ; RTD eur. 2022, p. 537, obs. A. Hervé ; RTD eur. 2022, p. 679, obs. M. Eeckhoudt ; RD bancaire et fin. 2022, comm. 64, note A. Gourio et M. Gillouard ; Europe 2022, comm. 61, obs. D. Bouvier. – V. également, concl. M. av. gén. G. Hogan présentées le 12 mai 2021. – Sur ces conclusions, J.-G. de Tocqueville, N. Brice et D. Aumain, *Règlement européen de blocage : les entreprises européennes entre le marteau et l'enclume. – A propos des conclusions de l'avocat général G. Hogan*, 12 mai 2021, aff. C-124/20, *Bank Melli Iran c. Telekom Deutschland GmbH* : JCP G 2021, 1250. – A. Amir-Aslani et Q. Coppens : *Rev. int. Compliance* 2021, n° 4, p. 20. – V. aussi, Cass. 1^{re} civ., 12 janv. 2022, n° 20-17.116, *Instrubel c/ Al Arabi Trading* (sur l'application du règlement n° 1210/2003 sur les sanctions contre l'Irak et les gels de fonds de certaines entités) : *JurisData* n° 2022-000310.

possibles paiements d'entités contrôlées par les Houthis, sous sanctions économiques. La sentence rendue avait considéré le retrait comme justifié. Saisie sur recours en annulation, la cour d'appel de Paris avait admis le 5 octobre 2021¹²³ que « *l'ordre public international au regard duquel s'effectue le contrôle du juge de l'annulation s'entend de la conception qu'en a l'ordre juridique français, c'est-à-dire des valeurs et des principes dont celui-ci ne saurait souffrir la méconnaissance, même dans un contexte international. Au nombre de ces principes figurent la lutte contre les violations des droits de l'homme, protégés notamment par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 et le Pacte des droits civils et politiques du 16 décembre 1966, ainsi que la lutte contre les violations du droit humanitaire international, elle-même consacrée par les Conventions de Genève (1949), entrées en vigueur en France en 1951, et notamment la Convention (IV) de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, du 12 août 1949* ». Elle ajoutait que « *les sanctions internationales et européennes, en ce qu'elles visent à contribuer au maintien et au rétablissement de la paix et de la sécurité internationales et portent sur des valeurs dont l'ordre juridique français ne peut souffrir la méconnaissance, font partie de la conception française de l'ordre public. Dès lors la reconnaissance ou l'exécution d'une sentence qui méconnaîtrait de telles sanctions heurterait l'ordre public international français* ». Elle observait toutefois que l'exécution du contrat était susceptible de violer le régime des sanctions établies contre diverses entités terroristes visées par la résolution n° 2083 du 17 décembre 2012, reprises dans la résolution n° 1333 (2000)¹²⁴ et dans le règlement (UE) 2020/1998 du 7 décembre 2020, la résolution n° 2140 du 26 février 2014, reconduite en 2020 concernant le Yémen¹²⁵, et le règlement (UE) n° 1352/2014 imposant le gel des fonds de toute entité qui soutiennent ou financent le terrorisme. Elle concluait cependant que ni le ministère du Pétrole et des Mines ni la société yéménite partie au contrat ne figuraient sur la liste des entités sanctionnées. La cour d'appel de Paris estimait enfin nécessaire de vérifier la « *simple possibilité* » qu'un tel financement ait été effectué, mais rejetait le recours car aucun élément ne permettait de fonder une possibilité de financement même indirect d'une entité sous sanction. L'affaire est donc très clairement un arbitrage de guerre, atypique, mais surestimé, les sociétés hollandaises ayant certainement estimé le risque de se retrouver elles-mêmes sous sanction économique trop important.

123. CA Paris, 5 oct. 2021, n° 19/16601, DNO Yemen, et a. c/ Rep. du Yémen : Dalloz actualité, 20 mai 2022, obs. J. Jourdan-Marques (un pourvoi est pendant).

124. Résolution 1333 (2000), § 8c : *les États doivent « veiller à ce que ni les fonds et autres ressources financières en question, ni tous autres fonds ou ressources financières ne soient mis à la disposition ou utilisés directement ou indirectement au bénéfice d'Usama bin Laden, de ses associés ou de toute entité leur appartenant ou contrôlée directement ou indirectement par eux, y compris l'organisation Al-Qaida », y ajoutant depuis 2010, « l'Armée Islamique d'Aden », « l'État islamique d'Iraq et du Levant au Yémen » depuis 2020 et « l'organisation Al-Qaida dans la péninsule arabique (AQAP) » depuis 2013.*

125. Résolution 2140 (2014) : *« décide en outre que tous les États membres doivent veiller à empêcher que leurs nationaux ou aucune personne ou entité se trouvant sur leur territoire ne mettent à la disposition de ces personnes ou entités aucuns fonds, avoirs financiers ou ressources économiques, ou n'en permettent l'utilisation à leur profit ».*

2) *Le fait de guerre escamoté*

47 – Parce que la mission confiée à l'arbitre forme le cadre des débats et, donc de sa sentence, il en résulte que, parfois, et pour des raisons parfois assez difficiles à saisir, un fait de guerre, incontestable, est escamoté, alors même qu'il est l'élément déclencheur direct de l'arbitrage en question. L'affaire dite du *Sultanat de Sulu* en une illustration assez saisissante. Les faits sont trop connus pour être rappelés en détail et en même temps trop savoureux pour être négligés : un contrat conclu en 1878 entre le Sultan de Sulu et deux Anglais, portant sur son territoire, pour un prix assez faible, payé sans discontinuer au sultan puis à ses héritiers jusqu'en 2013, dont les droits sont repris par la société *British North Borneo Company*, en 1881, le territoire devenant protectorat britannique, puis une colonie en 1946. En 1963, le territoire devient une partie de la Malaisie indépendante, tandis que l'archipel de Sulu et ses héritiers, philippins. Les Philippines cherchent à récupérer le territoire de Sabah sur le fondement des droits du contrat, jusqu'à abandonner ces prétentions en 1968¹²⁶. En février 2013, un héritier prétendu débarque avec 230 hommes armés des « *forces royales de Sulu* » sur les côtes de l'État de Sabah, ce qui emporte un « *petit* » conflit armé. La Malaisie cesse de payer les sommes dues et, en retour, d'autres « *héritiers du Sultan* » engagent une procédure d'arbitrage contre la Malaisie, en vue d'obtenir à défaut de la restitution des territoires « *loués* », des dommages et intérêts correspondant aux revenus obtenus par l'exploitation du territoire, pétrolière notamment, pour 15 milliards de dollars. La Malaisie refuse de participer à cet arbitrage, fondé sur une clause de l'accord de 1878, rédigé en Jawi, du vieux malais écrit en caractères arabes, sujette, une fois traduite, en anglais en français ou en espagnol, à des différences notables. Les consorts Kiram saisissaient, en 2018, un juge d'appui à Madrid, qui désignait un arbitre qui rendait une sentence partielle sur sa compétence, à Madrid le 25 mai 2020, établissant le cadre d'un arbitrage *commercial* international. La Malaisie obtenait cependant l'« *annulation* » de toute la procédure par une décision du Tribunal supérieur de Madrid du 29 juin 2021, et celle de la désignation de l'arbitre et lui faisait défense de continuer l'arbitrage. Les héritiers du Sultan obtenaient, le 29 septembre 2021, l'*exequatur* en France de la sentence partielle sur la compétence et demandaient à l'arbitre de déplacer le siège de l'arbitrage à Paris. La sentence finale du 28 février 2022 condamnait la Malaisie à payer 14,92 milliards de dollars. Le recours contre l'ordonnance d'*exequatur* de la sentence partielle sur la compétence aboutissait à priver d'effet la sentence partielle le 6 juin 2023¹²⁷ : la convention d'arbitrage était établie, mais la désignation dans cette clause du

126. V. G. Marston, *International Law and the Sabah Dispute* : *Australian International Law Review*, 1967, p. 103, spéc. p. 104.

127. CA Paris, 6 juin 2023, n° 21/21386, *Malaisie c/ Sultan de Sulu* : *JurisData* n° 2023-010556 ; JCP G 2023, 829, note D. Mainguy ; *Cah. Arb.* 2023, n° 3, note J. Jourdan-Marques ; *Daloz actualité*, 11 sept. 2023, obs. J. Jourdan-Marques ; JCP G 2023, 1254, § 4, obs. P. Giraud ; *Gaz. Pal.* 31 oct. 2023, p. 6, obs. L. Larribère ; D. 2023, p. 2278, obs. Th. Clay. – V. aussi, CA Paris, ord., 10 juin 2022, n° 22/7044, *Malaisie*. – CA Paris, ord., 12 juill. 2022, n° 22/04007, *Malaisie* : *Daloz actualité*, 28 oct. 2022, obs. J. Jourdan-Marques ; D. 2022, p. 2345, obs. Th. Clay. – CA Paris, 14 mars 2023, n° 22/14386 : *JurisData* n° 2023-009706. – V. aussi, D. Mainguy, *L'utilisation des règles de droit*

consul général britannique à Bornéo comme arbitre rendait la clause caduque et ce, depuis 1946, date à laquelle la Grande-Bretagne était devenue partie au contrat. L'arbitre manquait ainsi d'indépendance au sens du droit de l'arbitrage pour trancher ce litige. L'arrêt de la cour d'appel de Paris du 6 juin 2023 est bien entendu contraint par le contenu de la sentence, à laquelle la Malaisie n'a pas participé et donc n'a pas fait valoir ses arguments, de sorte qu'elle n'a pas abordé les autres chefs d'annulation soulevés, dont la conformité de la sentence à la conception française de l'ordre public international, à notre grande désolation. La qualification retenue de l'accord de 1878 en premier pose difficulté. La sentence finale le décrit comme un *bail international commercial privé*, ce qui est pour le moins discutable. L'accord de 1878 avait été conclu entre un souverain et une entité privée, quand bien même il était ensuite l'objet d'un litige entre un souverain, nouveau, et des entités privées, 140 ans plus tard, après de nombreux bouleversements juridiques : il semblait difficile d'y voir un contrat purement privé, ne pas saisir le conflit armé qui avait justifié sa rupture, des questions d'immunité, etc., ou des questions d'investissement (mais sans investissements par l'investisseur privé). Il était même possible de considérer le litige de manière inverse : un arbitrage de guerre impliquant des relations privées, et donc des arguments de droit des conflits armés, ceux, des Conventions de La Haye de 1899 et de 1907, et des Conventions de Genève. Rien de tout cela n'a été envisagé, ou en tout cas n'apparaît des documents publics : l'argument de guerre a été escamoté.

3) *Le fait de guerre contourné*

48 – Une situation de guerre, par exemple dans le cas de la guerre entre l'Ukraine et la Russie, rend, par hypothèse, impossible la résolution pacifique de ce conflit : ou bien l'un est vaincu ; ou bien les parties parviennent à un accord de paix qui tend à résoudre les litiges subséquents résultant de ce conflit. En effet, par hypothèse également, un tel conflit, et notamment lorsque sa légalité est discutée, crée un grand nombre de conflits sous-jacents, pris en termes de droit des conflits armés, de droit international humanitaire, de droit civil, ou de droit des affaires, notamment en matière d'investissements étrangers.

Le cas de la guerre en Ukraine, par ailleurs, met en œuvre un certain nombre de difficultés inédites : l'Ukraine et la Russie avaient conclu un traité bilatéral d'investissement en 1998 et des parties importantes de l'Ukraine sont devenues des parties de la Russie, avec tout ce qui s'y trouve, personnes et entreprises, lesquelles étaient des entités ukrainiennes (ou étrangères) avant cette invasion. Par ailleurs, la Crimée, le Donbass et Marioupol, passés sous contrôle russe sont des zones très industrialisées. La difficulté ici tient au fait que des entités ukrainiennes, créées ou acquises avant ces invasions, 2014 ou 2022 selon les cas, étaient des investissements *internes*, et que le changement de contrôle de ces territoires fait de ces territoires des zones russes, où l'investissement est susceptible d'être considéré comme devenu *étranger*. Cette mutation est, en soi,

dans un contexte de guerre « atypique » : l'exemple de l'affaire du Sultanat de Sulu ; entretien avec M^{me} la ministre de la Justice de Malaisie : JCP E 2024, 1138.

une difficulté, celle de l'appréciation du moment où l'investissement doit être considéré, au temps où il est réalisé ou à celui où il est disputé. En effet, les TBI se fondent, en général, sur des situations de paix, et déterminent le « territoire » comme celui de l'État hôte et des zones où il peut exercer des droits souverains, et non par une détermination géographique¹²⁸. Cela ne pose de difficulté en général : le TBI conclu entre les États A et B, où B s'étend au territoire C, emporte une extension du territoire de B, BC, dont les investisseurs de A pourront se prévaloir. Dans le cas de la guerre entre deux parties à un TBI, c'est-à-dire la guerre entre la Russie et l'Ukraine, la difficulté tient à ce que l'élargissement du territoire de la Russie s'effectue aux dépens de l'Ukraine, affectant donc les droits des investisseurs des États parties, ukrainiens notamment.

Dès lors que le territoire est *contesté*¹²⁹, c'est-à-dire qu'aucune des parties ne renonce à sa souveraineté, la notion de « territoire » dans le TBI devient une notion détachée de celle de souveraineté, et donc une notion susceptible d'interprétation : la Crimée ou le Donbass, territoires contestés, mais sous contrôle effectif russe, peuvent donc être considérés comme des territoires sur lesquels la Russie exerce ses droits souverains et, par conséquent, rendre étrangers des investissements qui étaient auparavant internes.

La « contestation » d'un territoire devient par ailleurs un terme à sens multiple, et notamment un terme de guerre, la contestation d'un territoire étant l'objet d'une confrontation où la contestation a dégénéré en affrontement¹³⁰. C'est à ce stade, principalement, que des arguments de droit de la guerre peuvent, ou auraient pu, être invoqués, étant entendu que l'application des traités bilatéraux

128. TBI Fédération de Russie/Ukraine, 27 nov. 1998, art. 1.4 : « "Territory" shall denote the territory of the Russian Federation or the territory of the Ukraine and also their respective exclusive economic zone and the continental shelf as defined in conformity with the international law ». – Comp. TBI France/Colombie, 10 juill. 2014, art. 1, § 4 : « [Le Traité...] s'applique au territoire de chacune des parties contractantes, défini comme suit : le terme "France" désigne les départements européens et d'outre-mer de la République française y compris la mer territoriale, et au-delà de celles-ci les zones sur lesquelles, en conformité avec le droit international, la République française a des droits souverains aux fins de l'exploration et d'exploitation des ressources naturelles des fonds marins, de leur sous-sol et des eaux surjacentes ; le terme "Colombie" désigne la République de Colombie et, utilisé dans le sens géographique, comprend son territoire terrestre tant continental qu'insulaire, son espace aérien, les aires maritimes et sous-marines et autres éléments sur lesquels elle exerce sa souveraineté, des droits souverains ou sa juridiction, en application de la Constitution colombienne de 1991 et de sa législation interne et conformément au droit international, y compris les traités internationaux applicables » (cité par A. Kallergis, L'applicabilité des traités bilatéraux d'investissements dans les zones contestées : JDI 2022, var. 6, p. 825).

129. Sur les ambiguïtés de la notion de « territoire contesté », V. A. Kallergis, L'applicabilité des traités bilatéraux d'investissements dans les zones contestées : JDI 2022, var. 6, p. 825, n° 14 s. - L'auteur cite le cas des TBI conclus par la Chine qui font référence à une définition générale du territoire sans viser Taïwan par exemple, tandis que les TBI conclus par Taïwan font parfois référence au le territoire de la « République de Chine », correspondant ainsi à l'espace géographique de Taïwan, ou le cas de Chypre, dont la partie nord-est occupée depuis 1974 par une entité autoproclamée turque. On pourrait également élargir aux « Territoires » de Cisjordanie ou de Gaza, qui ne sont pas ceux d'un État, même si deux TBI lient un État (l'Allemagne et la Turquie) et concernent à la fois la Palestine et Israël, du Sahara Occidental, des territoires sur lesquels la Chine a des prétentions en Mer de Chine du Sud, et les très nombreux cas de territoires contestés, parfois sans reconnaissance ni représentants, par exemple ceux qui aspirent à une indépendance.

130. V. D. Mainguy, Droit de la guerre « atypique », Réflexion sur les conflits non-armés et non-militaires (Lawfare, Guerre économique et informationnelle) : LGDJ-Lextenso, 2023, n° 28.

d'investissement dans une zone contestée emporte des questions de compétence du tribunal arbitral saisi du litige entre l'investisseur et l'État hôte, mais que la mission du tribunal arbitral constitué par application d'un TBI est limitée à l'appréciation de la protection de l'investissement et non le règlement de différends territoriaux ou plus largement d'une guerre. C'est vraisemblablement la raison principale du refus russe de participer à ces arbitrages, pour éviter que la discussion de la légalité de la guerre engagée et des annexions, soit effectuée, même de façon accessoire¹³¹.

Par ailleurs, se posent des questions propres au TBI en question, s'agissant de sa date d'effet et des définitions des notions d'investissement ou d'investisseur, des protections assurées et enfin des modes de résolution des litiges, qui renvoient, classiquement, à plusieurs méthodes¹³², dont un arbitrage *ad hoc* sous le règlement de la CNUDCI (et donc de la Cour permanente d'arbitrage), en général choisi, ou par une cour ou un arbitrage sur le territoire des parties contractantes, ou encore administré par la *Stockholm Chamber of Commerce* (SCC).

Depuis 2014, plusieurs arbitrages administrés par la Cour permanente d'arbitrage se sont développés, sur le fondement de la violation des règles du droit de la mer, ou de nombreux arbitrages d'investissement, contre la Fédération de Russie ou contre l'Ukraine, forts du succès des premières affaires engagées en 2014-2015, la plupart ayant leur siège à La Haye¹³³. L'ensemble de ces cas visent à saisir donc des litiges concernant les conséquences d'un conflit armé sur des investissements réalisés par l'agressé sur les territoires conquis par l'agresseur. Trancher ces litiges en dehors d'une procédure quelconque visant à en saisir les causes revient, donc, à *contourner* le litige de guerre. Celui-ci est alors un présent non-présent, une sorte d'impensé juridique, ce d'autant qu'il faut bien que le tribunal arbitral se prononce sur la détermination du « territoire » considéré par les clauses du TBI applicable, ce qui est une question à la fois substantielle (même limitée à la mise en œuvre du TBI, mais, toute de même, affirmer que tel territoire ukrainien est devenu russe emporte, au moins psychologiquement, quelque effet) et procédurale, s'agissant des conditions de mise en œuvre du TBI.

49 – L'affaire *Oschadbank* offre un exemple plus proche, en raison du choix de Paris comme siège de l'arbitrage, affaire qui a donné lieu à l'arrêt très commenté

131. *Comp. A. Kallergis, L'applicabilité des traités bilatéraux d'investissements dans les zones contestées : JDI 2022, var. 6, p. 825, n° 27 s., sur les différents arguments visant à légitimer l'application du droit du souverain du territoire occupé (sans en être souverain), ou celui de l'occupant, notamment pour l'investisseur de l'État des territoires occupés (ukrainien ici), conduisant les tribunaux arbitraux à reconnaître l'application du TBI Russie/Ukraine de 1998.*

132. *TBI, 27 nov. 1998, entre la Russie et l'Ukraine, art. 9.*

133. *Sur les arbitrages en cours : <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/country/175/>. – Russian-Fédération ; la décision de non-participation est d'autant plus étrange que la Cour permanente d'arbitrage a été créée par les Conventions de La Haye de 1889 et 1907, conclues à l'issue des conférences pour la paix à l'initiative principale de la Russie.*

de la Cour de cassation du 7 décembre 2022¹³⁴. Cette affaire montre que si la situation de guerre est bien située en arrière-plan, elle y demeure, même si très peu d'arguments tirés de cette situation sont finalement utilisés. Était en jeu la validité d'une sentence rendue en 2018 en application du TBI entre la Russie et l'Ukraine, opposant la banque ukrainienne *Oschadbank* à la Fédération de Russie¹³⁵, qui n'avait pas participé à l'arbitrage. La banque avait engagé un arbitrage d'investissement sur le fondement de ce TBI pour obtenir l'indemnisation de l'expropriation de ses actifs en Crimée, après l'invasion de ce territoire par la Russie en 2014, obtenant 1,3 milliard de dollars de compensation à l'issue de la sentence. La Russie considérait ensuite, pour tenter d'obtenir l'annulation de la sentence, que la banque existait avant le 1^{er} janvier 1992, point de départ de l'application du TBI (entré en vigueur par ailleurs le 27 janvier 2000) selon l'article 12 du TBI, de sorte qu'un « investissement » défini par l'article 9 de ce même traité n'était pas protégé par ce traité et que le tribunal arbitral aurait dû se déclarer incompétent, *ratione materiae* et *ratione temporis*. La Russie observait par ailleurs que pour que le TBI fût applicable, l'investissement aurait dû être réalisé par la partie ukrainienne en Russie, alors qu'il l'avait été en Crimée, alors ukrainienne, rejetant donc toute idée d'un débat sur la notion de territoire contesté, sinon pour considérer que la question de l'appartenance ou non de la Crimée à la Fédération de la Russie n'est pas de la compétence ni du TBI ni du tribunal arbitral et que le TBI ne pouvait s'appliquer à un territoire ainsi disputé et dont l'appartenance n'est pas mutuellement reconnue par l'Ukraine et la Russie. Par conséquent, le fait que la Crimée soit devenue russe n'avait pas fait d'un investissement interne un investissement étranger. Techniquement, il s'agissait de savoir dans quel sens apprécier les arguments de la limitation *ratione materiae* et *ratione temporis* du TBI. Placer l'argument matériel en exergue donne un avantage à l'application du TBI et, ce faisant à la compétence du tribunal arbitral, voire aux demandeurs, les investisseurs : la Russie exerce un contrôle effectif sur la Crimée depuis 2014, matériel et juridique, substantiel, *de facto* au moins dans la mesure où les référendums de 2022 qui concernent également le Donbass et la région de Marioupol ne sont pas reconnus internationalement. Par conséquent, l'argument *ratione materiae* intervient en second : les investissements ukrainiens, internes au départ, sont devenus « étrangers ». Par ailleurs, une annexion résulte nécessairement d'une occupation préalable et, sauf reconnaissance internationale, est illégale, voire constitue un crime de guerre. C'est globalement la solution retenue par la sentence de 2018 et des différentes sentences rendues parallèlement¹³⁶. En revanche, et c'est assez curieux, de la

134. V. aussi, Cass. 1^{re} civ., 7 déc. 2022, n° 21-15.390, *Oschadbank (Joint Stock Company)* : *JurisData* n° 2022-020716 ; D. 2023, p. 196, note V. Korom ; JDI 2023, comm. 12, p. 592, note M. Audit ; *Dalloz actualité*, 9 janv. 2023, obs. J. Jourdan-Marques.

