

Quelques remarques sur l'arbitrage, la guerre « atypique » et les conflits maritimes

par Daniel Mainguy

Professeur à l'École de droit de la Sorbonne, Université Panthéon-Sorbonne (Paris 1)

1.- Si le dédicataire de ces contributions est, indubitablement, l'un de ces universitaires aux intérêts et travaux qui se développent dans de multiples domaines et dans lesquels il excelle, il ne fait pas de doute que c'est le droit maritime qui constitue le cœur de ses travaux et de ses préférences, ne serait-ce qu'en considération du nombre impressionnant de thèses qu'il a dirigées au bénéfice de doctorants du monde entier et de la réputation mondiale que lui vaut l'ensemble de son œuvre en la matière. Par ailleurs, il aborde le droit maritime dans son intégralité, les transports et les contrats voisins bien entendu, mais encore le droit portuaire, celui de la construction maritime, etc., l'ensemble étant magistralement exposé dans son *Droit maritime*, mais aussi dans son *Droit du commerce international* ou son *Droit des transports*¹. Face à cette diversité nous autorisons-nous à poursuivre l'aventure qu'il a entamée, du côté des conflits, armés ou non armés, dans le domaine maritime, et les moyens de les résoudre « pacifiquement », les guillemets s'imposant dans la mesure d'une part où les litiges juridiques ne sont pas apaisés par le seul fait qu'ils sont arbitrés et que, d'autre part, dans le cas précis, ils suivent, accompagnent ou précèdent des actes d'agressions, y compris armés.

Par ailleurs, il préside la Chambre arbitrale maritime de Paris, l'un des grands centres d'arbitrage maritime, avec, naturellement, loin devant, le Centre anglais *London Maritime Arbitrators Association* (LMAA), l'arbitrage étant le moyen usuel de résoudre les litiges, par nature internationaux, qui surviennent au long de l'exécution des différentes opérations du commerce maritime.

¹ P. Delebecque, *Droit maritime*, 14^e éd., Dalloz, 2020, Ph. Delebecque, *Le droit positif maritime français en 2022*, Wolters Kluwer, 2022 ; *Droit des transports*, Dalloz Action, 2022 (et *Code des transports*, 6^e éd., 2021) ; *Droit des transports* (avec I. Bon-Garcin et M. Bernadet), Dalloz, 2^e éd., 2018 ; J.-M. Jacquet, P. Delebecque et L. Usinier, *Droit du commerce international*, 4^e éd., 2021. Et ce sans compter le reste : Ph. Delebecque, F. Collart Dutilleul et Ch.-Ed. Bucher, *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz, 12^e éd., 2023 ; Ph. Delebecque et F.-J. Pansier, *Droit des obligations : responsabilité civile, délit et quasi-délit*, LexisNexis, Objectif droit, 9^e éd. 2023, Ph. Delebecque et Ph. Simler, *Droit des sûretés et de la publicité foncière*, Dalloz, 8^e éd., 2023.

Enfin, la mer, par son immensité, sa fluidité, un immense désert mouvant, où l'homme porté en bateau peut se livrer à toutes sortes d'activités, des activités de pêche, de loisir, transport de marchandises ou de personnes mais aussi, comme conséquence nécessaire, des activités de police ou de guerre maritime, la protection éventuellement musclée des voies de navigation ou, en contraire des actes de piraterie, de flibuste, de contrebande, etc. Certaines zones maritimes, dont les plus fréquentées, le golfe d'Aden², le golfe d'Oman, le golfe Arabo-Persique, le golfe de Guinée, le détroit de Malacca, et globalement la mer de Chine méridionale sont aujourd'hui au cœur de ces difficultés.

Ces trois éléments permettent d'échafauder une présentation de quelques cas particuliers, mais à la portée considérable comme c'est souvent le cas des affaires maritimes³, autour de l'arbitrage, les conflits maritimes, au sens militaire de la question, et des cas de guerre « atypique⁴ ».

2.- De ce point de vue le droit *public* maritime constitue l'infrastructure juridique nécessaire à l'existence des différentes activités maritimes voire de régulation des crises, des guerres et conflits maritimes – ce que l'on appelle le *droit de la mer* – parfaitement distingué en principe du *droit maritime*, malgré la confusion initiale de l'ordonnance de Colbert de 1681 sur la Marine qui, précisément, concernait à la fois le commerce maritime et la police de la mer.

² Très récemment, par exemple, les rebelles houthis ont indiqué avoir capturé et dérouté, le 19 nov. 2023, le cargo *Galaxy Leader*, transportant des véhicules de Turquie vers l'Inde, appartenant à une société britannique, elle-même appartenant à un Israélien, mais était affrété et armé par une compagnie japonaise, et revendiqué comme une attaque contre l'État hébreu. Un autre, le *Central Park*, un pétrolier, également propriétaire d'une société britannique possiblement liée à Israël, a été arraisonné le 26 nov. 2023. Depuis, ces actes n'ont cessé de se multiplier, les Houthis menaçant en outre ce couper des câbles sous-marins. Au-delà du bouleversement du commerce maritime dans la région, ces actes ne sont pas aisés à qualifier : acte criminel, de piraterie ; acte politique au nom et pour le compte de telle organisation affiliée au mouvement Houthis qui se considérerait alors comme partie au conflit armé se déroulant à Gaza et dans le nord d'Israël, ou acte de guerre pour le compte d'une autre puissance, qui, si l'attribution à cette puissance était établie et si, le « seuil de la guerre était franchi », pourrait alors être considérée comme participant directement aux hostilités ?

³ C'est d'ailleurs ce qui explique que bon nombre d'arbitrages maritimes conduisent à des décisions majeures, par exemple sur le terrain des *anti-suit* ou *anti-arbitration injunctions* : CJCE, 10 févr. 2009, aff. C-185/07, *West Tankers*, D. 2009, p. 981, note C. Kessedjian ; RTD civ. 2009, 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. 1599, RTD eur. 2023, p. 697, note G. Cuniberti.

⁴ V. D. Mainguy, *Droit de la « guerre atypique ». Réflexions sur les conflits non armés et non militaires (lawfare, guerre économique et informationnelle)*, LGDJ-Lextenso, 2023 ; « Arbitrage et litiges de guerre », JDI, 2024, à paraître.

Trois espaces maritimes distincts principaux sont identifiés, la zone côtière, de deux fois douze miles et comprenant la zone de mer territoriale et la zone contiguë, la ZEE, zone économique exclusive, de 200 miles, éventuellement étendue en fonction de considération géographique et de continuité d'un plateau continental, et enfin la zone de la haute mer, les eaux internationales. Cet ensemble est organisé par des conventions internationales dont la convention des Nations unies sur le droit de la mer de 1982, dite de Montego Bay, remplaçant un ensemble de conventions de 1958, et entrée en vigueur en 1994 après un amendement modifiant les dispositions les plus contestées par les pays développés. Elle compartimentait la zone littorale de vingt-quatre miles (la zone de la mer territoriale correspond aux « eaux territoriales » une excroissance frontalière où un État exerce sa pleine souveraineté, la seconde étant une sorte de zone intermédiaire où des actes de puissance étatique sont possibles, en matière douanière, sanitaire, de police, etc.). Elle ajoutait la zone des détroits internationaux, au-delà de la convention de 1912 sur le détroit de Gibraltar ou de la convention de Montreux de 1936 sur les détroits turcs, assurant une liberté de passage sans entrave des navires (et des aéronefs), ainsi que la zone archipélagique, concernant les « États-archipels » constitués d'un ensemble d'îles, comme l'Indonésie, les Philippines, les Bahamas, etc., où les eaux sont de libre passage pacifique.