135. Sent. 26 nov. 2018, *Oschadbank c/ Féd. De Russie*, PCA Case n° 2016-14 (règl. CNUDCI). *La banque centrale de la Fédération de Russie avait ordonné à l'Oschadbank, plus exactement sa filiale en Crimée, de cesser toutes ses activités dans la péninsule et de désigner un représentant pour administrer les actifs de la banque en Crimée, ce que la banque considérait comme étant une mesure équivalente à une expropriation.*

136. Sent. 1^{er} nov. 2023, *PJSC DTEK Krymenergo c/ Féd. de Russie*, PCA Case n° 1018-41. – Sent. 12 avr. 2023, *Naftogaz c/ Féd. de Russie*, PCA Case, n° 2017-16. – Sent. 30 mars 2023, *Lugzor et al. c/ Féd.*

légalité de l'invasion de 2014 ou de 2022, pas un mot ou presque¹³⁷. Or, ces arguments militent plutôt en faveur de leur prise en compte dans cette séquence, *ratione materiae* puis *ratione temporis*, ne serait-ce qu'en raison de l'exigence de bonne foi dans l'interprétation des traités, ce qui suppose que « l'agresseur » ne puisse invoquer une disposition d'un traité de mauvaise foi. Par ailleurs, quel que soit l'ordre des arguments, il demeure que les règles *coutumières* du droit de la guerre et du droit des investissements s'appliquent, y compris la prohibition des agressions armées et de l'expropriation de biens dans l'État agressé sans indemnisation, l'État occupant devant respecter les lois de l'État occupé¹³⁸. Le fait de ne pas saisir ces éléments illustre le fait que le fait de guerre est « contourné », peut-être par crainte diplomatique. La cour d'appel de Paris avait choisi l'ordre inverse et annulé la sentence¹³⁹. La Cour de cassation a censuré l'arrêt d'appel, conduisant à un nouvel arrêt d'appel à venir. Sa décision est à la fois courageuse et utile au regard de l'attractivité de la place de Paris¹⁴⁰, mais n'évoque ni le contexte de la guerre en Ukraine ni le contrôle de la compétence du tribunal, au sens de l'article 1520, 1° du Code de procédure civile lequel « est exclusif de toute révision au fond de la sentence », ce qui était le cas de l'arrêt d'appel, et se contente d'une considération finalement assez neutre : « alors que ni l'offre d'arbitrage stipulée à l'article 9 ni la définition des investissements prévue à l'article 1^{er} ne comportaient de restriction *ratione temporis* et que l'article 12 n'énonçait pas une condition de consentement à l'arbitrage dont dépendait la compétence du tribunal arbitral, mais une règle de fond, la cour d'appel, qui devait seulement vérifier, au titre de la compétence *ratione temporis*, que le litige était né après l'entrée en vigueur du traité ».

3° Situation de guerre et conduite de l'arbitrage

50 – Un certain nombre de difficultés pratiques se posent du fait de l'objet de l'arbitrage ou de l'ambiance générale de guerre ou de tensions affectant alors le cours de l'instance. Outre les questions déjà traitées de difficulté de constitution du tribunal arbitral ou relatives aux flux financiers nécessaires à sa conduite, des difficultés posées en termes de déplacement, d'obtention de visa, de gels de

de Russie, PCA Case n° 2015-29. – Sent. 12 avr. 2019, PJSC Ukrnafta c/ Féd. de Russie, PCA Case n° 2015-34. – Sent. 12 avr. 2019, Stabil et al. c/ Féd. de Russie, PCA Case n° 2015-35. – Sent. 2 mai 2018, Everest et a. c/ Féd. de Russie, PCA case n° 2015-36 (Sentence non disponible, Sentence intérimaire, 27 mars 2017, PCA Case, n° 2015-21, JSC CB PrivatBank et Finance Company Finilon LLC c/ Féd. de Russie. – Sent. 24 févr. 2017, Kolomoisky et Aeroport Belbek c. Féd. de Russie, PCA Case n° 2015-07 (Sentence non disponible). Les décisions Everest, Kolomoisky, PrivatBank et Naftogaz ont fait l'objet de recours par la Fédération de Russie, devant la cour d'appel de La Haye qui par quatre décisions du 19 juillet 2022 a rejeté les demandes d'annulation, sur les sentences partielles ou finales, sur la compétence.

137. Sent. 26 nov. 2018, Oschadbank c/ Féd. De Russie, PCA Case n° 2016-14 (règl. CNUDCI), n° 53-61.
 138. Conv. IV La Haye de 1907, art. 43. – Comp. R. Happ et S. Wuschka, *Horror Vacui : or Why Investment Treaties Should Apply to Illegally Annexed Territories : Journal of International Arbitration*, 2016, vol. 22/3, p. 245 s., spéc. p. 250.
 139. CA Paris, 5e ch., pôle 16, 30 mars 2021, n° 19/04161 : Dalloz actualité, 30 avr. 2021, obs. J. Jourdan-Marques ; D. 2021, p. 2272, obs. T. Clay ; JCP E 2022, 1241, obs. M. Laazouzi.
 140. Comp. Les décisions Everest, Kolomoisky, PrivatBank et Naftogaz ont fait l'objet de recours par la Fédération de Russie, devant la cour d'appel de La Haye qui par quatre décisions du 19 juillet 2022 a rejeté les demandes d'annulation, sur les sentences partielles ou finales, sur la compétence.

fonds, etc., peuvent empêcher une partie, des conseils, des experts, des témoins, un arbitre même, d'assister aux audiences. La question n'est pas anodine : il est très difficile par exemple de trouver des experts prêts à fournir une analyse dans des arbitrages engageant un État sous sanctions, l'Iran par exemple, pour évoquer la portée des sanctions, de crainte de sanctions en retour, par exemple en termes d'accès futur par cet expert au territoire même des États-Unis. L'expérience acquise lors de la pandémie de Covid-19, intégrant dans les règlements d'arbitrage et les usages arbitraux la pratique des audiences virtuelles, est pratique en ce sens en dépit de tous ses inconvénients. Les autres difficultés sont plus conjoncturelles : une mauvaise ambiance, une méfiance, voire une hostilité violente entre les parties, voire leurs conseils – des cas d'insultes, de menaces, voire de rixes dont nous avons pu être témoins ou nous ont été rapportés, et même d'enlèvement d'un arbitre dans l'incroyable affaire *Himpurna*¹⁴¹ illustrent cette situation.

51 – Une deuxième difficulté peut reposer sur des questions de *preuve*. Les États ont, en effet, des moyens d'investigation bien supérieurs, en principe, à ceux des parties, supériorité qui tend à s'amoindrir du fait de l'existence de moyens technologiques dont les parties elles-mêmes peuvent disposer, ou faire appel à des sociétés spécialisées. Par hypothèse, ces moyens de preuve ne sont pas des techniques ordinaires, mais empruntent à des techniques relevant du domaine du renseignement : ceux d'un service de renseignement étatique ou privé. La question mériterait une étude en soi, mais, globalement, cette question n'est pas nouvelle. Des « *notes de renseignement* » sous forme de « *notes blanches* » sont souvent produites, devant le juge administratif dans des affaires d'expulsion, qui peuvent être tenues pour probantes¹⁴², ou le juge pénal où l'information sert simplement à éclairer le juge¹⁴³. Par itération, on peut donc penser que des informations de ce type, puissent être portées à la connaissance de l'arbitre, pas nécessairement comme moyen de preuve, mais afin de lui fournir un fait susceptible de permettre de faire avancer un argument, qui n'est pas moins pertinent que l'extrait d'un média. L'arrêt d'assemblée plénière de la Cour

141. *Himpurna California Energy Ltd c/ Republic of Indonesia*, sentence intérimaire 26 sept. 1999, finale 16 oct. 1999, *Yearbook Comm. Arb.*, vol. 25, 2000, p. 109 ; *Bull. ASA*, 1999, 512. Le siège de cet arbitrage était situé en Indonésie, dont les juridictions avaient émis des injonctions pour empêcher la poursuite de l'arbitrage. Le tribunal arbitral avait fixé le lieu de l'audience aux Pays-Bas, en indiquant que le siège de l'arbitrage demeurerait juridiquement à Jakarta, contre l'avis de la partie indonésienne, conduisant des forces indonésiennes à organiser l'enlèvement de l'un des arbitres sur le territoire néerlandais (Sent. intérimaire, n° 95).

142. *V. M. de Saint Pulgent, L'expulsion d'un étranger en urgence absolue, Conclusions sur Conseil d'État, Assemblée, 11 octobre 1991* : RFDA 1991, p. 978. – CE, 11 déc. 2015, n° 394989, *Domenjoud* : *JurisData* n° 2015-028668 : « aucune disposition législative ni aucun principe ne s'oppose à ce que les faits relatés par les « notes blanches » produites par le ministre, qui ont été versées au débat et soumises aux échanges contradictoires, soient susceptibles d'être pris en considération par le juge administratif ».

143. *V. Cass. crim.*, 29 nov. 2016, n° 16-83.513, « dès lors que la note d'information émanant de la DGSI du 23 juin 2015, qui contient des renseignements recueillis par la voie administrative, n'a pour objet que de porter à la connaissance de l'autorité judiciaire des informations propres à orienter les investigations relatives à un supposé réseau terroriste affilié à "l'État islamique", en sorte qu'elle ne saurait être regardée en elle-même comme susceptible de commander la qualification des faits que M. X. était soupçonné, lors de son placement en garde à vue, d'avoir commis ou tenté de commettre, la chambre de l'instruction a justifié la décision ».

de cassation, le 22 décembre 2023 sera certainement l'occasion d'expérimenter la question de la preuve déloyale dans un litige arbitral¹⁴⁴.

Par ailleurs, les questions de preuve font appel à des techniques complexes, soit dans le cadre de la procédure arbitrale elle-même soit en dehors, devant un juge étatique, en France sur le fondement de l'article 145 du Code de procédure civile ou, aux États-Unis, sur celui de la « *rule 1782* » du titre 28 du USC, dite de *discovery*, qui prévoit trois critères de recevabilité : (i) la personne visée se trouve ou réside dans le district où siège le juge américain ; (ii) les éléments de preuve sont destinés à être utilisés dans la « *procédure devant un tribunal étranger ou international* » et (iii) la personne intéressée a un intérêt à agir¹⁴⁵. Depuis l'arrêt *Intel* de 2004, les tribunaux refusaient strictement l'application de la section 1782 à l'arbitrage commercial international¹⁴⁶ la jurisprudence était divisée, et la Cour suprême des États-Unis, dans deux décisions du 13 juin 2022, *ZF automotive* et *AlixPartners*¹⁴⁷, pour exclure son application à des tribunaux arbitraux internationaux. La première affaire concernait une société russe et une société lituanienne, *Luxshare*, dans un arbitrage CNUDCI où la Cour suprême considérait que la règle 1782 avait pour objectif le respect d'un principe de courtoisie, visant à favoriser une assistance judiciaire réciproque : l'interprétation stricte désormais promue vise donc à éviter l'instrumentalisation du juge américain dans l'obtention de preuves, notamment face aux entités russes sous sanctions¹⁴⁸, solution validée depuis¹⁴⁹.

C. – La guerre saisie par la sentence arbitrale

52 – La sentence arbitrale rendue, deux issues sont possibles, celle de l'exécution spontanée de la sentence et donc le paiement de la condamnation, où l'on retrouve les difficultés liées à l'existence de flux financiers à l'endroit d'une partie sous sanctions, déjà envisagées, et celle de sa contestation, à la fois par le

144. Cass. ass. plén., 22 déc. 2023, n° 20-20.648 : *JurisData* n° 2023-023012 ; *JCP G* 2024, 17, note D. Ponsot et H. Fulchiron ; *JCP E* 2024, 1042, note C. Golben ; *JCP S* 2024, 1028, note S. Brissy ; *Procédures* 2024, comm. 37, note A. Bugada : « dans un procès civil, l'illicéité ou la déloyauté dans l'obtention ou la production d'un moyen de preuve ne conduit pas nécessairement à l'écartier des débats. Le juge doit, lorsque cela lui est demandé, apprécier si une telle preuve porte une atteinte au caractère équitable de la procédure dans son ensemble, en mettant en balance le droit à la preuve et les droits antinomiques en présence, le droit à la preuve pouvant justifier la production d'éléments portant atteinte à d'autres droits à condition que cette production soit indispensable à son exercice et que l'atteinte soit strictement proportionnée au but poursuivi ».

145. Sur l'ensemble, D. Mainguy, *Droit de la guerre « atypique », Réflexion sur les conflits non-armés et non-militaires (Lawfare, guerre économique et informationnelle)* : *LGDJ-Lextenso*, 2023, spéc. n° 140 s.

146. *USSC*, 21 juin 2004, *Intel Corp v. Advanced Micro Devices, Inc* 542 U.S. 241, p. 20-21.

147. *USSC*, 13 juin 2022, *ZF Automotive US, Inc. v. Luxshare, Ltd. et AlixPartners, LLP v. The Fund for Protection of Investors' Rights in Foreign States* (142 S. Ct. 2078). – V. I. Popova et A. Bisch, *Discovery américaine : une procédure utile devant les tribunaux français, mais désormais moins devant les tribunaux arbitraux* : *JCP E* 2022, 657. – K. Mehtiyeva, *Chronique de coopération judiciaire internationale* : *JDI* 2024, chron. 4, p. 715, spéc. n° 16.

148. V. n° 28 s.

149. V. *District Court of Connecticut, In Re Ex Parte Application of National Bank Trust for An Order to Take Discovery for Use in a Foreign Proceeding* pursuant to 28 U.S.C. § 1782, 7 mars 2023, 3 :20-MC-85 (CSH), cité par K. Mehtiyeva, *Chronique de coopération judiciaire internationale* : *JDI* 2024, chron. 4, p. 715, spéc. n° 16.

juge du contrôle de la validité de la sentence et le juge de la reconnaissance ou de l'exécution de la sentence, au regard des standards de ce contrôle dont, principalement, sa conformité avec les règles d'ordre public international de l'État du juge saisi (1°). Cette dernière perspective implique, peut-être, par induction de saisir un devoir spécifique de l'arbitre, celui de rendre une sentence efficace (2°).

1° Situation de guerre et ordre public international

53 – La validité de la sentence arbitrale suppose sa conformité avec les règles relevant de la conception de l'ordre public international, l'ordre public interne important peu, selon les termes de l'article 1520, 5° du Code de procédure civile. En pratique, la mise en œuvre de cette exigence suppose d'une part la détermination des règles qui intègrent ce cadre et, d'autre part, la manière dont le juge de la validité de la sentence apprécie cette conformité.

a) Conception française de l'ordre public international (et situation de guerre)

54 – La notion d'ordre public international est utilisée pour faire obstacle à l'entrée dans un ordre juridique d'une décision de justice étrangère ou d'une sentence arbitrale lorsque celle-ci est en contradiction avec des valeurs fondamentales de cet ordre juridique d'accueil, ici français¹⁵⁰, ou, autre formulation, « l'ensemble des valeurs et des principes dont l'ordre juridique français ne saurait souffrir la méconnaissance même dans les matières internationales »¹⁵¹. Elle intervient au moment de la réception de cette décision, ici une sentence arbitrale internationale et encore, dans la limite de cette étude, à l'occasion d'un recours en annulation engagé par la partie déçue ou l'appel contre l'ordonnance d'exequatur. Ainsi la conception « française » de l'ordre public international intègre¹⁵² la prohibition de la discrimination, de la corruption¹⁵³, y compris dans des arbitrages d'investissement portant sur des territoires où le droit applicable est en principe le droit interne¹⁵⁴, du blanchiment d'argent¹⁵⁵, de la fraude, la protection de la propriété, etc., ou des règles très techniques comme le

150. Cass. ass. plén., 14 oct. 1977, n° 75-40.119 : D. 1978, p. 417, note P. Lagarde.

151. CA Paris, 14 juin 2001 : Rev. arb. 2001, p. 773, note C. Seraglini.

152. V. J.-B. Racine, *Les normes porteuses d'ordre public dans l'arbitrage commercial international*, in E. Loquin et S. Manciaux (dir.) *L'ordre public et l'arbitrage* : LexisNexis, 2014, p. 7. – J.-B. Racine, *L'office du juge du contrôle de la sentence* : Rev. arb. 2019, p. 209.

153. Cass. 1^{re} civ., 7 sept. 2022, n° 20-22.118, Sorelec : JurisData n° 2022-014188 ; JCP E 2022, act. 785 ; D. 2022, p. 1600, obs. S. Bollée ; D. 2022, p. 1773, obs. S. Bollée ; D. 2022, p. 2330, obs. Th. Clay. – CA Paris, 30 sept. 1993, Westman : Rev. arb. 1994, p. 359. – Cass. Ire civ., 6 janv. 1987, *Southern Pacific Properties (affaire « des Pyramides »)* : Rev. arb. 1987, p. 469, note Ph. Leboulanger ; JDI 1987, p. 638, note B. Goldman. – V. E. Gaillard, *La corruption saisie par les arbitres du commerce international* : Rev. arb. 2017, p. 805. – Adde B. Oppetit, *Le paradoxe de la corruption à l'épreuve du droit du commerce international* : JDI 1987, p. 5. – J.-B. Racine, *L'arbitrage international et l'ordre public* : LGDJ, 1999. – V. aussi, CA Paris, 4 mars 2014, n° 12/17681, *Gulf Leaders cf Crédit Foncier de France cité dans D. Bensaude, « Allégation de corruption et contrôle de la sentence »* : Gaz. Pal. 28 juin 2014, p. 16.

154. V. Sentence (CIRDI), 18 mai 2022, BSG Resources Limited cf République de Guinée, aff. CIRDI n° ARB/14/22 : JDI 2023, p. 630, obs. Y. Banifatemi et M. Shelbaya.

155. Cass. 1^{re} civ., 23 mars 2022, n° 17-17.981, Belokon : JurisData n° 2022-004205 ; JCP G 2022, act. 676, note B. Remy ; JCP G 2022, doctr. 724, n° 7, obs. Ch. Seraglini ; Dalloz actualité, 10 mai 2022, note V. Chantebout ; D. 2022, p. 660, obs. S. Bollée ; D. 2022, p. 1773, obs. S. Bollée ; D. 2022,

principe de la suspension des poursuites individuelles dans une procédure collective¹⁵⁶, la question de l'autorité de la chose jugée ou plus précisément de l'inconciliabilité de décisions¹⁵⁷ ou encore certaines règles considérées par ailleurs comme des lois de police comme les règles du droit des pratiques anticoncurrentielles, internes ou européennes¹⁵⁸ (et parfois confondues avec l'application générale des règles du droit de l'Union européenne¹⁵⁹) ou du droit financier et monétaire, ou encore des lois de police considérées comme telles par la jurisprudence.

Un certain nombre d'autres questions demeurent liées à des litiges de guerre. C'est d'abord le cas des règles en matière de droit des conflits armés. Dans l'arrêt *DNO Yémen* du 5 octobre 2021¹⁶⁰, la Cour considère comme relevant de l'ordre public international les règles en matière de lutte contre les violations des droits de l'homme dont celles de la CEDH, du Pacte des droits civils et politiques du 16 décembre 1966, celles en matière de lutte contre les violations du droit humanitaire international, dont les Conventions de Genève.