Au-delà, la haute mer est la zone de liberté : liberté de navigation, de survol, de pêche, de recherche scientifique, de pose de câbles et de pipe-lines, de construction d'îles artificielles, etc., où les seuls éléments étatiques sont les navires qui y circulent et le droit de leur pavillon. Une zone internationale donc, ponctuée de micro-zones, mouvantes, celle des bateaux, de compétence personnelle. Un certain nombre de difficultés majeures demeurent, notamment la question de la pêche et la protection des fonds marins. Des conventions spécifiques, sur la pêche au thon, des baleines ou de protection des réserves halieutiques tentent de limiter la voracité des prédateurs économiques dans cette pure loi de la jungle marine. Notamment, le 19 juin 2023 a été adopté le Traité sur la biodiversité au-delà de la juridiction nationale, dit aussi « Traité sur la haute mer » visant à « la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique marine dans les zones situées au-delà de la juridiction nationale », c'est-à-dire y compris dans les eaux internationales, visant également la zone internationale des fonds marins dite « la Zone⁵ ».

⁵ La « Zone » échappe à toute appropriation ; elle est définie comme un « bien commun », utilisée « à des fins exclusivement pacifiques » et exploitée « dans l'intérêt de l'humanité tout entière ». La convention de 1982 amendée en ce sens en 1994, crée un régime d'appropriation collective gérée par l'Autorité internationale des fonds marins, financée par des ressources fiscales par un organe,

3.- La typologie des conflits en mer est importante. Ils opposent le plus souvent des États, en matière de délimitation des « frontières » maritimes, de conflits de droits de pêche, qu'il s'agisse de pêche interdite, non autorisée, non déclarée, etc., de conflits d'accès à des zones spécifiques, eaux territoriales, zones contrôlées (militaires notamment), de droit de circulation, de validité d'une fermeture de zone, etc., ou encore de conflits liés à l'exercice par un État de ses prérogatives de contrôle, de conflits d'interprétation des règles internationales, etc. L'ensemble forme le droit de la mer, via les différentes conventions internationales mais aussi et peut-être surtout les solutions données aux différents conflits à travers des décisions de la Cour internationale de justice, du Tribunal international du droit de la mer institué par la convention de Montego Bay, ou un tribunal arbitral, dans les mêmes conditions que celles de l'article 287 de la Convention de 1982 et de son annexe VIII.

S'ajoute le cas, considéré par la Convention de 1982 comme relevant des « immunités de souveraineté », des navires de guerre et de leur rencontre, éventuellement belliqueuse, qui échappe alors aux règles du droit de la mer ou du droit maritime et est régie par le droit de la guerre, ici maritime.

Le droit de la guerre maritime⁶ est cependant beaucoup moins développé que le droit de guerre sur terre, dont les conventions de Genève de 1949, la Convention II notamment, *sur la protection des blessés, des réfugiés et des naufragés en mer*, complétées par le protocole additionnel I de 1977, même si certaines dispositions s'appliquent aux opérations navales, comme la protection aux navires ou aéronefs sanitaires, ou les dispositions du titre IV du protocole I qui s'appliquent aux opérations navales affectant les civils et les biens civils sur terre. L'ensemble est complété par la doctrine internationale et le Manuel de San Remo (MSR) sur le droit international applicable aux conflits armés en mer de 1994⁷ et qui reprend les logiques du *jus ad bellum* de l'article 2(4) et 51 de la Charte des Nations unies et du *jus in bello* du droit coutumier et du droit international humanitaire, mais également du droit de la mer, adaptées au milieu marin. L'article 10 du MSR définit ainsi l'espace maritime de guerre comme n'étant plus une *res nullius* mais en relation avec les définitions de la Convention sur la mer de 1982 : « des actions hostiles peuvent être menées par les forces navales en surface, sous l'eau ou au-dessus : a) de la mer territoriale et des eaux intérieures, des

« l'Entreprise », encore à mettre en œuvre, l'ensemble des difficultés s'est concentré autour de l'exploitation des nodules polymétalliques présents sur les fonds marins.

⁶ Comp. M. Bettati, *Le droit de la guerre*, Odile Jacob, 2016, spéc. p. 168 s.