Il en est de même des sanctions économiques¹⁶¹, considérées comme des lois de police internationales ou au contraire locales pour les sanctions autres qu'émanant des Nations Unies¹⁶², par exemple la question de la validité d'un contrat conclu avec une entité ou une personne sanctionnée et le fondement de

p. 2330, obs. Th. Clay ; RTD civ. 2022, p. 701, obs. Ph. Théry ; Rev. arb. 2022, p. 945, note M. Audit et S. Bollée ; JDI 2022, chron. 4, p. 681, obs. K. Mehtiyeva ; GPL 3 mai 2022, n° GPL435f4, p. 11, obs. L. Larrière ; Procédures 2022, comm. 173, obs. L. Weiller. — Cass. 1^{re} civ., 7 sept. 2022, n° 20-22.118, Sorelec : JurisData n° 2022-014188. — CA Paris, 21 févr. 2017, n° 15/01650, Rép. Kirghizistan c/ Belokon : JurisData n° 2017-029841 ; D. 2017, p. 2054, obs. S. Bollée ; D. 2017, p. 2559, obs. Th. Clay ; JDI 2023, comm. 22, p. 1331, note C. Debourg ; Rev. arb. 2017, p. 915, note S. Bollée et M. Audit ; RDC 2017, p. 304, obs. X. Boucobza et Y.-M. Serinet ; RTD com. 2019, p. 42, obs. E. Loquin.

156. Cass. 1^{re} civ., 12 nov. 2020, n° 19-18.849 : JurisData n° 2020-018296. — CA Paris, 15 sept. 2020, n° 19/09580 : D. 2020, p. 2484, obs. Th. Clay.
157. CA Paris, 17 janv. 2012, n° 10/21349, Planor Afrique : Rev. arb. 2012, p. 569, note M.-L. Niboyet ; D. 2012, p. 2991, obs. Th. Clay.
158. Cass. 1^{re} civ., 4 juin 2008, n° 06-15.320, SNF c/ Cytec : JurisData n° 2008-044199 ; JCP G 2008, act. 430, obs. J. Ortscheidt. — CA Paris, 1^{re} ch., sect. C, 18 nov. 2004, n° 2002/19606, Thalès : JCP G 2005, II, 10038, note G. Chabot ; JCP G 2005, I, 134, n° 8, obs. Ch. Seraglini.
159. Comp. CJCE, 23 mars 1982, Nordsee : Rev. arb. 1982, p. 473. — CJCE, 27 avr. 1994, Cne Almelo : Rev. arb. 1995, p. 503, note Fouchard. — CJCE, 1^{er} juin 1999, Eco Swiss : Rev. arb. 1999, p. 631, note L. Idot ; RTD com. 2000, p. 343, obs. Loquin. — Adde, S. Poillot Peruzzetto, L'ordre public international en droit communautaire, À propos de l'arrêt de la CJCE du 1^{er} juin 1999 : JDI 2000, p. 299. — A. Mourre, Les rapports de l'arbitrage et du droit communautaire après l'arrêt Eco Swiss de la CJCE : Gaz. Pal. 2000, I, doct. p. 12.
160. CA Paris, 5 oct. 2021, n° 19/16601, DNO Yemen, et a. c/ Rep. du Yémen : Dalloz actualité, 20 mai 2022, obs. J. Jourdan-Marques (un pourvoi est pendant). — V. n° 46. — Comp. CA Versailles, 22 mars 2013, n° 11/05331, AFPS, OLP c/ Alstom et a. (dit aussi « Tramway de Jérusalem ») : RGDIP 2013, p. 191, note J. Marringe et B. Tranchant. Était en cause la validité des contrats conclus pour la construction du tramway de Jérusalem sur le fondement de son caractère « illicite » en violation des règles de la Convention de Genève IV de 1949 et des normes coutumières en la matière ; pour la cour, ces normes issues de la Convention IV ne s'appliquent pas ni sur le fondement d'un effet vertical de ces conventions ni au regard de leur effet horizontal.
161. G. Bastid-Burdeau, Les embargos multilatéraux et unilatéraux et leur incidence sur l'arbitrage commercial international : Rev. arb. 2003, p. 753. — M. Audit, L'arbitrage international confronté à l'extraterritorialité des lois : Rev. arb. 2015, p. 1001.
162. L. Landy-Osman, L'embargo des Nations unies contre l'Irak et l'exécution des contrats internationaux : DPCI 1991, p. 597.

l'invalidité potentielle de celui-ci. La sentence arbitrale ou la décision de justice étrangère (hors UE) qui méconnaîtrait ces règles violerait une « *loi de police locale* »¹⁶³ qui peut être considérée comme intégrant la conception française de l'ordre public international, faisant alors obstacle à sa réception dans l'ordre juridique français. L'hypothèse qu'une loi de police étrangère soit considérée comme intégrant l'ordre public international est alors possible¹⁶⁴. L'arrêt *MK Group*, même s'il peut être considéré comme un arrêt d'espèce, décidait que « *les lois de police, quelle que soit leur origine, sont intégrées à l'ordre public international et susceptibles de faire échec à la reconnaissance en France des sentences arbitrales, à la condition que ces lois de police soient jugées légitimes en raison du consensus international dont leur fondement fait l'objet* »¹⁶⁵. En revanche, l'appréciation de la conformité à l'ordre public international s'apprécie au moment où ce juge se prononce, de sorte que si les conditions des sanctions internationales ne prévalent plus, cette exigence de conformité ne s'impose plus¹⁶⁶.

b) Intensité du contrôle de l'ordre public international (et situation de guerre)

55 – Sans entrer ici dans le détail de questions bien connues des spécialistes du droit de l'arbitrage, mais peut-être moins de ceux du droit de la guerre, l'intensité du contrôle de la sentence arbitrale est une question très complexe et qui divise les acteurs de l'arbitrage. D'un côté, les partisans d'un ordre arbitral

163. Cass. 1^{re} civ., 9 févr. 2022, n° 20-20.376, *Sofregaz c/ NIOC* : D. 2022, p. 1773, obs. L. d'Avout ; *Dalloz actualité*, 16 mars 2022, obs. J. Jourdan-Marques, sur pourvoi de CA Paris, 3 juin 2020, n° 19/07261, TCM : *Dalloz actualité*, 29 juill. 2020, obs. J. Jourdan-Marques ; D. 2020, p. 2484, obs. T. Clay ; RDC 2020, n° 4, p. 60, note M. Laazouzi.
164. V. CA Paris, 13 avr. 2021, n° 1809809, *Rép. Guinée c/ A. D. Trade Belgium (rejet de l'application de la loi de police étrangère sur les marchés publics)*. – CA Paris, 16 janv. 2018, n° 15/21703, *MK Group* : *JurisData* n° 2018-002910 ; D. 2018, *Jur.*, p. 1635, note M. Audit ; D. 2018, p. 966, obs. S. Clavel ; D. 2018, p. 1934, obs. L. d'Avout ; JDI 2018, *comm.* 12, p. 883, note S. Bollée ; JDI 2018, *comm.* 13, p. 898, note E. Gaillard ; *Rev. arb.* 2018, p. 401, note S. Lemaire. – Cass. *com.*, 16 mars 2010, n° 08-21.511, *FS-P+B, Sté ApMoller Maersk AIS c/ Sté Viol frères et a.* : *JurisData* n° 2010-002032 ; JDI 2011, *comm.* 2, A. Marchand ; RLDA 2010, p. 63, note C. Nourissat (effet possible de la loi de police étrangère, s'agissant d'un embargo unilatéral du Ghana en matière de viande bovine).
165. L. d'Avout, obs. sur CA Paris, 16 janv. 2018, n° 15/21703 : D. 2018, p. 1934 : *la société (laotienne) Dao Lao constituée en 2003 par la société (russe) MK Group et la société (laotienne) Lao Geo Consultant avait pour objet la mise en œuvre d'un contrat conclu le 9 juin 2003 avec le Gouvernement de la République démocratique populaire du Laos portant sur la prospection, l'exploration et l'exploitation de mines d'or, une société Onyx achetant des parts de MK Group et Dao Lao étant financé par une banque ukrainienne. Une sentence arbitrale ayant réglé les différends entre associés, MK Group engageait un recours en annulation sur le fondement de faux qui auraient été produits en contrariété avec le droit processuel local, loi de police : « la sentence, qui a pour effet de conférer (...) un titre juridiquement protégé dans l'ordre international sur un investissement réalisé grâce à l'obtention frauduleuse d'une autorisation administrative (...) viole de manière manifeste, effective et concrète l'ordre public international et doit être annulée », le lien entre le droit laotien et l'ordre public international étant assuré par une résolution des Nations unies sur la souveraineté permanente des États sur les ressources naturelles (rés. n° 1803, 14 déc. 1962) (V. déjà : CA Paris, 23 oct. 2012, *Chalhoub c/ Daum* : *Rev. arb.* 2013, p. 170, note L. d'Avout).*
166. CA Paris, 13 avr. 2021, n° 18/09809, *Rép. Guinée c/ A. D. Trade Belgium, spéc. n° 47 s.* Était en jeu la validité d'un contrat de vente d'armes, de munitions, d'équipements militaires et de matériels de surveillance ou d'espionnage à la République de Guinée, conclu en 2011, résilié par la Guinée en 2015 et ayant fait l'objet d'une sentence (CCI) du 22 novembre 2017, condamnant la Guinée. Or, celle-ci était sous sanction économique (déc. PESC n° 2010/638, 25 oct. 2010) visant à un retour à la démocratie, et l'évolution positive conduisant à la levée de ces décisions (déc. ESCE, n° 2014/213, 14 mars 2014. – Règl. n° 380/2014, 14 avr. 2014).

autonome, qui souhaitent établir un mode de résolution des litiges véritablement alternatif à la justice étatique : ils préconisent un contrôle minimal des sentences arbitrales, un respect absolu du principe de non-révision des sentences arbitrales, la limitation des voies de recours, etc. L'arbitrage est considéré alors comme un monde parallèle dans lequel se réfugient des acteurs internationaux qui, précisément, se défient des règles nationales, tatillonnes et opportunistes, de leurs juges, leurs préjugés et des habitudes locales. Ils sont les juristes du « *grand large* ». Assurément, la proposition est alléchante et sans doute cohérente avec l'attente des parties ayant l'habitude de l'arbitrage, à une condition cependant, que ces arbitres rendent des décisions qui soient tolérées par les États qui eux, ont le pouvoir de valider leurs sentences et, au-delà, la possibilité même de recourir à l'arbitrage. De l'autre, les partisans d'un ordre arbitral alternatif certes, mais qui tiennent compte d'un certain nombre de considérations du monde réel : l'idée d'une justice alternative, payante et souvent très onéreuse, privée, n'est ni du goût ni à la portée de tous les acteurs, d'une part, et, par ailleurs, la question de la *légitimité* de l'arbitrage, qui commande peut-être son existence même, justifie que ce caractère alternatif comprenne un certain nombre de points communs avec les préoccupations du monde, l'essentiel même, ceux décrits dans l'article 1520 du Code civil, pour citer la règle française, dont le respect de l'ordre public international, point central de la Convention de New York de 1958. Ceux-là sont partisans d'un *certain* contrôle par le juge du siège, souvent décrit par l'autre camp comme étant un contrôle *maximal*, ce qui n'est pas exact.

56 – Pour résumer l'état de la jurisprudence française en la matière, qui a beaucoup varié, un premier temps était plutôt en faveur d'un contrôle assez franc des sentences¹⁶⁷, jusqu'en 2004, avant qu'un flou n'occulte le débat, entre 2004¹⁶⁸ et 2014, avec l'utilisation d'une formule très commentée, l'existence de violations « *flagrantes, effectives et concrètes* », et que la cour d'appel de Paris, à compter de 2014¹⁶⁹, puis assez franchement à compter de 2017¹⁷⁰, rejointe par

167. CA Paris, 30 sept. 1993, *Westman* : Rev. arb. 1994, p. 359. – Cass. 1^{re} civ., 6 janv. 1987, n° 84-17.274, *Southern Pacific Properties (affaire « des Pyramides »)* : JurisData n° 1987-099628 ; JDI 1987, p. 638, note B. Goldman.

168. CA Paris, 14 juin 2001 : Rev. arb. 2001, p. 773, note Ch. Seraglini. – CA Paris, 18 nov. 2004, *Thalès Air Defense c/ GIE Euromissile* : JurisData n° 2004-264585 ; JCP G 2005, II, 10038, note G. Chabot ; JCP G 2005, I, 134, n° 8, obs. Ch. Seraglini ; JDI 2005, p. 357, note A. Mourre ; D. 2005, pan., p. 3058, obs. Th. Clay ; RTD com. 2005, p. 263, obs. E. Loquin ; Rev. crit. DIP 2006, p. 104, note S. Bollée. – CA Paris, 22 oct. 2009 : Rev. arb. 2010, p. 124, note F.-X. Train. – CA Paris, 10 sept. 2009 : Rev. arb. 2010, p. 548, note L. Ch. Delanoy. – Et Cass. 1^{re} civ., 12 févr. 2014 : Rev. arb. 2014, p. 389, note D. Vidal ; JCP G 2014, 475, note D. Mouralis. – Adde : L. G. Radicati di Brozolo, *L'illicéité qui « crève les yeux »*, *critière du contrôle des sentences au regard de l'ordre public international* : Rev. arb. 2005, p. 529. – Ch. Seraglini, *L'affaire Thalès et le non-usage de l'exception d'ordre public international ou les dérogements de la déréglementation* : Gaz. Pal. 21-22 oct. 2005.

169. CA Paris, 4 mars 2014, n° 12/17681, *GulfLeaders c/ Crédit Foncier de France cité dans D. Bensaude*, « *Allégation de corruption et contrôle de la sentence* » : Gaz. Pal. 28 juin 2014, p. 16. – CA Paris, 14 oct. 2014, *Rép. du Congo*, préc. – CA Paris, 4 nov. 2014, n° 13/10256, *Man Diesel* : Rev. arb. 2015, p. 543, note A. de Fontmichel ; D. 2014, p. 2541, obs. Th. Clay ; D. 2014, p. 2031, obs. S. Bollée.

170. CA Paris, 21 févr. 2017, n° 15/01650, *Rép. Kirghizistan c/ Belokon* : JurisData n° 2017-029841. – CA Paris, 16 mai 2017, n° 15/17442, *Rép. du Congo* : D. 2017, p. 2054, obs. L. d'Avout et S. Bollée, p. 2559, obs. Th. Clay ; JDI 2017, comm. 20, p. 1361, note E. Gaillard ; Rev. arb. 2018, p. 248, note J.-B. Racine. – CA Paris, 10 avr. 2018, *Alstom Transport* : Rev. arb. 2018, p. 574, note E. Gaillard ;

la Cour de cassation en 2022¹⁷¹, ne substitue à la formule précédente, celle du contrôle d'une « *violation caractérisée* », depuis l'arrêt *Belokon* en 2022. À vrai dire, cette querelle est assez vaine. On pourrait penser que ce n'est pas la jurisprudence qui a changé, mais les circonstances : le fait que, depuis une vingtaine d'années, et sans doute avec un temps de retard, les règles de l'arbitrage ont épousé, en un certain consensus, l'air du temps, la chasse à la corruption, au blanchiment d'argent, à la fraude en tout genre. On voit mal quel arbitre pourrait accepter le risque, moral mais peut-être aussi pénal¹⁷², de valider franchement un pacte de corruption. Cet air du temps s'est par ailleurs obscurci, notamment depuis 2014 avec l'odeur de la guerre, en Ukraine, et les sanctions économiques qui lui sont associées, et la prise de conscience que de très nombreuses sanctions de ce type existaient qu'il était d'autant moins question d'ignorer que les parties et leurs conseils s'en sont emparés comme argument de fond ou de procédure pour faire avancer leur cause. Pour autant, aucun consensus ne règne sur la question¹⁷³. Le contrôle des sentences existe, d'abord parce que les parties le demandent de plus en plus, sur le plan du contrôle de la compétence, de la régularité de la constitution, et du respect de l'ordre public principalement, ce qui conduit, mécaniquement le juge du contrôle à regarder la manière dont les arbitres ont tranché le litige, c'est-à-dire, violer le premier des commandements saints du droit de l'arbitrage : ne pas réviser la sentence au fond. Tout de même, le taux d'annulation des sentences croît (environ 25 %), et

- D. 2018, p. 1934, obs. L. d'Avout ; D. 2018, p. 2460, obs. Th. Clay. – CA Paris, 28 mai 2019, n° 16/11182, *Alstom Transport et Alstom Network UK Ltd c/ ABL* : *JurisData* n° 2019-025321 : *Rev. arb.* 2019, p. 850, note E. Gaillard ; *Gaz. Pal.* 2 juill. 2019, p. 22, note D. Bensaude. – CA Paris, 17 nov. 2020, n° 18/02568 et 18/07347 : *JurisData* n° 20206+-023089. – CA Paris, 30 juin 2020, n° 17/22515 : D. 2020, p. 1970, obs. S. Bollée ; *Daloz actualité*, 29 juill. 2020, obs. J. Jourdan-Marques ; D. 2020, p. 2484, obs. Th. Clay. – CA Paris, 27 oct. 2020, n° 19/04177. – CA Paris, 25 mai 2021, n° 18/18708, *République du Gabon et Cne Libreville* : *JDI* 2022, comm. 11, p. 584, note S. Manciaux. – CA Paris, 5 avr. 2022, n° 20/03242, *République gabonaise c/ Sté groupement Santullo Sericom Gabon* : *JDI* 2022, chron. 4, p. 681, obs. K. Mehtiyeva ; *Rev. arb.* 2022, p. 620, note I. Fadlallah.
171. Cass. 1^{re} civ., 17 mai 2023, n° 21-24.106, *Monster Energy* : *JurisData* n° 2023-007862 ; *JDI* 2024, comm. 5, p. 179, note P. Mayer. – Cass. 1^{re} civ., 23 mars 2022, n° 17-17.981, *Belokon* : *JurisData* n° 2022-004205 ; *JCP G* 2022, act. 676, note B. Remy ; *JCP G* 2022, doct. 724, n° 7, obs. Ch. Seraglini ; *JDI* 2022, chron. 4, p. 681, obs. K. Mehtiyeva. – Cass. 1^{re} civ., 7 sept. 2022, n° 20-22.118, *Sorelec* : *JurisData* n° 2022-014188.
172. V. D. Chilstein, *Arbitrage et droit pénal* : *Rev. arb.* 2009, p. 3.
173. V. contre le contrôle nouveau des sentences, craignant un contrôle illimité et anarchique, détruisant cinquante ans de jurisprudence française, voire l'attrait même de la place de Paris : (not) Ch. Jarrosson, *La jurisprudence Belokon-Sorelec, ou l'avènement d'un contrôle illimité des sentences* : *Rev. arb.* 2022, p. 1521. – C. Debourg, note ss Cass. 1^{re} civ., 7 sept. 2022, n° 20-22.118, *Sorelec* : *JurisData* n° 2022-014188. – I. Fadlallah, note ss CA Paris, 5 avr. 2022, *République gabonaise c/ Sté groupement Santullo Sericom Gabon* : *Rev. arb.* 2022, p. 620. – Ch. Seraglini, *Le contrôle par le juge de l'absence de contrariété à l'ordre public international : le passé, le présent, le futur* : *Rev. arb.* 2020, p. 347 et pro (de manière plus ou moins évidente et aux limites variables). – L.-Ch. Delanoy, *Le contrôle de l'ordre public au fond par le juge de l'annulation : trois constats, trois propositions* : *Rev. arb.* 2007, p. 177. – P. Mayer, *L'étendue du contrôle, par le juge étatique, de la conformité des sentences arbitrales aux lois de police*, *Mél. H. Gaudemet-Tallon* : *Daloz* 2008, p. 459. – L.-G. Radicati di Brozolo, *Arbitrage commercial international et lois de police : considérations sur les conflits de juridictions dans le commerce international* : *RCADI* 2005, t. 315, p. 389. – E. Gaillard, *La corruption saisie par les arbitres du commerce international* : *Rev. arb.* 2017, p. 824. – D. Mainguy, *La nouvelle conception française de l'ordre public international en matière d'arbitrage international* : *JCP E* 2023, 1067. – C. Greenberg, *Le contrôle de la sentence à l'ordre public international : les questions en suspens* : *Rev. arb.* 2022, p. 227.

le critère du contrôle, « *une violation caractérisée* » de l'ordre public international, n'est pas équivalent à une forme d'appel systématique, ce d'autant moins que les juges assortissent le rejet du recours d'attribution de sommes allouées au titre de l'article 700 du Code de procédure civile de plus en plus conséquentes. En toute hypothèse, la cour d'appel le rappelle au besoin : le contrôle ne vise pas « *à s'assurer que le tribunal arbitral a correctement appliqué des dispositions légales, fussent-elles d'ordre public, mais s'attache à vérifier qu'il ne résulte pas de la reconnaissance ou de l'exécution de la sentence une violation caractérisée de l'ordre public international* »¹⁷⁴.

2° Le devoir de l'arbitre de rendre une sentence efficace

57 – L'accroissement considérable du domaine de l'ordre public international, et du contrôle de la conformité des sentences, où, finalement, un quart des sentences sont annulées, aboutit à un élargissement corrélatif des obligations de l'arbitre, à savoir rendre une sentence susceptible d'être considérée comme valable dans les ordres juridiques qui pourraient la réceptionner, obligation de moyens bien entendu, mais obligation cependant. En effet, c'est une banalité que de constater que le recours à l'arbitrage connaît un grand succès, dont découle l'augmentation du nombre de conseils, d'arbitres, mais également de la connaissance des règles de l'arbitrage et des règles substantielles que les arbitres appliquent : cet ensemble se professionnalise, en quelque sorte. On pourrait estimer cependant qu'il s'agit plutôt d'une éthique personnelle de l'arbitre : il décide d'appliquer de telle manière telle règle qui lui est présentée, voire, d'office, les règles considérées comme des lois de police et intégrant les conceptions nationales d'accueil de la sentence de l'ordre public international. On peut au contraire estimer que cette augmentation, associée au durcissement de la jurisprudence (française) et à la complexification croissante des litiges et des règles à comprendre, interpréter et appliquer suppose cette exigence cognitive et en même temps une certaine rigueur, un ensemble de diligences dues par l'arbitre, voire de pouvoirs qui lui sont inhérents¹⁷⁵. L'arbitre ne vit pas dans une tour d'ivoire, mais dans un monde bien réel¹⁷⁶ et assume une fonction qui suppose de trancher un litige, mais en tenant compte des enjeux, qui peuvent, comme dans le cadre de cette étude, dépasser les seuls intérêts des parties au litige, de leurs conseils, et des arbitres eux-mêmes. Tout comme ils doivent veiller au respect du contradictoire, motiver leur sentence, produire une sentence juridiquement « *durcie* », assurer la police de l'audience, notamment

174. CA Paris, 12 sept. 2023, n° 22/05263, *Specter Aviation* : JurisData n° 2023-022313 ; Dalloz actualité, 13 nov. 2023, obs. J. Jourdan-Marques ; D. 2023, p. 2278, obs. Th. Clay.

175. S. Bollée, *Les pouvoirs inhérents des arbitres internationaux* : RCADI 2021, n° 418.

176. V. Himpurna, *California Energy Ltd c/ Republic of Indonesia*, Sent. finale 16 oct. 1999, n° 118 : « *The members of the Arbitral Tribunal do not live in an ivory tower. Nor do they view the arbitral process as one which operates in a vacuum, divorced from reality ... The arbitrators believe that cronyism and other forms of abuse of public trust do indeed exist in many countries, causing great harm to untold millions of ordinary people in a myriad of insidious ways. They would rigorously oppose any attempt to use the arbitral process to give effect to contracts contaminated by corruption. But such grave accusations must be proven. There is in fact no evidence of corruption in this case* ».

dans des situations de tension, voire de « *guerilla tactics* »¹⁷⁷ et ce de manière suffisamment habile pour ne pas fragiliser sa position et la sentence, les arbitres doivent rendre une sentence « *robuste* », tenant compte notamment des contraintes de l'ordre public international¹⁷⁸, c'est-à-dire, pour le dire comme Sylvain Bollée, rendre une sentence efficace¹⁷⁹, sollicitant ainsi une règle de l'art arbitral¹⁸⁰, et peut-être une partie de la mission de l'arbitre, au sens de l'article 1520, 3° du Code de procédure civile¹⁸¹. C'est évidemment très complexe : il faut que l'arbitre soit acteur de l'arbitrage, qu'il investigate, questionne, doute, s'inquiète, notamment dans les arbitrages difficiles¹⁸², non pas en se mettant à la place des juges étatiques d'accueil de la future sentence, ce qui serait absolument contradictoire avec la philosophie même de l'arbitrage, mais autour du « *centre de gravité* » de l'ordre public international. En même temps, un énorme paradoxe émerge. L'arbitre n'est pas un juge pénal, pas un juge concurrentiel ni du droit de la guerre, mais il lui est demandé de tenir compte de règles qui sont de la compétence de ces juges. Or, par hypothèse, ces procès n'ont en général pas eu lieu et aucune histoire judiciaire contrefactuelle ne peut être effectuée par l'arbitre. Inversement, le juge de l'annulation (que le débat ait eu lieu ou non devant les arbitres) ne peut non plus faire une histoire contrefactuelle d'une instance qui n'a pas eu lieu ou s'approprier la mémoire judiciaire de ces débats s'ils ont eu lieu ni le temps et l'énergie consacrés par les arbitres. C'est sans doute la raison pour laquelle seules des violations « *caractérisées* » de l'ordre public international, où l'image de la violation qui « *crève les yeux* » reste d'actualité¹⁸³, justifient l'annulation de la sentence.

177. J. El Ahdab et D. Mainguy, *Droit de l'arbitrage, théorie et pratique* : LexisNexis, 2021, n° 971 s.

178. S. Bollée, *Les pouvoirs inhérents des arbitres internationaux* : RCADI, n° 418, 2021, n° 97 « on peut même dire qu'il est consubstantiel à la notion d'ordre public que sa primauté soit perçue comme une nécessité par l'arbitre : par essence, l'ordre public recouvre des normes, des valeurs ou des intérêts perçus comme si essentiels qu'il n'apparaîtrait pas supportable qu'il y soit porté atteinte ».

179. S. Bollée, *Les pouvoirs inhérents des arbitres internationaux* : RCADI, n° 418, 2021, n° 104 s. – J.-B. Racine, *Droit de l'arbitrage* : PUF, 2016, spéc. n°844 (avec des nuances). – Ch. Seraglini et J. Ortscheidt, *Droit interne et international de l'arbitrage*, LGDJ, 2^e éd., spéc. n° 309. – V. règl. CCI, art. 42 : « Dans tous les cas non visés expressément au Règlement, la Cour et le tribunal arbitral procèdent en s'inspirant du Règlement et en faisant tous leurs efforts pour que la sentence soit susceptible de sanction légale ».

180. V. P. Mayer, *L'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de sa propre compétence* : Recueil des cours, t. V (1989), vol. 217, spéc. n° 36.

181. *Assez paradoxalement, cette situation réactiverait l'application de l'article 1466 du Code de procédure civile à propos de la conformité de la sentence à l'ordre public international* (V. CA Paris, 18 nov. 2004, n° 2002/19606, *Thalès* : JCP G 2005, II, 10038, note G. Chabot ; JCP G 2005, I, 134, n° 8, obs. Ch. Seraglin : « Il n'y a donc aucune raison de permettre à la société demanderesse de bénéficier des lacunes, volontaires ou non, dans la défense de ses intérêts devant les arbitres ». – Et comp. CA Paris, 23 janv. 2024, n° 22/16431, GBO : Dalloz actualité, 21 mars 2024, obs. J. Jourdan-Marques) et l'obligation pour les parties d'invoquer, corrélativement, la règle impérative devant les arbitres, faisant, à défaut, obstacle à l'invoque de celles-ci, pour la première fois, devant le juge de l'annulation.

182. S. Bollée, *Les pouvoirs inhérents des arbitres internationaux* : RCADI, n° 418, 2021, n° 105 : « si les parties requièrent du tribunal arbitral le prononcé d'une sentence d'accord-parties et que les circonstances l'incitent à soupçonner des faits de blanchiment ou de corruption, les arbitres pourraient et même devraient procéder à des investigations afin de vérifier que l'accord des parties est licite. À défaut, ils s'exposeraient à rendre une sentence contraire à l'ordre public international », suggestion que l'affaire *Sorelec*, hélas, a validée.

183. L. G. Radicati di Brozolo, *L'illicéité qui « crève les yeux », critère du contrôle des sentences au regard de l'ordre public international* : Rev. arb. 2005, p. 529.

58 – *Conclusion intermédiaire* : cet ensemble de considérations, qui omet sans doute bien des questions, offre cependant un aperçu des difficultés considérables qui jaillissent du seul fait de la prise en compte, large mais assumée, de ce que nous avons désigné comme un « *litige de guerre* », saisi par un arbitrage. Ces difficultés sont cependant surmontées dans la grande majorité des cas : l'arbitrage offre un mode conventionnel et juridictionnel (certes imparfait à défaut d'*imperium*) de résolution des litiges, et surtout un mode *apaisé*, plus que *pacifique*, de ces litiges dans cette ambiance de guerre. Reste alors à mesurer comment le droit de l'arbitrage [ne] saisit [pas] les litiges de guerres, en mesurer les causes et imaginer, peut-être des débuts de propositions de solution.

II. – LA GUERRE SAISIE PAR LE DROIT DE L'ARBITRAGE

59 – La pratique de l'arbitrage, dans le traitement des litiges, connaît la guerre, c'est indéniable. Par ailleurs l'arbitrage est considéré, au moins par ses zéloteurs, comme le meilleur moyen de résoudre des litiges complexes, notamment internationaux, dont les plus complexes de tous, ceux dans lesquels des intérêts majeurs d'un État sont en jeu.

Reste à mesurer la place du fait de guerre, voire de la guerre elle-même, en droit de l'arbitrage. La guerre, dans toutes ses composantes, est d'abord une donnée du droit de l'arbitrage (A) sans, pour autant, malgré une histoire riche, que l'objectif de résoudre pacifiquement des conflits interétatiques soit atteint (B), objectif inatteignable ou non souhaité, que les suites de la Seconde Guerre mondiale n'ont pas permis de réaliser, qu'il s'agirait peut-être alors de revitaliser (C).

A. – La guerre, une donnée du droit de l'arbitrage

60 – Aucun droit interne de l'arbitrage n'envisage, à notre connaissance, un « *litige de guerre* » de manière directe et rares sont les instruments internationaux, outre certains traités sur des relations *a priori* interétatiques, qui prévoient des règles particulières faisant un lien entre une situation de « *guerre* » et des règles d'arbitrage. C'est le cas notamment des règlements européens en matière de sanctions économiques. Ces instruments évoquent, parfois, l'arbitrage : c'est une donnée, même de faible densité, du droit de l'arbitrage.

Ces instruments, dont on peut tenter de dresser un tableau imparfait, prévoient divers types de sanctions, des sanctions individuelles de gel de fonds ou de ressources économiques contre des personnes, entités ou organismes nommément identifiés, et dont la liste actualisée est disponible sur le registre national des gels tenu par la Direction du Trésor¹⁸⁴ ou des sanctions sectorielles.

61 – Le premier type de sanctions est assez radical. Par exemple, le règlement (UE) n° 208/2014 *concernant des mesures restrictives à l'encontre de certaines personnes, de certaines entités et de certains organismes eu égard à la situation en Ukraine*, sanctionne des personnes (une dizaine) responsables de détournements

184. *gels-avoirs.dgtresor.gouv.fr*, qui comprend environ 8 000 noms.

de fonds au détriment de l'Ukraine. Le règlement (UE) n° 269/2014 *concernant des mesures restrictives eu égard aux actions compromettant ou menaçant l'intégrité territoriale, la souveraineté et l'indépendance de l'Ukraine*, adopté en application de la décision PESC n° 2014/145, et qui porte clairement sur les conséquences de la guerre en Ukraine, « impose » des restrictions en matière de déplacements, ainsi qu'un gel des fonds et de ressources économiques à « certaines personnes responsables d'actions compromettant ou menaçant l'intégrité territoriale, la souveraineté et l'indépendance de l'Ukraine, y compris d'actions concernant le statut futur d'une quelconque partie du territoire qui sont contraires à la constitution ukrainienne, ainsi qu'aux personnes physiques ou morales, entités ou organismes qui leur sont associés ». Beaucoup plus important que le précédent, comprenant près d'une centaine de révisions par des règlements d'exécution, le règlement (UE) n° 269/2014 sanctionne environ 2 000 personnes ou entités¹⁸⁵. Les sanctions sont des gels, automatiques, de fonds ou de ressources économiques¹⁸⁶, c'est-à-dire ceux qui leur appartiennent ou des personnes ou entités qui leur sont associées, ou qu'ils « possèdent, détiennent ou contrôlent »¹⁸⁷. À ce jour environ 350 milliards d'euros de fonds russes sont gelés (y compris aux États-Unis ou en Grande-Bretagne), dont près de deux milliards en France, fonds sur lesquels certains espèrent une saisie de l'ensemble ou simplement des intérêts produits depuis, notamment pour financer la guerre en Ukraine ou la reconstruction du pays. Par ailleurs, un certain nombre de personnes physiques ou morales visées par ces sanctions sont organisées de manière confuse, abritées derrière des montages juridiques et sociétaires qui rendent parfois complexe leur caractérisation en « contrôleur » d'une entité soupçonnée de l'être par une personne sous sanctions. Or, ce « contournement » des mesures de gel est par ailleurs « interdit »¹⁸⁸, sans que cette interdiction soit précisée, sinon par la recommandation de « mesures appropriées », non assimilables à des sanctions secondaires du types du modèle américain, ce qui assure une forme d'immunité dans ces contournements, par des entités sous sanctions ou non. Instaurer de telles sanctions secondaires, pour poursuivre toute personne bénéficiant de leur contournement, serait, alors, une mesure permettant d'assurer l'efficacité de l'ensemble.

62 – Un certain nombre d'exceptions sont prévues à ces gels de fonds et donc à l'impossibilité de remettre ces fonds ou ressources à leur propriétaire. Ces exceptions permettant aux autorités compétentes (la Direction du Trésor en France) de débloquer des fonds ou des ressources gelés pour autant que les raisons invoquées dans la demande correspondent à des cas spécifiés à l'article 4 et 5 du règlement (UE) n° 269/2014. L'article 5, notamment, permet à

185. Sur les caractéristiques des personnes, entités ou organismes visés : Cons. UE, règl. (UE) n° 269/2014, 17 mars 2014, art. 3.

186. Sur les notions de « ressource économique » et de « gel de fonds » : Cons. UE, règl. (UE) n° 269/2014, 17 mars 2014, art. 1er, d à g. – V. aussi, C. Kleiner, *L'application des « sanctions économiques » adoptées par l'Union européenne contre la Russie à la suite de l'invasion de l'Ukraine : éléments de droit international privé* : JDI 2022, doctr. 5, p. 750. – A. d'Ornano, *Sur le gel des avoirs* : Rev. crit. DIP 2022, p. 449.

187. Cons. UE, règl. (UE) n° 269/2014, 17 mars 2014, art. 2, 1.

188. Cons. UE, règl. (UE) n° 269/2014, 17 mars 2014, art. 9.

l'autorité compétente d'autoriser ce déblocage en matière d'arbitrage lorsque plusieurs conditions sont réunies : les fonds ou ressources économiques font l'objet d'une décision arbitrale rendue avant la date de décision de gel de l'entité en question ; les fonds sont « *exclusivement* » utilisés pour faire droit aux demandes garanties par une telle décision ; la décision n'est pas rendue au bénéfice d'une personne sous sanction ; la décision n'est pas contraire à l'ordre public international de l'État membre concerné.

63 – Par ailleurs, deuxième type de sanctions, des sanctions économiques *sectorielles* sont posées dans le règlement (UE) n° 833/2014, complété depuis son adoption en 2014, s'agissant de « *certaines zones d'Ukraine non contrôlées par le Gouvernement* », celles de Donetsk et Louhansk¹⁸⁹ ou de Crimée¹⁹⁰. L'article 5 *quindecies*, 1 du règlement (UE) n° 833/2014 interdit ainsi « *de fournir, directement ou indirectement, des services de comptabilité, de contrôle des comptes, y compris de contrôle légal des comptes, de tenue de livres ou de conseils fiscaux, ou des services de conseil en matière d'entreprise et de gestion ou des services de relations publiques* » au Gouvernement russe ou à toute personne, entité ou organisme « *établi en Russie* », de même que de fournir « *des services de conseil juridique* ». Toutefois, le 5) de cet article précise que ces règles ne s'appliquent pas « *à la prestation de services qui sont strictement nécessaires à l'exercice des droits de la défense dans le cadre d'une procédure judiciaire et du droit à un recours effectif* » et à la « *prestation de services qui sont strictement nécessaires pour garantir l'accès aux procédures judiciaires, administratives ou d'arbitrage dans un État membre, ainsi que pour la reconnaissance ou l'exécution d'un jugement ou d'une sentence arbitrale rendu dans un État membre, à condition qu'une telle prestation de services soit compatible avec les objectifs du présent règlement et du règlement (UE) n° 269/2014* ».

64 – L'institution de l'arbitrage est donc prise très au sérieux par les autorités européennes, pourtant considérées comme ne l'appréciant guère¹⁹¹ : des prestations de services juridiques, de conseil, de consultation, d'expertise, d'*arbitrage*, peuvent donc être réalisées au profit d'une personne ou entité russe, à condition que cela s'inscrive dans le contexte de l'exercice de ses droits de la défense, ou afin de garantir l'accès à une procédure arbitrale ou d'obtenir l'exequatur d'une sentence rendue dans un État membre et, sans doute, son annulation. Par ailleurs, lorsque les personnes ou entités en question sont sous sanctions, le paiement des honoraires divers ou des condamnations (ou leur bénéfice) suppose une autorisation préalable de l'autorité nationale compétente.

Tout arbitrage (ou toute procédure) n'est cependant pas permis, ce qui affecte potentiellement l'instance arbitrale. Ainsi, au titre des sanctions sectorielles du règlement (UE) n° 833/2014, l'article 5 bis, 1 prévoit qu'« *il est interdit de participer directement ou indirectement à toute transaction* » avec une personne morale, entité ou organisme visé dans une annexe, dont Gazprom, ou Rosneft

189. Cons. UE, règl. (UE) 2022/263, 23 févr. 2022.

190. Cons. UE, règl. (UE) n° 269/2014, 17 mars 2014.

191. V. Th. Clay, *Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges* : D. 2019, p. 2435, spéc. n° 1.

par exemple, ou leurs filiales, mais le 3, g de ce même article prévoit que cette interdiction ne vaut pas pour des « *transactions qui sont strictement nécessaires pour garantir l'accès aux procédures (...) d'arbitrage dans un État membre, ainsi que pour la reconnaissance ou l'exécution d'un jugement ou d'une sentence arbitrale rendu dans un État membre et si de telles transactions sont compatibles avec les objectifs du présent règlement et du règlement (UE) n° 269/2014* ». Enfin le 5 bis ter étend désormais la portée de l'interdiction de transiger à des entités utilisant les contre-mesures russes.

Plus important, l'article 11, 1 du règlement (UE) n° 833/2014 dispose que « *Il n'est fait droit à aucune demande à l'occasion de tout contrat ou toute opération dont l'exécution a été affectée, directement ou indirectement, en tout ou en partie, par les mesures instituées en vertu du présent règlement, y compris à des demandes d'indemnisation ou à toute autre demande de ce type, telle qu'une demande de compensation ou une demande à titre de garantie, notamment une demande visant à obtenir la prorogation ou le paiement d'une obligation, d'une garantie ou d'une contre-garantie, notamment une garantie ou une contre-garantie financière, quelle qu'en soit la forme* », présentée par les personnes visées en annexe ou toute personne, entité ou organisme russe, ou leur intermédiaire¹⁹². Par conséquent, si une personne, entité ou organisme russe peut être défendeur à un arbitrage, il ne peut y être demandeur, ou demandeur reconventionnel et, en toute hypothèse, ces demandes doivent être rejetées, ce qui crée une distorsion majeure dans le principe de l'égalité des armes dans un procès arbitral.

65 – On retrouve le même type de disposition dans d'autres instruments européens de sanctions économiques. Le règlement (UE) 2017/2063 du 13 novembre 2017 *concernant des mesures restrictives en raison de la situation au Venezuela* contient à la fois des sanctions sectorielles et des gels de fonds. L'article 10 prévoit ainsi une dérogation possible par l'autorité de contrôle au gel de fonds dans les mêmes conditions que celles posées dans l'article 5 du règlement (UE) n° 269/2014¹⁹³.

66 – D'une manière générale, donc, un réseau complexe de sanctions économiques couvre l'ensemble du monde. Aux sanctions économiques adoptées en propre par l'Union européenne, s'ajoutent les sanctions adoptées par les Nations unies, en nombre considérable et qui sont systématiquement reprises

192. *V. cependant, règl. (UE) n° 692/2014, art. 6, qui présente la même interdiction mais ajoute le cas d'une demande effectuée sur le fondement d'une « décision arbitrale, judiciaire ou administrative qui aura jugé qu'il ou elle a enfreint les interdictions visées dans le présent règlement », de même que l'article 10 du règlement (UE) 2022/263.*

193. *V. aussi, Cons. UE, règl. (UE) 2016/44, 18 janv. 2016 art. 9 et 12, concernant des mesures restrictives en raison de la situation en Libye (abrogeant le règlement (UE) n° 204/2011). – Cons. UE, règl. (UE) n° 1352/2014, 18 déc. 2014, art. 6, concernant des mesures restrictives eu égard à la situation au Yémen. – Cons. CE, règl. (CEE) n° 3541/92, 7 déc. 1992, interdisant de faire droit aux demandes irakiennes relatives aux contrats et opérations dont l'exécution a été affectée par la résolution 661 (1990) du Conseil de sécurité des Nations Unies et par les résolutions connexes, art. 3. – V. ainsi, Cass. 1^{re} civ., 7 sept. 2022, n° 19-21.964, *Libyan Investment Authority* : *JurisData* n° 2022-014190 ; *JDI* 2024, comm. 8, p. 515, note E. Farnoux. – Et Cass. 1^{re} civ., 7 sept. 2022, n° 19-25.108 : *JurisData* n° 2022-014191 ; *JDI* 2024, comm. 8, p. 515, note E. Farnoux, en application du règlement (UE) 2016/44.*

par des règlements européens prononçant des gels de fonds ou des sanctions économiques, par exemple contre des personnes ou entités liées au financement du terrorisme, en matière de lutte contre la prolifération d'armes chimiques¹⁹⁴, de lutte contre les cyberattaques qui menacent l'Union ou ses États membres¹⁹⁵ ou pour faire face aux graves violations des droits de l'homme¹⁹⁶. Certaines de ces sanctions des Nations Unies sont par ailleurs reprises en propre par des règlements européens, comme le règlement (CE) n° 2580/2001 du 27 décembre 2001 *concernant l'adoption de mesures restrictives spécifiques à l'encontre de certaines personnes et entités dans le cadre de la lutte contre le terrorisme* qui établit la liste des entités considérées comme terroristes dans l'Union européenne, par l'actualisation de la décision PESC n° 2001/931, entités dont les fonds sont gelés. Il faut également compter sur les sanctions adoptées unilatéralement par certains pays, comme les États-Unis¹⁹⁷ d'ailleurs en relation avec les sanctions de l'Union européenne dans le *Counter America's Adversaries Through Sanctions Act* (CAATSA) du 2 août 2017, la Grande-Bretagne¹⁹⁸, le Canada¹⁹⁹ mais

194. Cons. UE, règl. (UE) 2018/1542, 15 oct. 2018, art. 4, *concernant des mesures restrictives de lutte contre la prolifération et l'utilisation d'armes chimiques*.

195. Cons. UE, règl. (UE) 2019/796, 17 mai 2019, *concernant des mesures restrictives contre les cyberattaques qui menacent l'Union ou ses États membres, sur la base de la décision PESC n° 2019/797 du 17 mai 2019 et qui comprend une douzaine de noms*.

196. Cons. UE, règl. (UE) 2020/1998, 7 déc. 2020, *concernant des mesures restrictives en réaction aux graves violations des droits de l'homme et aux graves atteintes à ces droits sur la base de la décision PESC n° 2020/1999 du 7 décembre 2020 (qui contient une centaine de noms)*. Ce règlement s'applique (art. 2) : « 1) a) au génocide ; b) aux crimes contre l'humanité ; c) aux graves violations des droits de l'homme ou graves atteintes à ces droits suivantes : i) torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants ; ii) esclavage ; iii) exécutions et assassinats extrajudiciaires, sommaires ou arbitraires ; iv) disparitions forcées de personnes ; v) arrestations ou détentions arbitraires ; d) aux autres violations des droits de l'homme ou atteintes à ces droits, notamment mais pas uniquement les autres violations ou atteintes suivantes, dans la mesure où ces autres violations ou atteintes sont répandues, systématiques ou présentent un autre caractère de gravité particulier au regard des objectifs de la politique étrangère et de sécurité commune énoncés à l'article 21 du TUE : i) traite des êtres humains, ainsi que les atteintes aux droits de l'homme commises par les passeurs de migrants, au sens du présent article ; ii) violence sexuelle et à caractère sexiste ; iii) violations de la liberté de réunion pacifique et d'association ou atteintes à cette liberté ; iv) violations de la liberté d'opinion et d'expression ou atteintes à cette liberté ; v) violations de la liberté de religion ou de conviction ou atteintes à cette liberté. 2. Aux fins de l'application du paragraphe 1, il convient de tenir compte du droit international coutumier et d'instruments de droit international largement reconnus, tels que : a) le pacte international relatif aux droits civils et politiques ; b) le pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels ; c) la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide ; d) la convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants ; e) la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale ; f) la convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes ; g) la convention relative aux droits de l'enfant ; h) la convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées ; i) la convention relative aux droits des personnes handicapées ; j) le protocole additionnel à la convention des Nations unies contre la criminalité transnationale organisée visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants ; k) le statut de Rome de la Cour pénale internationale ; l) la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ».

197. V. pour la liste des sanctions, <https://ofac.treasury.gov/sanctions-programs-and-country-information>, et de personnes dont les fonds sont gelés : ofac.treasury.gov. Le mécanisme des sanctions américaines est, pour le juriste continental, assez difficile à saisir : il repose sur un certain nombre de lois (Acts) souvent révisées, codifiées dans le USC (notamment dans le titre 22 comportant lui-même plus de 100 chapitres) et mises en œuvre par des Executive Orders, eux-mêmes repris dans le Code of Federal Regulations.

198. www.gov.uk/government/publications/the-uk-sanctions-list.

199. www.international.gc.ca/world-monde/international_relations-relations_internationales/sanctions/current-actuelles.aspx?lang=fra.

également la Russie, la Chine, etc., à supposer qu'elles évoquent expressément l'institution arbitrale. L'ensemble est fondé sur des logiques de guerre, ou l'esprit d'une guerre, constituant autant d'outils visant à produire des effets sinon équivalents du moins des effets psychologiques, eu égard à l'efficacité, variable, mais en général assez faible, de ces sanctions²⁰⁰.

B. – La résolution pacifique des guerres, origine de l'arbitrage international moderne

67 – L'histoire de l'arbitrage international est parfois, en doctrine, considérée comme linéaire en ce que l'origine de l'arbitrage pourrait être identifiée dans l'Antiquité grecque, se serait poursuivie au Moyen-Âge, jusqu'à nos jours, de sorte que les droits nationaux de l'arbitrage ou la Convention de New York de 1958 en seraient les héritiers naturels²⁰¹. Une difficulté surgit cependant s'il s'agit de faire de l'arbitrage *interétatique* le successeur de l'arbitrage commercial : ce serait plutôt l'inverse, ou bien deux histoires parallèles²⁰², avec dans ce *continuum*, un renouveau dans le fait que le caractère *international* de l'arbitrage suppose l'existence de *nations* souveraines et la possibilité pour celles-ci, ou leurs ressortissants, de consentir librement à une convention d'arbitrage, conditions qui n'apparaissent, dans leur principe, qu'au xvii^e siècle et qui prend véritablement son essor à la fin du xviii^e et au cours du xix^e siècle, plus précisément et de manière magistrale avec l'arbitrage *Alabama* en 1872 (1^o) dont les suites ont spectaculairement bouleversé le paysage du droit de l'arbitrage international à travers les Conventions de La Haye de 1899 et 1907 (2^o).

1^o La fondation : l'arbitrage Alabama

68 – L'*Alabama* était un navire construit par un chantier anglais, vendu avec au moins deux autres²⁰³, aux confédérés, violant ce faisant la neutralité à laquelle la Grande-Bretagne avait dit se tenir dans le *British Neutrality Act*, à l'endroit tant des unionistes que des confédérés dans la Guerre de Sécession, dite « *Civil War* » aux États-Unis. Ces navires, les *CSS Alabama*, *Florida* et *Shenandoah*, étaient armés en guerre, composés pour partie de marins britanniques, battaient parfois pavillon britannique pour tromper les navires de l'Union, se ravitaillaient et se réarmaient dans des ports britanniques. Ces navires ont écumé les trois grands océans Atlantique, Pacifique et Indien,

200. D. Mainguy, *Droit de la guerre « atypique », Réflexion sur les conflits non-armés et non-militaires (Lawfare, Guerre économique et informationnelle)* : LGDJ-Lextenso, 2023, n° 98 s. – Adde, A. Demarais, *Backfire, How Sanctions Reshape the World against US Interests* : Columbia University Press, New York, 2022. – Ch. Gomez, *Les sanctions internationales, ou la délicate mesure de l'efficacité* : *Revue Internationale et Stratégique*, 2016/3, n° 103, p. 98.

201. M. de Taube, *Les origines de l'arbitrage international, Antiquité et Moyen Âge* : *Rec. cours La Haye*, t. 42, 1932-IV, p. 3. – C. Lange, *Histoire de la doctrine pacifique et de son influence sur le développement du droit international* : *Rec. cours La Haye*, t. 13, 1926-III, p. 172, spéc. p. 212 et s.

202. V. Allen Devere, *The Fight for Peace*, New York, 1930, spéc. chap. VII, « *Arbitration's Long Career* », p. 119 s.

203. V. B. de Loynes de Fumichon et W.-W. Park, *Retour sur l'affaire de l'Alabama : de l'utilité de l'histoire pour l'arbitrage international* : *Rev. arb.* 2019, p. 743. – J. Paulsson, *The Alabama Claims Arbitration : Statecraft and Stagecraft*, in U. Franke, A. Magnusson, *Arbitrating for Peace : How Arbitration Made a Difference*, *Kluwer Law International* 2016, p. 7.

coulant des dizaines de navires de l'Union, jusqu'à de ce l'*Alabama* fût à son tour coulé au large de Brest. Les États-Unis, réunis après 1866, demandèrent des comptes au Gouvernement britannique et, assez rapidement, conclurent en 1871 le traité de Washington par lequel les États-Unis et la Grande-Bretagne convenaient de soumettre à un tribunal arbitral les réclamations formulées par les États-Unis contre la Grande-Bretagne du fait de la livraison aux confédérés de ces navires corsaires, dont les dégâts considérables avaient peut-être contribué à prolonger la guerre. Le traité prévoyait que cinq membres provenant de cinq pays composeraient ce tribunal, respectivement nommés par les chefs d'État des États-Unis, de la Grande-Bretagne, du Brésil, de l'Italie et de la Suisse et siègerait à Genève. La sentence rendue condamnait la Grande-Bretagne à payer quinze millions et demi de dollars, sachant que les Américains avaient demandé à titre de dédommagement ou bien la cession du Canada ou bien une somme considérable pour l'époque, sans doute équivalente à environ deux cents à trois cents milliards de dollars actuels. La sentence fut exécutée spontanément par la Grande-Bretagne, moins la somme de deux millions de dollars en réparation des conséquences d'un blocus par les États-Unis et le prix de droits de pêches dans les eaux canadiennes. Cette sentence ainsi que la qualité de son exécution furent d'ailleurs le prélude du renouveau des relations entre les deux pays, relations jusqu'alors marquées par le ressenti de l'indépendance et de la guerre de 1812-1814, où les Anglo-canadiens avaient occupé la Nouvelle-Angleterre jusqu'à l'incendie de la Maison-Blanche.

L'arbitrage *Alabama* fut ainsi un exemple²⁰⁴ de la manière dont un litige profond, ancien et très ancré pouvait, entre gouvernants d'États responsables, être résolu par des voies pacifiques, par des moyens privés qui plus est, sur la base d'un accord particulier associé à l'introduction d'une clause prévoyant le recours obligatoire à l'arbitrage en cas de contestation ou d'échec des discussions. Il fut sans doute le point de départ technique permettant, à l'occasion de la Conférence de la Paix de 1899, l'adoption, outre la rédaction du droit coutumier de la guerre et la création de la Cour permanente d'arbitrage, d'un règlement d'arbitrage, malheureusement non obligatoire, pour tenter de régler les litiges interétatiques.

2° La mise en œuvre : les Conventions de La Haye de 1899 et 1907

a) Le contenu des Conventions de La Haye

69 – L'exemple de l'arbitrage *Alabama* et les tensions majeures qui émergent à la fin du XIX^e siècle entre les puissances européennes avait ouvert la voie ou bien à la guerre, à éviter, ou bien à des techniques de règlement pacifique des litiges. Il n'est pas certain d'ailleurs que l'on pouvait, alors, raisonnablement établir une distinction claire entre les intérêts privés en jeu et les intérêts nationaux, tant les liens entre États et entreprises nationales étaient ténus, par exemple dans ce que

204. Pour un autre exemple : Sent. arb. 28 janv. 1931, *Affaire de l'île de Clipperton (Mexique c/ France)* : Rec. des sentences arbitrales, vol. II, p. 1105. L'arbitrage, défini par un compromis entre la France et le Mexique du 2 mars 1909, confié à Victor-Emmanuel III, Roi d'Italie, confirmait la souveraineté de la France, dans le souvenir de l'intervention française au Mexique par Napoléon III.

l'on a pu appeler la « *première mondialisation* »²⁰⁵ lorsque tel traité était conclu entre l'une de ces puissances et tel pays à coloniser pour construire une installation quelconque : port, ligne ferroviaire, par une entreprise nationale sans qu'il soit très clair que l'initiative fût publique ou privée. Par conséquent, la distinction entre arbitrage interétatique et arbitrage commercial semblait déjà tracée, mais aux effets très faibles. En France, par exemple, cette distinction était de peu d'intérêt : depuis 1843, les clauses compromissaires étaient considérées comme nulles, même si la jurisprudence tentait, parfois, de contourner la règle pour valider des clauses compromissaires prévoyant un siège en dehors de la France²⁰⁶. D'ailleurs, la promotion de l'arbitrage international comme mode de règlement des litiges armés était alors l'affaire des États dans ce contexte de tensions et de montée en puissance des conflits de la fin du XIX^e siècle et les règles naissantes du droit des conflits armés et, plus discrètement, des conflits économiques internationaux²⁰⁷.

70 – L'idée d'une « *Conférence internationale de la paix* » reposait sur une initiative russe pour la convoquer en 1899 aux fins d'une part de codifier un certain nombre de coutumes du droit de la guerre (*jus in bello*) et un mécanisme de règlement arbitral des litiges interétatiques pour éviter les conflits armés comme technique première pour les résoudre en vue d'appliquer « *les usages établis entre nations civilisées, [l]es lois de l'humanité et [l]es exigences de la conscience publique* »²⁰⁸ et avec comme exemple l'arbitrage *Alabama* qui avait démontré qu'il était possible de régler un grave différend interétatique de manière pacifique. La Cour permanente d'arbitrage de La Haye a ainsi été créée par la Convention I de La Haye de 1899, *pour le règlement pacifique des conflits internationaux*²⁰⁹, confirmée en 1907, ensuite installée en 1913 à La Haye. Son objet était de régler les différends entre États par une voie pacifique, celle de la

205. V. J. Siegel, *La décennie 1900*, in P. Gosser (dir.) : *Histoire mondiale des relations internationales*, coll. Bouquins, 2023.

206. V. C. Jallamion, *La jurisprudence française et l'arbitrage de 1843 à 1958 : de la défaveur à la faveur jusqu'à l'avènement de l'arbitrage international (Partie II)* : *Rev. arb.* 2015, p. 1037, spéc. p. 1073, citant (note 115). – *Cass. req.*, 11 déc. 1860, Ire esp. : *D.* 1861, p. 166, appliquant à une clause compromissoire la nullité admise, en droit interne, depuis l'arrêt *Prunier* de 1843, puis (note 120). – *Cass. req.*, 21 janv. 1904 : *D.* 1906, I, p. 395, qui admet timidement la validité de la clause conclue à l'étranger.

207. *Sur l'ensemble*, V. not. M. Schinazi, *The Three Ages of International Commercial Arbitration : Cambridge Univ. Press.*, 2022, spéc. p. 89 s. – C. Jallamion, *Le juge français au service de l'investissement : le développement en France de l'arbitrage commercial international, XIXe-XX^e siècles*, in L. Brunori, S. Dauchy, O. Descamps et X. Prévost, *Le droit face à l'économie sans travail, Tome I, Sources intellectuelles, acteurs, résolution des conflits : Classiques Garnier*, 2019, p. 387, spéc. note 9. – C. Jallamion, *La jurisprudence française et l'arbitrage de 1843 à 1958 : De la défaveur à la faveur jusqu'à l'avènement de l'arbitrage international : Partie I*, *Rev. arb.* 2015, p. 739 ; *Partie II*, *Rev. arb.* 2015, p. 1037. – C. Jallamion et Th. Clay, *Arbitrage et justice étatique, hier et aujourd'hui*, in L. Cadet, S. Dauchy et J.-L. Halpérin (dir.), *Itinéraires d'Histoire de la procédure civile*, t. I : *Regards français*, *Bibl. IRJS*, t. 51, 2014, p. 182. – Ch. de Mougins-Roquefort, *De la solution juridique des conflits internationaux, l'arbitrage international : histoire, fonctionnement, réforme, 1889*. – D. Mainguy, *Droit de la guerre « atypique », Réflexion sur les conflits non-armés et non-militaires (Laufare, Guerre économique et informationnelle)* : *LGDJ-Lextenso*, 2023, n° 37 et s.

208. V. D. Gaurier, *Histoire du droit international : Presses universitaires de Rennes*, 2014, p. 618 s. (*sur la première Conférence de la Paix*).

209. L. Barcelo, *Aux origines de la Cour permanente d'arbitrage : La première Conférence de La Haye (1899)*, in *Guerres mondiales et conflits contemporains* : *PUF*, Paris, 1998.

médiation et de l'arbitrage international. Le mécanisme était très efficace, à un détail près, mais fondamental : la Convention ne prévoit pas de cas dans lesquels les États seraient *obligés* de recourir à l'arbitrage. Par ailleurs, le lien n'apparaît toujours pas nettement entre les situations de conflits purement interétatiques, des guerres, et des conflits commerciaux entre États²¹⁰. La Convention I de 1899 évoque ainsi des « *différents internationaux* » (art. 20), mais limités aux parties étatiques. Ce n'est que beaucoup plus tard que la Cour permanente d'arbitrage a reçu des arbitrages entre des parties privées, *via* le choix du règlement d'arbitrage CNUDCI notamment. En revanche, la Convention I de 1899 propose une organisation et un règlement d'arbitrage particulièrement efficaces, privilégiant la médiation et les bons offices et, en cas d'échec, un arbitrage, devant la CPA ou une « *juridiction spéciale* », un arbitrage *ad hoc* donc ou, plus part, la CPIJ puis la CIJ. Toutefois, sa mise en œuvre suppose un compromis ou un traité prévoyant un arbitrage obligatoire ou une convention d'arbitrage entre les parties. Jamais personne en revanche n'a imaginé tirer des articles 15 à 19 de la Convention I de 1899 l'idée d'une offre d'arbitrage obligatoire sur le fondement de la Convention de La Haye I de 1899, confirmée

210. V. C. Jallamion, *Le juge français au service de l'investissement : le développement en France de l'arbitrage commercial international, XIXe-XXe siècles*, in L. Brunori, S. Dauchy, O. Descamps et X. Prévost, *Le droit face à l'économie sans travail, Tome 1, Sources intellectuelles, acteurs, résolution des conflits : Classiques Garnier*, 2019, p. 387, spéc. p. 392 : « Il faut en effet rappeler le contexte depuis 1860 pour mesurer l'isolement français. Justement cette année-là, après le temps du protectionnisme depuis le Premier Empire, voici que la France signe un traité de Libre-Échange avec l'Angleterre. Sous le Second Empire, au moment de ce que l'on a appelé la « Fête impériale », la France devient alors la Nation la plus riche d'Europe, absorbant à elle seule 44 % de l'or qui circule sur le continent, à une époque également marquée par la seconde révolution industrielle et les débuts de la « première mondialisation », celle de la colonisation et des empires, des nouvelles technologies et de l'urbanisation croissante, alors que le droit français n'offre pas une solution de règlement des litiges adaptée au commerce international. Celui-ci pourtant, de 1870 à 1920, est en plein développement et c'est alors l'Allemagne, plus que l'Angleterre et plus que la France, qui connaît l'essor industriel le plus important, essor économique auquel l'Allemagne ajoute une ambition, celle de devenir une puissance mondiale, une *Weltmacht*, ce qui ne manque pas d'inquiéter en France comme en Angleterre. Or l'Allemagne et même d'ailleurs l'Angleterre ont des législations qui autorisent la clause compromissoire, respectivement depuis 1877 et 1889. Tout ceci est connu en France : rappelons que l'Annuaire de législation comparée commence à paraître en 1872 et dès 1889, Raymond Saleilles publie dans l'Annuaire de législation étrangère une traduction de l'Arbitration Act anglais » et p. 393 : « il faudra encore attendre la guerre contre la Prusse puis la défaite française pour que l'Angleterre et la France se rapprochent davantage au début du XXe siècle et pour que des efforts, venus de la diplomatie comme des milieux d'affaires, incitent au développement d'une justice arbitrale internationale à l'égard de laquelle les juges français vont se montrer particulièrement accueillants. Ils vont en effet se prononcer en faveur de la clause compromissoire en matière internationale, suivant deux critères successifs qui démontrent leur attitude de plus en plus favorable à l'arbitrage ». – V. aussi, *La conciliation internationale : Le rapprochement franco-anglais*, Groupe parlementaire français de l'Arbitrage et de la Conciliation internationale, 1904 (en ligne BNFGallica). Ce document, assez exceptionnel, montre les efforts de ce groupe de parlementaires visant à consacrer l'arbitrage international comme moyen de régler pacifiquement les conflits, interétatiques ou commerciaux : V. p. 41-42 (discours de M. d'Estournelles au « Banquet de Westminster » en 1903) : « Si puissantes que soient nos armées de terre et de mer, seront-elles en mesure de faire face à des conflits qui ne se contentent plus d'être européens et deviennent universels ? Est-il une seule combinaison militaire qui affranchisse les uns et les autres de cette préoccupation. Nous flatterons-nous encore en augmentant chaque année nos armements (...). Sans parler des risques et catastrophes qu'elle peut entraîner (...). Il est impossible de créer d'inévitables causes de conflits sans prévoir en même temps les moyens de les résoudre, et les moyens les moins coûteux, les plus perfectionnés, les plus nouveaux ».

et augmentée en 1907. Celles-ci ne proposent donc qu'une formule non obligatoire²¹¹. Sont adjoints, aujourd'hui, plusieurs règlements d'arbitrage²¹².

b) Le développement d'arbitrages sur le fondement des Conventions de La Haye

71 – Dès 1902, une première affaire était présentée par la France, l'Allemagne et la Grande-Bretagne contre le Japon, sur le fondement de la Convention de La Haye de 1899, à propos d'une question portant sur des questions fiscales associées à des concessions accordées par le Japon par Traités, en 1894 et 1896, le Japon souhaitant mettre un terme à ces concessions. L'arbitrage, fondé sur la Convention de 1899, visait à interpréter les traités litigieux²¹³. En 1908, un cas d'arbitrage était soumis à la Cour permanente d'arbitrage, et quel cas : le contexte était celui de la tension majeure entre l'Allemagne et la France au Maroc, les prétentions de la première sur le Maroc, notamment après le « *coup de Tanger* » de Guillaume II, en 1904, face aux incursions françaises instaurant un protectorat au Maroc²¹⁴. Dans ce cas, six déserteurs français de la Légion étrangère, dont trois étaient d'origine allemande, avaient trouvé refuge au consulat allemand de Casablanca, puis, alors qu'ils étaient conduits vers un

211. *Conv. La Haye, I, 1907 (en ligne) : art. 37 : « L'arbitrage international a pour objet le règlement de litiges entre les États par des juges de leur choix et sur la base du respect du droit. Le recours à l'arbitrage implique l'engagement de se soumettre de bonne foi à la sentence ». Art. 38 : « Dans les questions d'ordre juridique, et en premier lieu, dans les questions d'interprétation ou d'application des conventions internationales, l'arbitrage est reconnu par les Puissances contractantes comme le moyen le plus efficace et en même temps le plus équitable de régler les litiges qui n'ont pas été résolus par les voies diplomatiques. En conséquence, il serait désirable que, dans les litiges sur les questions susmentionnées, les Puissances contractantes eussent, le cas échéant, recours à l'arbitrage, en tant que les circonstances le permettraient ». Art. 39 : « La convention d'arbitrage est conclue pour des contestations déjà nées ou pour des contestations éventuelles. Elle peut concerner tout litige ou seulement les litiges d'une catégorie déterminée ». Art. 40 : « Indépendamment des traités généraux ou particuliers qui stipulent actuellement l'obligation du recours à l'arbitrage pour les Puissances signataires, ces Puissances se réservent de conclure, soit avant la ratification du présent acte, soit postérieurement, des accords nouveaux, généraux ou particuliers, en vue d'étendre l'arbitrage obligatoire à tous les cas qu'Elles jugeront possible de lui soumettre ». (...) Art. 48 : « Les Puissances contractantes considèrent comme un devoir, dans le cas où un conflit aigu menacerait d'éclater entre deux ou plusieurs d'entre Elles, de rappeler à celles-ci que la Cour Permanente leur est ouverte. En conséquence, Elles déclarent que le fait de rappeler aux Parties en conflit les dispositions de la présente Convention, et le conseil donné, dans l'intérêt supérieur de la paix, de s'adresser à la Cour Permanente, ne peuvent être considérés que comme actes de bons offices. En cas de conflit entre deux Puissances, l'une d'Elles pourra toujours adresser au Bureau international une note contenant sa déclaration qu'Elle serait disposée à soumettre le différend à un arbitrage. Le Bureau devra porter aussitôt la déclaration à la connaissance de l'autre Puissance ».*

212. *Le règlement CPA 2012, se fonde sur quatre règlements antécédents : le règlement facultatif pour l'arbitrage des différends entre deux États (1992), le règlement facultatif pour l'arbitrage des différends entre deux parties dont l'une seulement est un État (1993), le règlement facultatif pour l'arbitrage des différends entre les organisations internationales et les États (1996) ; et règlement facultatif pour l'arbitrage des différends entre les organisations internationales et les parties privées (1996) (en ligne).*

213. *Sent. arb. 21 mai 1905, The Japanese Tax House, (Germany, France, and Great Britain/Japan), PCA Case 1902-02.*

214. *Si l'Entente cordiale de 1904 entre la Grande-Bretagne et la France laissait à la première le champ libre en Égypte et à la dernière au Maroc, Guillaume II avait débarqué à Tanger en 1905 pour rencontrer le sultan, provoquant la conférence d'Algesiras en 1906, accordant à l'Allemagne et l'Espagne des droits particuliers ; en 1911, le Maroc demandait l'aide de la France pour mater une révolte, l'Allemagne considérant cette occupation comme une violation de l'accord de 1906 et envoyait une « canonnière » (plusieurs navires successifs en réalité dont un croiseur) à Agadir en 1911. Une nouvelle négociation devait éviter la guerre grâce à un traité conclu en 1911, reconnaissant les droits de la France au Maroc, contre des territoires au Cameroun notamment.*

navire allemand sous protection consulaire, les militaires français les avaient arrêtés. La sentence rendue en 1909, sur le fondement d'un compromis d'arbitrage entre l'Allemagne et la France, reconnaissait la faute du consulat allemand, alors que la France en avait également commis une en ne respectant pas la protection consulaire allemande²¹⁵.

En tout, 7 décisions ont été rendues sur le fondement des Conventions de 1899²¹⁶ ou de 1907²¹⁷, sur 52 fondées sur d'autres conventions, dont 27 après la Seconde Guerre mondiale (et même à compter de 1996)²¹⁸.

c) La création de la CCI, conséquence inattendue des Conventions de La Haye

72 – Sans développer plus spécifiquement ce point²¹⁹, le succès de l'appel général à l'arbitrage comme mode de résolution des conflits a surtout profité à l'arbitrage international *commercial*, ce qui peut être expliqué – et résumé – très aisément : après la première guerre mondiale qui consacre l'échec des mécanismes des conventions de 1899-1907, la CCI fut fondée en 1919 pour régler par arbitrage des litiges purement commerciaux, établie à Paris ensuite sous la présidence d'Étienne Clémentel, très proche des promoteurs français de la Convention de 1899, et proposait un premier règlement d'arbitrage en 1923, entraînant la conclusion du Protocole de Genève du 24 septembre 1923 relatif aux clauses d'arbitrage, sous l'autorité de la Société des Nations, qui prenait le relais de la Conférence internationale de la Paix, et la réforme française de 1925 validant les clauses compromissaires en matière commerciale ainsi que l'adoption aux États-Unis du FAA (*Federal Arbitration Act*). Le développement de l'arbitrage commercial international est, ainsi, la conséquence directe et réussie de la promotion de l'arbitrage interétatique.

215. *Sent. arb.* 17 sept. 1909, *Deserters of Casablanca (France/Germany)*, PCA Case 1908-02.

216. *Sent. arb.* 21 mai 1905, *The Japanese House Tax*. – *Sent. arb.* 21 févr. 1904, *Preferential Treatment of Claims of Blockading Powers against Venezuela (Germany, Great Britain and Italy v. Venezuela)*, PCA Case 2003-01. – *Sent. arb.* 13 oct. 2004, *Muscat Dhows (France / Great Britain)*, PCA Case 1904-01.

217. *Sent. arb.* 17 sept. 1909, *Deserters of Casablanca (France/Germany)*, PCA Case 1908-02. – *Sent. arb.* 10 nov. 1912, *Russian Claim for Interest on Indemnities (Russia / Turkey)* PCA Case 1910-02. – *Sent. arb.* 4 avr. 1928, *Island of Palmas (or Miangas) (The Netherlands/The United States of America)*, PCA Case, 1925-01. – *Sent.* 13 avr. 1935, *Radio Corporation of America v. China*, PCA Case n° 1934-01.

218. *On peut ajouter des arbitrages à côté de la Convention de La Haye qui ont défrayé la chronique en leur temps, l'affaire dite de l'« Asser Arbitration », concernant quatre cas entre la Russie et les États-Unis portant sur des questions de pêches par des navires américains considérées comme immorales dans le Détroit de Behring (S. Konrad, The Asser Arbitration, in U. Franke, A. Magnusson, Arbitrating for Peace: How Arbitration Made a Difference: Kluwer Law International 2016, p. 23) sur les conséquences d'affaires plus moins liées à des questions d'espionnage : Sent. 2 sept. 1930, Lena Goldfields c/ URSS. – A. Nussbaum, Arbitration Between the Lena Goldfields Ltd. and the Soviet Government : Cornell Law Rev., 1950, vol. 36/2, p. 31 : Sent. 16 oct. 1930, Lehigh Valley Railroad Cy, Agency Of Canadian Car And Foundry Cy, et a. c/ Germany ; Rec. des sentences arbitrales, ONU, vol. VIII, 2006, p. 84. – Sent. 18 juill. 1932, Kronprins' Gustaf Adolf The Pacific (Suède c/ États-Unis) : Recueil des Sentences arbitrales, vol. 2, p. 1239.*

219. V. D. Mainguy, *Droit de la guerre « atypique », Réflexion sur les conflits non-armés et non-militaires (Lawfare, Guerre économique et informationnelle) : LGDJ-Lextenso, 2023, n° 37 et s. et les références, dont M. Schinazi, The Three Ages of International Commercial Arbitration : Cambridge Univ. Press., 2022.*

C. – Le développement des techniques de résolution pacifique des guerres

73 – La période conduisant de l'arbitrage *Alabama* jusqu'à la création de la CCI constitue l'« âge d'or » de l'arbitrage comme technique de règlement pacifique des conflits interétatiques, c'est-à-dire pour le dire crûment de l'« arbitrage de guerre ». Ce succès indéniable est cependant davantage dans les esprits des promoteurs de cette technique procédurale renouvelée que dans leur concrétisation : les Conventions de La Haye de 1899 et 1907 ne sont pas parvenues à imposer un arbitrage obligatoire, de telle manière que le grand bénéficiaire de ce mouvement massif et international a été, paradoxalement, l'arbitrage commercial international, puis, dans la seconde moitié du XX^e siècle, l'arbitrage d'investissement. Ce mouvement se solde finalement par un échec de ce développement qui, après la Première Guerre mondiale, n'a pas ou peu progressé, sinon de manière finalement marginale (1^o) de telle manière qu'une forme de redynamisation s'impose peut-être aujourd'hui (2^o).

1^o L'échec du développement de l'« arbitrage de guerre »

74 – Le succès des Conventions de La Haye de 1899 et 1907 ne s'est pas confirmé. Ainsi, l'étape suivante aurait certainement dû être l'instauration d'un mécanisme obligatoire ou du moins très incitatif de recours à l'arbitrage. Ainsi, le Protocole de Genève pour le règlement pacifique des différends internationaux du 2 octobre 1924, adopté de manière préliminaire par l'Assemblée générale de la Société des nations (SDN) n'a pas connu le sort qui lui était promis. Il considérait déjà que l'État qui recourt à la guerre en violation d'engagements pris ou sans l'accord du Conseil de la SDN est considéré comme agresseur et soumis à des sanctions économiques et financières. Il instituait surtout une procédure d'arbitrage obligatoire, mais sa version finale fut finalement rejetée. De même, la Convention de Locarno du 16 octobre 1925 ou le Pacte « Briand-Kellog » du 27 août 1928, imposant un règlement pacifique des conflits, mais sans obligation arbitrale, ou l'acte général pour le règlement pacifique des différends internationaux du 26 septembre 1928, révisé par l'Assemblée générale des Nations unies le 28 avril 1949. Ce dernier imposait une procédure d'arbitrage obligatoire, à défaut de conciliation, mais où, faute d'accord pour former un tribunal arbitral, la compétence de la Cour permanente internationale de justice (CPIJ) puis de la CIJ s'imposait finalement, ruinant ainsi le caractère obligatoire du recours à l'arbitrage²²⁰. Après la Seconde Guerre mondiale, très peu de cas ont fait l'objet d'un arbitrage²²¹. L'insuccès de ces instruments conventionnels fut certain, les Parties hésitant à mettre en place des

220. V. aussi la Convention européenne pour le règlement pacifique des différends du 29 avril 1957, prévoyant un régime identique à celui de l'Acte général de 1928.

221. Sent. 16 nov. 1957, affaire du Lac Lanoux (France c/ Espagne), RJS.A., vol. 12, p. 285. – Sent. 22 déc. 1963 et 28 juin 1964, Interprétation de l'accord aérien du 27 mars 1946 (France c/ États-Unis), R.S.A., vol. 16, p. 5 et 73 : RGDIP, vol. 69, 1965, p. 189. – Avis 17 juill. 1965, Interprétation de l'accord aérien, 6 févr. 1948 (Italie c/ États-Unis), R.S.A., vol. 16, p. 75. – Sent. 15 janv., 13 févr. et 27 sept. 1968 (Gut Dam (Canada c/ États-Unis)), in Ch. Rousseau, Chronique des faits internationaux : RGDIP, vol. 74, 1970, p. 126. – Sent. 19 févr. 1968, Rann of Kutch (Inde c/ Pakistan), International Legal Materials, vol. 7, 1968, p. 633.

procédures d'arbitrage, préférant finalement la CPIJ ou la CIJ, et encore, cette dernière ne rencontrant pas le succès escompté. Les raisons sont connues : la crainte de perdre le procès et la considération du déclenchement d'un arbitrage comme un acte inamical, la glaciation de toute juridicisation pendant la Guerre froide et le refus de participer à tout processus de ce type des ex-États socialistes²²², rejoints ensuite par ceux du Mouvement des non-alignés, face à un droit et des procédures « capitalistes », le désaveu de la CIJ qui rejaillit (curieusement) sur les procédures arbitrales, peut-être en raison des « listes » d'arbitres de la Cour permanente d'arbitrage qui produit peut-être, psychologiquement, la sensation d'une procédure quasi-étatique, à telle enseigne que l'institution de l'arbitrage interétatique est devenue une incongruité ou à tout le moins, une rareté originale après 1945.

75 – En revanche, un certain nombre d'instruments conventionnels spécialisés comprennent assez fréquemment des recours obligatoires à l'arbitrage, après une tentative de règlement pacifique, souvent en concurrence avec la CIJ.

C'est le cas notamment de la Convention de Montego Bay du 10 décembre 1982 souvent désignée par son acronyme anglais (UNCLOS) dont l'article 287 (1) dispose que « *Lorsqu'il signe ou ratifie la convention ou y adhère, ou à n'importe quel moment par la suite, un État est libre de choisir, par voie de déclaration écrite, un ou plusieurs des moyens suivants pour le règlement des différends relatifs à l'interprétation ou à l'application de la convention : a) le Tribunal international du droit de la mer constitué conformément à l'annexe VI ; b) la Cour internationale de justice ; c) un tribunal arbitral constitué conformément à l'annexe VII ; d) un tribunal arbitral spécial, constitué conformément à l'annexe VIII, pour une ou plusieurs des catégories de différends qui y sont spécifiés* »²²³. L'article 287 (2) poursuit en indiquant que « *Un État partie qui est partie à un différend non couvert par une déclaration en vigueur est réputé avoir accepté la procédure d'arbitrage prévue à l'annexe VII* » et que si les parties n'ont pas accepté la même procédure, alors la procédure arbitrale s'impose (art. 287(5)). La Cour permanente d'arbitrage de La Haye a, jusqu'à présent, administré toutes les procédures arbitrales conduites en application de l'annexe VII, sauf une, ce qui n'est pas considérable, 14 procédures ayant été ainsi conduites depuis 2005, mais pas des moindres²²⁴. Ainsi le litige sur la « *ligne des neuf traits* » unilatéralement proclamée par la Chine a fait l'objet d'une sentence arbitrale à la suite d'une action introduite par les Philippines contre la Chine (qui n'y a pas participé), rendue le 12 juillet 2016 et condamnant la position de la Chine ; depuis 2016 et 2019, deux procédures impliquant l'Ukraine et la Russie sont en cours, l'une sur un différend concernant les droits côtiers dans la Mer Noire et le Détroit de

222. H. Rolin, *Les pays de l'Est et le règlement pacifique des différends internationaux* : Rev. belge dr. int. 1965, p. 376.

223. *L'annexe VII définit le règlement d'arbitrage général et l'annexe VIII le règlement d'arbitrage spécial pour les cas qu'il définit (pêche, préservation du milieu marin, recherche scientifique maritime, navigation).*

224. *Eritrea-Ethiopia Boundary Commission, PCA Case 2001-01, visant à déterminer quel traité colonial devait s'appliquer (Sen arb. 13 avr. 2002), puis la détermination des frontières (Sent. 8 juill. 2002, complétée ensuite), mais sans pouvoir achever la mission, constat réalisé en 2007.*

Kertch et l'autre sur la détention de navires de la marine ukrainienne par la Russie, depuis l'invasion de la Crimée en 2014. D'une manière générale, la Cour permanente d'arbitrage (CPA) administre les arbitrages sur la base de plusieurs traités internationaux, dont certains sont des litiges dérivés de situations de guerre : le Traité sur la charte de l'énergie²²⁵, l'accord de La Haye relatif au règlement complet et définitif du problème des réparations de 1930 et sur les différends de la Banque des Règlements Internationaux, et pour différents traités internationaux en matière environnementale.

Un certain nombre d'arbitrages ont donc un objet portant sur un différend interétatique mais où des tensions militaires, voire la guerre, actuelle ou potentielle, n'est qu'une toile de fond, comme les arbitrages déjà cités, entre l'Ukraine et la Russie, ou le Pakistan et l'Inde, ou parfois le sujet même, comme dans le cas des *Iranian-United States Claims Tribunal* (IUSCT) à la suite du renversement du Shah en Iran, en 1979 et fondés sur la Déclaration d'Alger du 19 janvier 1981²²⁶.

76 – En revanche quelques arbitrages ont eu pour objet des litiges visant directement à régler ou éviter des différends pouvant aboutir à un conflit armé, notamment des questions de frontières. C'est le cas de l'arbitrage *ad hoc* rendu entre l'Érythrée et le Yémen, sur la base d'un compromis d'arbitrage conclu en 1996, portant sur un litige concernant la souveraineté sur des îles situées en Mer Rouge, donnant lieu à une sentence le 9 octobre 1998²²⁷, ou entre l'Érythrée et l'Éthiopie concernant des violations du droit international humanitaire durant la guerre entre ces deux parties et la délimitation des frontières héritées de l'époque coloniale après l'accord d'Alger de 2000²²⁸. C'est le cas encore d'autres arbitrages essentiellement fondés sur des litiges fondés sur le droit de la mer²²⁹.

2° Pour une redynamisation de l'arbitrage interétatique ?

77 – Le caractère épisodique, et purement volontaire, sur la base de compromis ou d'accords internationaux finalisés à l'effet de produire des procédures

225. V. PCA Case 2023-65, entre la République d'Azerbaïdjan et la République d'Arménie, introduit en 2023, à la suite du dernier conflit entre ces pays.

226. Installé dès juillet 1981 à La Haye, où près de 4 700 demandes ont été effectuées, par des entités privées ou publiques, les demandes privées étant résolues depuis 2014, les litiges publics toujours en cours. Neuf arbitres désignés par l'Iran, les États-Unis (deux Américains et un Anglais) des États tiers (deux Allemands et un Suisse, président du tribunal) composant trois chambres, appliquant le règlement d'arbitrage CNUDCI.

227. Sent. arb. 9 oct. 1998, *Îles Hanish, Érythrée c/ Yémen* : Ann. DM 1998, p. 580. – Adde, J.-F. Dobelle et J.-M. Favre, *Le différend entre l'Érythrée et le Yémen : la sentence arbitrale du 9 octobre 1998 sur le champ du différend et la souveraineté territoriale* : AFDI 1998, p. 337. – Sent. arb. 17 déc. 1999, *Îles Hanish* : Ann. DM 1999, p. 544. – J.-F. Dobelle, *Le différend entre l'Érythrée et le Yémen : la sentence arbitrale du 17 décembre 1999 sur la délimitation des frontières maritimes* : AFDI 1999, p. 554. – G. Distefano, *La sentence arbitrale du 17 décembre 1999 sur la délimitation des frontières maritimes entre l'Érythrée et le Yémen : quelques observations complémentaires* : AFDI 2000, p. 255. – V. aussi, Sent. arb. 11 avr. 2006, *La Barbade c/ République de Trinité-et-Tobago*, PCA case 2004-02. – Sent. arb. 17 sept. 2007, *Guyana c/ Surinam*, PCA case 2004-04.

228. Les traités concernés sont consultables sur le site de la CPA. Depuis 2023, un arbitrage a été déclenché par le Pakistan contre l'Inde, sur le fondement de l'*Indus Waters Treaty* de 1960, relativement à deux barrages hydroélectriques indiens.

229. V. par ex. : Sent. arb. 11 avr. 2006, *Barbados v. Trinidad and Tobago*, PCA Case n° 2004-02. – Sent. arb. 17 déc. 2007, *Guyana c/ Suriname*, PCA Case, n° 2004-04.

d'arbitrage dans des conflits spécifiques, traduit l'échec, finalement, des idées des promoteurs de l'arbitrage comme mode de résolution pacifique des conflits interétatiques. La formule très connue d'Aristide Briand de 1926 à la SDN « *Arrière les fusils, les mitrailleuses, les canons ! Place à la conciliation, à l'arbitrage et à la paix !* », sans doute par son optimisme pacifiste, semble lointaine et désuète dès l'échec du Pacte Briand-Kellog de 1928 : l'arbitrage comme mode ordinaire de règlement des litiges interétatiques ne s'en remettra pas, le cas des arbitrages d'investissement (a) n'échappant pas à la critique, appelant peut-être à renouveler le débat autour des arbitrages interétatiques (b).

a) Le cas des arbitrages d'investissement

78 – Pourtant, dans un contexte voisin, ce sont les arbitrages d'investissement qui se sont développés, arbitrages qui ne sont pas des arbitrages interétatiques, mais qui, en opposant un État et une entreprise, ont pu se présenter comme une forme dérivée des arbitrages étatiques dans lequel l'investisseur privé s'estime lésé, agressé en quelque sorte par l'État hôte, une forme originale d'arbitrage de guerre. Cette émergence des arbitrages d'investissement, essentiellement depuis 1990, leur développement et une forme de rejet actuel, sur une trentaine d'années, reflètent à bien des égards le cas des arbitrages de guerre, sur une plus longue période. Depuis quelques années en effet, les arbitrages d'investissement font l'objet d'une vive critique²³⁰. Elle se nourrit de décisions touchant à la considération de politiques publiques²³¹, par exemple en matière fiscale ou de santé publique²³², comme constituant l'expression d'un comportement déraisonnable de l'État troublant les « *attentes légitimes* » de l'investisseur fondant un litige sur l'absence de « *traitement juste et équitable* » ou sur des mesures équivalentes à des expropriations emportant l'idée politiquement très puissante, mais très exagérée, que toute politique publique interne, sociale, fiscale, sanitaire, etc., notamment dans les pays en voie de développement, serait désormais impossible. Y contribue également le fait que l'État hôte se trouve à la merci de litiges émanant d'investisseurs dont il pourrait ignorer, sinon l'existence du moins la probabilité qu'un litige survienne, le fait que bon nombre d'investisseurs sont hébergés par un État alors qu'ils n'ont qu'un lien tenu, voire purement artificiel avec celui-ci mais alors que ses juridictions accueillent très favorablement les arbitrages d'investissement notamment lorsque les sentences sont presque systématiquement favorables à l'investisseur²³³. Ajoutons des questions plus techniques comme le contournement des traités de protection des

230. V. not. *Transnational Institute and Corporate Europe Observatory, Profiting from Injustice, 2012 et Profiting from Crisis, 2014.*

231. S. Franck, *The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration : Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions* : Fordham L. Rev. 2005, vol. 73, n° 4, p. 1521 et s.

232. V. l'affaire *Philip Morris c/ Australie*, au cours de laquelle le cigarettier avait introduit une action contre l'Australie en raison de la promulgation d'une loi prescrivant des paquets de cigarettes neutres (le tribunal arbitral s'est toutefois déclaré incompétent, CPA case n° 2012-12, Sentence sur la compétence et la recevabilité, 17 déc. 2015). – V. D. Khachvani, *Can Pharmaceutical Companies Counter the Waiver of their Patents for COVID-19 Vaccines through Investment Treaty Arbitration ?* : Kluwer Arbitration Blog, 26 mai 2021.

233. V. W. Ben Hamida, *L'État partie faible ?*, in *L'arbitrage et partie faible* : JDI 2017, doctr. 1, p. 1.

investissements par des contrats conclus entre un investisseur étranger et une entité étatique, au contenu très précis dont des clauses de stabilisation ou des clauses de « gel » d'une législation, les « *umbrella clauses* » imposant aux États de « *respecter leurs engagements* » et donc de renoncer à toute règle y faisant obstacle²³⁴ etc., beaucoup plus efficaces (pour l'investisseur qui est alors tenu par une obligation contractuelle) que les dispositions d'un traité d'investissement fondées sur des standards de comportement. S'intègre une autre forme de critique, sans doute plus idéologique que technique, sur le principe même de l'arbitrage et le recours à une justice privée, donc payante²³⁵, ou celle, plus audible, selon laquelle la prise de risque d'un investissement étranger est nulle puisque toute règle interne de l'État hôte qui affecte son retour sur investissements conduirait à la condamnation de l'État hôte à compenser le « *dommage* » subi par l'investisseur. Les conséquences sont désastreuses : nombre de pays, notamment d'Amérique du Sud, ont dénoncé la Convention CIRDI de Washington de 1965. D'autres, comme la Corée du Sud, refusent d'insérer des clauses compromissaires dans ses futurs TBI. L'Union européenne a banni l'arbitrage, par l'arrêt *Achmea* du 6 mars 2018²³⁶ d'abord, puis par accord plurilatéral en 2020. Ce rejet s'observe également dans la limitation des clauses d'arbitrage dans les traités conclus avec des pays tiers²³⁷ ou dans l'intégration d'un mécanisme hybride dans le CETA conclu entre l'Union européenne et le Canada et enfin dans la dénonciation générale des pays de l'Union européenne du Traité sur la charte de l'énergie à compter de l'invasion russe en Ukraine. Or, d'une part, la protection d'un investissement contre des mesures prises en conséquence d'une forme d'instabilité politique feinte, crainte ou prévisible est la contrepartie de l'investissement lui-même et, d'autre part, l'alternative à l'arbitrage d'investissement n'est guère meilleure : des juges étatiques qui jugeront comme des juges nationaux, à moins que les arbitrages d'investissement ne se transforment en arbitrages commerciaux sur le fondement des contrats conclus par l'investisseur, impliquant l'État-hôte.

b) Retrouver « *l'esprit de La Haye* » : une nouvelle offre d'« *arbitrage des litiges de guerre* » ?

79 – La question se pose sérieusement de savoir s'il n'est pas temps de retrouver « *l'esprit de La Haye* », ou plus exactement de le réinventer, de l'adapter aux nouveaux enjeux des différentes formes de litige, de guerre notamment telles

234. W. Ben Hamida, *La clause relative au respect des engagements dans les traités d'investissement*, in *Ch. Leben (dir.), Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement* : Anthemis, 2006, p. 53.

235. V. J. H. Nedden et A. de Jong, *Arbitration in a Post-Truth World : Perception v. Reality* : IBA *Dispute Resolution International*, oct. 2018, vol. 12, n° 2, p. 165. – D. Kalderimis, *International arbitration in a brave new world* : *Arb. Int.* 2018, vol. 34, p. 533.

236. CJUE, 6 mars 2018, aff. C-284/16, *Achmea* : *Rev. arb.* 2018, p. 424, note S. Lemaire ; D. 2018, p. 2005, note V. Korom ; D. 2018, p. 1934, obs. S. Bollée ; D. 2018, p. 2448, obs. Th. Clay ; *Rev. crit. DIP* 2018, p. 616, note E. Gaillard ; *RTD eur.* 2018, p. 597, étude J. Cazala ; *RTD eur.* p. 649, obs. A. Hervé ; *ibid.* 2019, p. 464, obs. L. Coutron. – Adde, S. Lemaire, *Arbitrage d'investissement et Union européenne* : *Rev. arb.* 2016, p. 1029.

237. Ch. Collin, *Épilogue de l'affaire Achmea : l'extinction des traités d'investissement intra-UE* : *Dalloz actualité*, 21 juill. 2020.

que nous invitons ici à les considérer²³⁸, c'est-à-dire des litiges interétatiques, d'investissement ou commerciaux, dans leur globalité, car, à défaut, les solutions ne sont guère meilleures, sinon pires. Le constat du délitement de l'état de l'ordre juridique international est en effet accablant, ce que l'on peut rapidement présenter ici (1), précisément pour le dépasser (2).

1) *Le désordre international et les litiges de guerre*

80 – L'ordre international promu par la Charte des Nations unies est en effet au point mort, en état de « *mort cérébrale* », pour plagier une formule utilisée par ailleurs. Si, en 1945, 55 pays étaient membres fondateurs des Nations unies, leur nombre grimpe à 70 environ à la veille des grands mouvements de décolonisation, 150 en 1980 et 197 aujourd'hui. Le Conseil de sécurité lui-même est totalement modifié, mis à part les États-Unis : France et Grande-Bretagne ont perdu leur Empire, la Chine, qui était alors une invitée surprise au service de l'imparité, n'est plus la même Chine depuis 1972 et l'URSS est devenue la Russie. Si les grandes structures décisionnaires sont inchangées, sinon de manière marginale, la « *sociologie* » de l'Assemblée générale s'est radicalement transformée, à tel point que l'esprit même de la Charte, la promotion de la coopération, de la négociation, et le partage de valeurs communes telles qu'elles apparaissaient en 1945, est abandonné ou en jachère. Des institutions sont dominées par les nouveaux entrants qui contrôlent des organes aussi essentiels que le Conseil des droits de l'homme tout en ne les respectant guère, alors que des membres de l'UNRWA (*United Nations Relief and Works Agency for Palestine Refugees*) voire l'UNRWA elle-même sont accusés d'avoir participé à des crimes commis à l'occasion de l'attaque du Hamas en Israël le 7 octobre 2023, que la plupart des États membres de l'Assemblée générale s'abstiennent de manière majoritaire sur des sujets aussi majeurs que ceux de l'invasion de l'Ukraine par la Russie, ou de la guerre Israël-Hamas, quand elle ne prend pas ouvertement parti pour l'agresseur. Dès lors, des organes dans leur entier sont instrumentalisés à des fins nationales, lesquelles ne sont pas scandaleuses en soi dans une perspective réaliste, mais qui sont loin de l'esprit international initial et qui, en toute hypothèse, perturbent le fonctionnement de l'ONU, voire altèrent très fortement son image.

Du reste, la « *gouvernance* » des affaires du monde s'est détournée de l'ONU, vers des réunions informelles, des « *sommets* » bilatéraux, ou multilatéraux, comme le G7, G7+1, G20, etc., entre « *grands* » du monde, ou de manière totalement déstructurée, *via* par exemple la rencontre annuelle de Davos, où se croisent des chefs d'État, des hommes d'affaires et d'influence comme des acteurs, des chanteurs, des chefs d'entreprise charismatiques, etc., en un mélange des genres et une forme d'entre-soi, qui, évidemment, cristallise des critiques, parfois violentes.

Le fond de ces discussions n'est d'ailleurs pas exclusivement concentré sur des questions de conflits armés, à régler ou à prévenir, mais sur des questions économiques, financières, écologiques *et* des conflits armés comme si toutes ces

238. *Comp. C. Lucius, L'avenir de l'arbitrage interétatique : AFDI, vol. 25, 1979, p. 9.*

questions, dans lesquelles plane l'idée que toute forme de hiérarchie serait discutable, pouvaient être réglées selon des méthodes identiques, managériales et financières et coups de communication. On en est loin : les catastrophes écologiques, climatiques, sanitaires, la pauvreté, les violations des droits humains les plus élémentaires, les guerres : toutes explosent. L'ordre international est (re)devenu totalement instable, fait d'alliances et de zones d'influence complexes, un peu à la manière des Empires d'avant la Première Guerre mondiale. Des sommets localisés *ad hoc* sont organisés : les COP, le G5 Sahel, les accords de Minsk ; des « zones » informelles sont identifiées par leurs risques ou leur communauté d'intérêts : la « corne de l'Afrique », la « zone indo-Pacifique »²³⁹, « l'arc chiite », les BRICS, etc.

81 – Toutes ces situations se soldent par des conflits armés en recrudescence, qu'aucune technique ne parvient à résorber : les « *bons offices* », techniques traditionnelles et placées en exergue dans les Conventions 1899 et 1907 ou la Charte de l'ONU, sont en désuétude, le Conseil de sécurité est coupé en deux et vole de veto en veto, la Cour internationale de justice rend des décisions dont l'efficacité est douteuse et la légitimité contestée par exemple sur la question de la renonciation à l'immunité de juridiction en cas de violations graves des droits humains²⁴⁰ etc., et il est quasiment impossible d'envisager une technique de résolution du conflit russo-ukrainien, y compris ses conséquences²⁴¹ : le crime d'agression, et les crimes qui en résultent, deviennent impuni.

82 – Ne restent alors que deux solutions pour résoudre les litiges interétatiques : les pressions diplomatiques d'un sponsor d'une partie à une situation tendue, au succès mitigé, et qui souvent est une manière de surtout ne rien ou faire ou de faire peu, ou la guerre, y compris par des moyens plus subtils, plus discrets ou plus mesquins que le bruit des canons. Certains de ces moyens sont étatiques, comme c'est le cas des sanctions économiques, parfois unilatérales, des techniques d'extraterritorialité de règles internes, etc., et en retour des techniques de parades aux agressions, étatiques ou privées.

Certaines de ces agressions, en effet, sont privées. La situation en Israël face au Hamas ou au Hezbollah ou encore aux Houthis montre en effet que des organisations armées non étatiques, privées donc, établies sur un territoire et une population qu'elles contrôlent peuvent produire des actions de niveau militaire convenable²⁴². Les sociétés militaires privées russes comme *Wagner* ou ses successeurs, dont *Africa Corps*, à la désignation douteuse, ou turques comme *Sadat*, montrent également que de telles entités sont capables de se comporter comme des entités étatiques, y compris d'ailleurs pour occuper un territoire, négocier des contrats, mener des actions militaires, les financer, etc. Cette situation était prévisible face à l'affaiblissement, volontaire ou subi, des États, depuis 1990 et l'augmentation considérable des coûts de l'action étatique,

239. V. I. Saint-Mézard, *Géopolitique de l'Indo-Pacifique* : Puf, 2022.

240. V. n° 20.

241. V. L. Chan-Tung, *La juridictionnalisation de la guerre en Ukraine à l'épreuve du crime d'agression en droit international* : JDI 2024, doctr. 3, p. 55

242. V. M. Goya, *L'embrasement, Comprendre les enjeux de la guerre Israël-Hamas* : Perrin, 2024.

militaire notamment. Il n'y a aucune raison de penser en effet que l'idée de guerre irrégulière, subversive ou hybride soit un monopole étatique, que ces opérations soient légitimes ou non : elles peuvent être réparatrices ou compensatrices pour obtenir l'effet qu'aurait imposé une action étatique ; idéologiques à travers des actions d'entités défendant tels aspects de celles-ci qui peuvent être de la manipulation de l'information ou des cyberactions ; criminelles par des campagnes de corruption, blanchiment, enlèvement, chantage, etc. ; subversives par des moyens complexes visant à déstabiliser une société, etc.²⁴³

83 – Un certain nombre de contournements internes de l'inaction d'un État ou de son incapacité à réagir à telle agression s'observent alors. C'est le cas notamment d'actions en responsabilité civile contre des États ou des entités diverses à l'origine de crimes de guerre ou de complicité de leur commission, engagés par des victimes de ces crimes.

Sans s'y attarder, c'est en effet une question essentielle, qui pourrait d'ailleurs être soumise à arbitrage, par un compromis principalement, situation rare, inédite à notre connaissance, pour des raisons évidentes. Aux États-Unis, notamment, se développe depuis les années 1980, une jurisprudence importante et relativement isolée dans le monde, dirigée contre les auteurs, États, entités variées, associations de soutien ou de financement, de crimes de terrorisme atteignant des citoyens américains, sur le sol des États-Unis ou ailleurs, au Liban ou en Israël notamment. Ces actions sont l'initiative d'avocats américains, supportés d'ailleurs par le Gouvernement et les autorités américains, aboutissant à des modifications législatives visant à faciliter ces actions. Elles prennent la forme, aux États-Unis, de *Private Instrumental Lawfare* une forme de « *weaponization* » de la règle de droit²⁴⁴. Sont concernées notamment les règles de l'*Alien Tort Claims Act* (ATCA), adopté en 1789 par le Congrès américain et devenu *Alien Tort Statute* (ATS)²⁴⁵ ou de l'*Anti Terrorism Act* (ATA)²⁴⁶ adopté

243. V., pour un exemple stupéfiant, peut-être surestimé ou biaisé d'ailleurs : A. Baczeko, *La guerre par le droit : les tribunaux talibans en Afghanistan* : CNRS, éd., 2022. L'auteur développe l'idée que face au système juridique installé après avoir chassé les talibans en 2001 d'Afghanistan, ils seraient revenus, petit à petit, à revenir en grâce en installant des tribunaux assurant une justice alternative, arbitraux donc, à la justice étatique, considérée comme inadaptée et corrompue.

244. V. principalement : Orde F. Kittrie, *Lawfare : law as a weapon of war* : Oxford University Press, 2016.

245. 28 U.S.C., § 1350 : « The district courts shall have jurisdiction of any civil action by an alien for a tort only, committed in violation of the law of nations or a treaty of the United States ». – V. F. Marrella, *Protection Internationale des droits de l'homme et activités économiques transnationales* : RCADI, t. 385, 2017, n° 643 s. L'ATS a d'ailleurs été considéré comme d'application extraterritoriale jusqu'à l'affaire *Kiobel* en 2013 : USSC, 17 avr. 2013, *Kiobel c/ Royal Dutch Petroleum*, 133 S. Ct. 1659 : D. 2013, p. 1316 et 1081, note N. Maziau ; D. 2013, p. 2293, obs. L. d'Avout ; RTD civ. 2014, p. 324, obs. L. Usunier ; Rev. crit. DIP 2013, p. 595, note H. Muir Watt. – Adde : V. M. du Bouexic de Pinieux, *Entreprise et dignité humaine*, Th. Paris I, 2022, spéc. p. 352 s. – H. Dittmers, *The Applicability of The Alien Tort Statute to Human Rights Violations by Private Corporations*, Michigan Law School, JOSHUA, 2017. – Adde : USSC, 14 janv. 2014, *Daimler c/ Baumann*, 134 S. Ct. 746, s'agissant d'une action engagée par des Argentins contre DaimlerBenz USA du fait des activités de sa filiale argentine pour sa « coopération » avec les autorités gouvernementales dans l'enlèvement, la torture et l'assassinat de certains de ses employés. – V. aussi : USSC, 24 avr. 2018, *Jesner v Arab Bank 808 F3d 14*. – V. enfin, USSC, 17 juin 2021, *Nestlé USA Inc. v. Doe et al.* n° 19-416 et *Cargill v. Doe et al.*, n° 19-453, 593 U.S. XX. Dans cette affaire, six Ivoiriens se plaignaient d'avoir été traités, enfants, comme esclaves dans des fermes à cacao, dont la production avait été acquise, notamment par Nestlé et Cargill et cherchaient à obtenir réparation de leur préjudice par une action aux États-Unis sur le

en 1990 en réaction à l'assassinat de Léon Klinghoffer, un Américain handicapé, lors de la prise d'otages du bateau *Achille Lauro*, par des terroristes affiliés à l'OLP en 1985.

84 – Parmi tous ces cas, innombrables, l'affaire Peterson est sans doute la plus emblématique. *Peterson* était un soldat américain, mort lors des attentats à Beyrouth, en 1983 où 241 Américains et 58 Français furent tués lors de deux attentats alors qu'il s'agissait de forces de maintien de la paix, donc des non-combattants. Attribué à des entités contrôlées par l'Iran, ni la France ni les États-Unis n'ont alors réalisé quelque opération de représailles que ce soit. Le Secrétaire d'État américain avait même observé qu'il ne pourrait jamais obtenir le genre de preuves utilisées devant une Cour pour justifier, au regard des règles internationales de la guerre, de telles représailles. Or, par une forme de paradoxe, en 2003, la famille de *Peterson* engageait une action, à laquelle s'associaient 26 familles, conduite par un avocat talentueux, Steve Perles, et un juge réceptif, le Judge Royce Lamberth du District de Columbia. Ils obtinrent une décision considérant que la loi américaine sur l'immunité de juridiction (FSIA) modifiée en 1996, créant la « *terrorism exception* », permettait une action contre l'État iranien. Le juge déclarait, sur la base d'un ensemble de documents et de témoignages saisissants dont celui de l'un des participants à l'attentat recueilli par Steve Perles sur place et des documents militaires déclassifiés pour l'occasion²⁴⁷, l'Iran comme responsable de l'attaque en tant que « *state sponsored terrorist attack* » et sa condamnation à indemniser les familles de victimes²⁴⁸. Près de 7 milliards de dollars furent ensuite alloués à plusieurs familles de victimes à titre de dommages et intérêts compensatoires ou punitifs à la fois sur le fondement du FSIA modifié et du *Terrorism Risk Insurance Act* (TRIA), adopté en 2002. Des sommes furent finalement gelées puis saisies auprès de diverses banques, lesquelles engageaient des recours contre ces décisions. La Bank Markazi, notamment, la banque centrale iranienne, dont les comptes avaient été bloqués par décret présidentiel en 2009 engageait ces recours, finalement rejetés²⁴⁹. En retour, l'Iran considérait ces actions comme des

fondement de l'ATS. L'opinion du Juge Thomas, qui préfigure l'arrêt à publier indique par ailleurs « we cannot create a cause of action that would let them sue petitioners. That job belongs to Congress, not the Federal Judiciary ».

246. 18 U.S.C., § 2333 « *Civil remedies* » : « *any national of the United States injured in his or her person, property, or business by reason of an act of international terrorism, or his or her estate, survivors, or heirs, may sue therefore in any appropriate district court of the United States and shall recover threefold the damages he or she sustains and the cost of the suit, including attorney's fees* ». *V. Boim v. Holy Land Foundation for Relief & Development*, 549 F.3d 685 (7th Cir. 2008). – *Linde v. Arab Bank, PLC*, 706 F.3d 92 (2d Cir. 2013). – *Solokov v. PLO n° 15-3135, slip op. at 3* (2d Cir. Aug. 31, 2016). – *Flatow v. the Islamic Republic of Iran et alii* (999 F. Supp. 1 – D.D.C. 1999), *United States District Court, District of Columbia, March 11, 1998*.
247. *V. Orde F. Kitrie, Laufare : Law as a Weapon of War : Oxford University Press, 2016, chap. 2, p. 110 s.*
248. *Peterson v. Islamic Republic of Iran*, 264 F. Supp. 2d 46, 61 (D.D.C 2003).
249. *Peterson v. Islamic Republic of Iran*, 13-cv-9195 (KBF) (S.D.N.Y. Feb. 19, 2015), *rejet de la demande, Peterson v. Islamic Republic of Iran*, 876 F.3d 63 (2d Cir. 2017), *Peterson II : censure du premier jugement, Peterson v. Islamic Republic of Iran*, 963 F.3d 192 (2d Cir. 2020), *en remand* (*Peterson III*), *après Bank Markazi v. Peterson*, 140 S. Ct. 813, 205 L. Ed. 2d 450 (2020), *pourvoi reçu "certiorari"*, *et, finalement, Peterson v. Islamic Republic of Iran*, 13 Civ. 9195 (LAP) (S.D.N.Y. Mar. 22, 2023).

agressions et engageait à son tour des actions devant la Cour internationale de justice contre les États-Unis, notamment après l'adoption du *Joint Comprehensive Plan of Action*, en 2015 sur le nucléaire iranien, sur le fondement du *Traité d'amitié, de commerce et de droits consulaires* du 15 août 1955²⁵⁰, dénoncé en 2018 par les États-Unis. La CIJ, en 2023, considérait, assez curieusement, que l'application des dispositions du FSIA en application du décret présidentiel de 2009, était « *déraisonnable* », rejetait l'irrecevabilité des demandes iraniennes excipée par les États-Unis sur le fondement d'une doctrine des « *mains propres* »²⁵¹ parce que le fait que le comportement de l'Iran « *ne soit pas exempt de critiques* », voire, qu'il puisse « *être constitutif d'une violation du traité* », n'est pas un motif d'irrecevabilité de la requête, sans que l'hypothèse qu'il s'agisse d'une violation des règles du droit des conflits armés soit même examinée²⁵². Elle décidait enfin qu'une indemnité devait être versée à l'Iran, sauf à saisir à nouveau la CIJ²⁵³. Une affaire exceptionnelle, mettant en balance des questions de recevabilité, de bonne foi, d'interprétation d'un traité « *d'amitié* » dont l'objet est pour le moins obsolète.

L'affaire *Peterson* illustre en son entier la difficulté de traiter ce type de questions directement liées à des actes de guerre : ou bien des juges internes sont considérés comme partiels, ou bien des juges internationaux, émanation des États, sont également considérés comme susceptibles d'être partiels. Surtout, on peut penser qu'un tribunal arbitral aurait pu saisir l'entièreté du contexte conflictuel du litige, y compris l'origine des actes et refaire, peut-être, l'enquête sur laquelle s'était fondé le Judge Lamberth, dans une logique de prise en compte des règles constituant l'ordre public international, comprenant au moins en droit français les règles du droit des conflits armés²⁵⁴.

2) Pour le développement de l'« arbitrage des litiges de guerre »

85 – C'est pour cette raison qu'il est peut-être temps de retrouver « *l'esprit de La Haye* » et chercher à promouvoir l'arbitrage international comme mode ordinaire de règlement des conflits, voire imposer l'arbitrage comme technique obligatoire de règlement des litiges.

Iréniste, bien entendu, mais sans naïveté, cette proposition, née de la puissance très relative de ces quelques lignes, n'a d'autre vertu que d'insister sur la pesée des avantages et des inconvénients du recours à l'arbitrage dans de telles situations, qu'il s'agisse des « *petits* » litiges « *de guerre* », ceux *dans lesquels les intérêts vitaux d'un État ne sont pas en jeu* ou des grands.

250. *Comme c'était l'usage dans ce type de traité à l'époque, l'article XXI prévoyait une procédure de règlement des litiges qui ne pourraient pas être réglés d'une manière satisfaisante par la voie diplomatique devraient être présentés devant la Cour Internationale de Justice « à moins que les Hautes Parties Contractantes ne conviennent de le régler par d'autres moyens pacifiques », un arbitrage notamment.*

251. *Comp. J. Salmon, Des « mains propres » comme condition de recevabilité des réclamations internationales : AFDI 1964, vol. 10, 1964, p. 225.*

252. *CIJ, décision préliminaire, 13 févr. 2019, aff. Certains Actifs Iraniens, République Islamique d'Iran c/ États-Unis d'Amérique (en ligne) : JDI 2019, chron. 8, p. 1380, spéc. n° 8, obs. Y. Kerbrat et G. le Floch.*

253. *CIJ, 30 mars 2023, aff. Certains Actifs Iraniens, République Islamique d'Iran c/ États-Unis d'Amérique (en ligne) : JDI 2023, chron. 1, p. 217, spéc. n° 114, obs. Y. Kerbrat et G. le Floch.*

254. *V. n° 54.*

La proposition est iréniste dans la mesure où il serait ridicule ou naïf d'imaginer l'Ukraine freiner l'avancée des troupes russes en 2014 ou en 2022 en déclenchant un arbitrage, ou Israël introduire une demande d'arbitrage après l'attaque subie le 7 octobre 2023²⁵⁵, ou encore imaginer que la « *nouvelle guerre froide* », le réchauffement des relations sino-américaines, une guerre civile, une action par un groupe terroriste, et plus généralement les actions découlant de l'ensauvagement du monde, pourraient ou auraient pu être réglés par voie d'arbitrage. Il y a, il y aura toujours, des intérêts ou des situations hors normes, des acteurs irrationnels ou tricheurs, etc. Le constat qu'il n'y a plus d'ordre international consensuel a pour conséquence qu'il n'y a aucune place pour l'intervention de solutions internationales pacifiques efficaces.

À l'inverse cependant, les démocraties ne se font pas la guerre entre elles, au moins depuis la fin de la Première Guerre mondiale. Elles règlent leurs difficultés par des moyens qui peuvent être rugueux, comme la politique pénale des États-Unis en a fait la démonstration implacable, mais de manière non militaire. Les régimes autoritaires entament des guerres, agressent leurs voisins, financent ou exécutent des actes terroristes, des cyberattaques, des manipulations d'opinion, des actes d'espionnage agressif, etc., contre d'autres régimes autoritaires ou contre des démocraties²⁵⁶.

86 – S'il fallait donc proposer une voie pour assurer ce renouveau de l'esprit de La Haye, dans une conception réaliste, deux moyens pourraient être envisagés.

La *promotion* active de l'arbitrage s'imposerait, dans un premier temps, entre régimes démocratiques, pour régler des litiges interétatiques, que ce soit d'une manière générale ou spécifique, pour des « *litiges de guerre* » au sens de nos développements au stade des situations de « *compétition* » et de « *contestation* », celui de l'« *affrontement* » en revanche, non impossible, étant plus improbable. Il pourrait s'agir en effet de litiges environnementaux, économiques²⁵⁷, financiers, d'extraterritorialité, etc. Il pourrait également, de manière particulière, s'agir de véritables conflits armés, plus ou moins importants²⁵⁸, de manière

255. *L'inverse n'est d'ailleurs pas vrai : un tiers utile et crédible, la République d'Afrique du Sud a introduit une action devant la CIJ contre Israël pour demander des mesures conservatoires contre cette dernière sur le fondement de la Convention de 1948 pour la prévention et la répression du crime de génocide dans la bande de Gaza (CIJ, ord., MC 26 janv. 2024, et 28 mars 2024).* – V. A. de Nanteuil, *Le concept de génocide et son (risque d') instrumentalisation, Réflexions sur les ordonnances en indication de mesures conservatoires de la Cour internationale de Justice dans l'affaire Afrique du Sud c. Israël : JDI 2024, var. 4 p. 931.*

256. *La Guerre des Malouines est un exemple de guerre entamée par un régime autoritaire, le régime militaire argentin de l'époque, contre des territoires placés sur la liste des territoires contestés, qui le sont toujours d'ailleurs, et dont la souveraineté pourrait être l'objet, aujourd'hui, d'un arbitrage.*

257. *V. l'arbitrage Eurotunnel sur le fondement du Traité conclu entre le Royaume-Uni et la France du 12 février 1986, dit « de Canterbury », sur l'exploitation du « Tunnel sous la Manche », engagé par le Royaume-Uni en 2003, qui a donné lieu à une sentence partielle du 30 janvier 2007, accompagnée d'une opinion dissidente de Lord Millet (en ligne, www.pca-cpa.org).*

258. *Sentence CIJ, 30 avr. 1990 : JDI 1990, p. 841, note Pinto, échanges de lettres du 9 juill. 1986 : JO 13 juill. 1986, impliquant la présentation d'excuses formelles par la France, le versement d'une somme de 7 millions de dollars et l'engagement de régler le différend par voie d'arbitrage.* – Adde J. Charpentier, *L'affaire du Rainbow Warrior : la sentence arbitrale du 30 avril 1990 : AFDI 1990, p. 395.*

élargie, entre démocraties, « *anocraties* » ou autres États volontaires²⁵⁹ qui déclarent respecter les logiques d'un État de droit et le droit international : donner l'exemple en quelque sorte, et ce de manière systématique.

En l'état du droit international, cela supposerait d'insérer des clauses compromissaires dans les accords internationaux existants qui n'en disposent pas, ou de conclure des compromis d'arbitrage, sur la base d'un principe qui pourrait être, dans une déclaration commune préalable multilatérale, que tout litige non résolu après des discussions ou des négociations d'une certaine durée sans résultat *devrait* déboucher sur un compromis ou la reconnaissance de la capacité d'un État de déclencher un arbitrage, *ad hoc* ou administré.

Peut-être faudrait-il d'ailleurs créer une chambre de résolution des litiges et un règlement d'arbitrage dédiés et adaptés à ce type de « *litiges de guerre* », tenant compte de l'ensemble des contraintes évoquées au-delà donc des seules « *guerres typiques* »²⁶⁰.

Dans un deuxième temps, la concrétisation d'un tel mouvement dans un accord international, même non unanime, serait une consécration. Il pourrait s'agir d'un accord proprement dit, voire d'un avenant à la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969, dont le préambule n'a guère pris de rides. Ainsi l'article 66 de la Convention de Vienne de 1969 dispose aujourd'hui, à propos des litiges portant sur l'*existence (nullité, extinction, retrait d'une partie, art. 65)* des traités objet de cette Convention, que passé un délai de 12 mois sans succès d'une procédure de négociation ou de conciliation, chaque partie peut soumettre le litige à la CIJ ou à un arbitrage²⁶¹. Manque ici l'hypothèse du règlement de tous les autres litiges fondés non point sur l'existence d'un traité mais sur son objet même. Pourrait donc être ajoutée une deuxième partie à cet article 66, qui concernerait les litiges qui portent sur l'application de traités portant sur un différend autre, donc, que leur interprétation ou leur existence. Il s'agirait d'ajouter à la suite de l'article 66, que, indépendamment des modes de résolution des litiges prévus dans ces traités spécifiques, passé un délai de 12 mois, chaque partie pourrait, à son choix, saisir la CIJ ou organiser une

259. *Ou entre États en paix ou en construction de paix : Comp. Sent. 29 sept. 1988, Egypt v. Israel (Taba), concernant la question de la souveraineté sur Taba, un triangle de terres situées au sud de Eilat, au bord du Golfe d'Agaba, sur la base des accords de Camp David de 1979.*

260. *Une initiative voisine, sous l'égide de la CCI, visant à créer un centre d'arbitrage israélo-palestinien, avait été tentée, en vain (V. N. Darwazeh, Jerusalem Arbitration Center. Entre classicisme et avant-garde : JDI 2014, var. 1, p. 89. – Adde J. Mestre (dir.), La paix, un possible objectif pour les juristes de droit des affaires ? : LGDJ, 2016.*

261. *Conv. Vienne sur le droit des Traités, art. 66 : « Si dans les douze mois qui ont suivi la date à laquelle l'objection a été soulevée, il n'a pas été possible de parvenir à une solution conformément au paragraphe 3 de l'article 65, les procédures ci-après seront appliquées : a) Toute partie à un différend concernant l'application ou l'interprétation des articles 53 ou 64 peut, par une requête, le soumettre à la décision de la Cour internationale de Justice, à moins que les parties ne décident d'un commun accord de soumettre le différend à l'arbitrage ; b) Toute partie à un différend concernant l'application ou l'interprétation de l'un quelconque des autres articles de la partie V de la présente Convention peut mettre en œuvre la procédure indiquée à l'Annexe à la Convention en adressant une demande à cet effet au Secrétaire général des Nations Unies ». Les articles 53 et 64 concernent les normes de jus cogens contraires à un traité existant.*

procédure d'arbitrage, alors *obligatoire*, quel que soit le type d'accord international, y compris la mise en œuvre des règles du droit coutumier²⁶².

87 – La première étape supposerait une coordination forte, focalisée sur le champ des litiges à traiter et leur mode de traitement, allant au-delà des seuls traités d'investissement ou de libre-échange.

Cet objectif est aujourd'hui inexistant et la seconde étape n'advient pas. Il n'est pas certain que soit présente l'idée que les États, qui n'ont pas d'amis des intérêts, même démocratiques et alliés, se livrent une « guerre » sourde.

Peut-être, également, le souvenir de la « mondialisation heureuse » est-il encore trop proche, avec cette idée révolue que les mouvements du monde n'ont qu'une incidence relative sur les relations entre États ou proto-États et entre leurs ressortissants. Ce souvenir, ou cet aveuglement, emporte la conviction que tout est susceptible d'être négocié entre États responsables, donc réglé pacifiquement par contrat²⁶³, et que ne demeurent que des conflits asymétriques ou entre États en situation dégradée ou aux décideurs irrationnels. Cette conception est hélas terminée et la mondialisation se transforme, au mieux en une « bimondialisation » et au pire en une division du monde en un certain nombre de zones politiquement compatibles, mais peu compatibles entre elles. La conséquence est alors la contraction des échanges, l'émergence de situations irrationnelles et, finalement, les guerres d'antan, l'économie de guerre, leurs destructions et leurs souffrances.

Ne reste alors que l'état actuel d'un droit international du passé, son désordre, pris en termes d'organisation et de modes alternatifs de résolution des conflits et, donc, le retour au premier plan du droit « des guerres ».

Il est donc finalement assez paradoxal que l'ordre du monde, s'agissant des litiges de guerre, soit presque exclusivement appréhendé par des arbitres de litiges internationaux *commerciaux* ou d'investissements et par suite les juges étatiques du contrôle de ces règles, concentrés autour des principaux sièges choisis de ces arbitrages. Il est certain que le traitement arbitral de ces litiges de guerre s'en trouve densifié et complexifié ; il est également certain que le droit de l'arbitrage *de guerre* en est corrélativement appauvri.

262. S'ajouterait alors un II à l'article 66 : « Si dans les douze mois qui ont suivi la date à laquelle l'objection a été soulevée, il n'a pas été possible de parvenir à une solution conformément au paragraphe 3 de l'article 65, les procédures ci-après seront appliquées : a) Toute partie à un différend ne concernant pas l'application ou l'interprétation des articles 53 ou 64 ou concernant un différend reposant sur l'objet même d'un Traité ou d'une règle du droit coutumier peut, par une requête, le soumettre à la décision de la Cour internationale de Justice, à moins que l'une des parties ne décide de soumettre le différend à l'arbitrage, soit sous l'autorité de la Cour Permanente d'arbitrage, soit à travers un arbitrage ad hoc ou administré par un autre centre d'arbitrage comportant un règlement d'arbitrage compatible avec la nature de ce différend ; b) Toute partie à un différend concernant l'application ou l'interprétation de l'un quelconque des autres articles de la partie V de la présente Convention peut mettre en œuvre la procédure indiquée à l'Annexe à la Convention en adressant une demande à cet effet au Secrétaire général des Nations Unies ; c) ».

263. V. A. Quinet, *Économie de la guerre*, préf. Th. Burkhard : *Economica*, 2023, spéc. p. 199, sur les conditions économiques et politiques d'une telle négociation.

88 – **Conclusion.** – Même les litiges de guerre peuvent se résoudre pacifiquement : l'arbitrage est là et conçu précisément pour cela. L'arbitrage international moderne a été inventé pour résoudre les litiges internationaux mettant en œuvre ce que nous désignons ici comme des « *litiges de guerre* », dans toutes leurs dimensions, y compris commerciales, même s'il n'en reste aujourd'hui que cela, ou presque.

L'arbitrage est en effet une technique qui permet de résoudre les cas les plus complexes, comme les juridictions étatiques sans doute, mais sans biais, notamment celui de préférence étatique, et ce grâce à un contrôle très important de l'indépendance et l'impartialité des arbitres désignés et à la pratique de la neutralité arbitrale. Le juge étatique n'intervient principalement qu'en toute fin lorsque la sentence, non exécutée spontanément, suppose le recours à lui pour apprécier la possibilité d'entrer dans l'ordre juridique étatique. Que le juge sollicite la refuse, cela ne change rien : la sentence internationale est une décision de justice internationale, non localisée, qui survit à son annulation par le juge du siège et elle participe de l'effet de sédimentation qui crée la jurisprudence arbitrale.

Cette complexité est évidemment multipliée lorsque des arguments de guerre viennent se greffer à un litige « *purement* » commercial, ou qu'un litige s'établit dans une ambiance de guerre ou encore lorsqu'il s'agit principalement d'un litige de guerre. Elle repose sur deux questions principales.

La première est la détermination de ce que l'on peut entendre par litiges de guerre. Au risque de la répétition, la « *guerre* » est un ensemble de faits agressifs dans lesquels les intérêts supérieurs d'un ou plusieurs États sont en jeu, qui peuvent être armés et militaires, à leur paroxysme, et qui s'inscrivent dans les trois temps de la guerre, ceux de la compétition, de la contestation et enfin de l'affrontement. Or, la rareté des affrontements majeurs armés symétriques, la « *guerre* » dans l'inconscient de la plupart des gens, et la multiplication des conflits asymétriques impliquant des *proxies*, des proto-États ou des entités de formes diverses, pour effectuer des opérations elles-mêmes très variées, de campagnes de manipulation d'information à des attentats terroristes ou des soutiens d'entités tierces comprenant des actions de type militaire, fait de la catégorie « *affrontement* » une zone difficile à saisir, entre la « *contestation* » musclée et l'« *affrontement* » *soft*. Cette zone correspond à ce que les militaires désignent parfois comme la « *guerre hybride* ». L'importance et la multiplication de ces cas d'affrontement tendent à faire oublier les cas des autres temps de la guerre : sanctions et contre-sanctions, applications extraterritoriales éventuellement exagérées de règles internes, etc., dont les conséquences sont parfaitement arbitrables.

La deuxième est, face à cette extension des faits agressifs, leur variété et la diversité de leur intensité, la manière dont des parties à un litige, État(s) ou entité(s) privée(s), peuvent saisir et surtout *faire saisir* ces questions par les arbitres dans le traitement de leur litige.

Si le *droit international de l'arbitrage* ne les saisit pas, ou plus, ou peu, la *pratique de l'arbitrage international* montre que cette prise en compte, sérieuse,

est possible, efficace et sans doute nécessaire. Le développement de cette pratique, sa réception par les juges étatiques est la condition de l'évitement d'une « anarchisation » globale du traitement des litiges internationaux.

Rappelons la sage formule de l'article 16 de la Convention de La Haye de 1899 : « *Dans les questions d'ordre juridique, et en premier lieu dans les questions d'interprétation ou d'application des conventions internationales, l'arbitrage est reconnu par les Puissances signataires comme le moyen le plus efficace et en même temps le plus équitable de régler les litiges qui n'ont pas été résolus par les voies diplomatiques* ».