⁷ *Manuel de San Remo sur le droit international applicable aux conflits armés en mer*, 1994, *Rev. int. de la Croix-Rouge*, 1995, p. 816, rédigé par un groupe d'experts internationaux et organisé par l'Institut international de droit humanitaire, faisant suite à l'*Oxford Manual on the Laws of Naval War Governing the Relations between Belligerents* de 1913 par l'Institut de droit international.

territoires terrestres, de la zone économique exclusive et du plateau continental et, le cas échéant, des eaux archipélagiques des États belligérants ; b) de la haute mer ; et c) sous réserve des dispositions prévues aux paragraphes 34 et 35, dans la zone économique exclusive et sur le plateau continental des États neutres⁸ ». Par ailleurs, les actions militaires maritimes sont interdites dans les eaux neutres, constituées des eaux intérieures, la mer territoriale et, le cas échéant, les eaux archipélagiques des États neutres, ainsi que l'espace aérien surjacent aux eaux et au territoire terrestre d'États neutres. Enfin un navire de guerre est « un navire qui fait partie des forces armées d'un État et porte les marques extérieures distinctives des navires militaires de sa nationalité, qui est placé sous le commandement d'un officier de marine au service de cet État et inscrit sur la liste des officiers ou un document équivalent, et dont l'équipage est soumis aux règles de la discipline militaire » (MSR, art. 13) de sorte que, en transposant le raisonnement du droit de la guerre terrestre, les ruses de guerre sont autorisées (fumigènes, fausses attaques, mise en panne, etc.), mais pas les actes de perfidie (faux pavillon, notamment en navire hôpital, de pavillon neutre, etc.).

Ajoutons que la figure romantique de la « lettre de marque » ou de « course », délivrée par un monarque au propriétaire d'un navire armé en guerre à attaquer des bateaux ennemis et qui a fait la gloire de corsaires célèbres, français ou anglais, est désormais interdite depuis la déclaration de Paris du 16 avril 1856, à la suite de la guerre de Crimée, déclaration à laquelle les États-Unis ou la Chine n'ont pas adhéré⁹.

4.- L'ensemble exclut *a priori* les litiges relevant du droit maritime, entendu comme le droit maritime *privé*, intéressant donc des entités non étatiques. Dans cet ensemble, on relève bien entendu les litiges traditionnels du droit du commerce international dans lesquels, très ordinairement, interviennent des arguments de droit maritime, notamment lorsqu'un transport maritime est impliqué dans l'opération.

⁸ Une réserve, faiblement exprimée cependant, à l'article 11 : « Les parties au conflit sont encouragées à convenir de ne pas mener d'actions hostiles dans les zones maritimes comprenant : a) des écosystèmes rares ou fragiles, ou b) l'habitat d'espèces, ou d'autres formes de vie marine, décimées, menacées ou en voie d'extinction. » Et dans le paragraphe 12 : « Quand ils mènent des opérations dans des zones où des États neutres sont titulaires de droits souverains, de juridictions ou d'autres droits conformément au droit international général, les belligérants doivent tenir dûment compte des droits et devoirs légitimes de ces États neutres. »

⁹ Les États-Unis n'y ont pas adhéré, mais avaient déclaré vouloir la respecter à l'occasion de la guerre de Sécession, puis en 1898 à l'occasion de la guerre contre l'Espagne, ne serait-ce que parce qu'ils avaient obtenu satisfaction dans l'arbitrage *Alabama* en 1872 contre le Royaume-Uni. Pourtant, après les attentats du 11 sept. 2001, le président des États-Unis avait cherché à faire voter la loi *September 11 Marque and Reprisal Act of 2001*, visant à autoriser l'octroi de lettres de marque, tentative renouvelée en 2007 et 2009, en vain.

Trois ensembles se juxtaposent donc : le droit de la mer, le droit de la guerre sur mer et le droit maritime, *a priori* étanches les uns des autres.

Or précisément, cette étanchéité peut être discutée dans la mesure de l'évolution des pratiques maritimes et une forme de privatisation de la mer et de ses activités, la question de la construction de plateformes pétrolières reposant sur ces colonnes gigantesques éventuellement assimilables à des îles, les îles artificielles construites en mer de Chine méridionale, militarisées, et dans des conditions de réinterprétation inédites et très « nationales » du droit international de la mer, les divers projets d'éoliennes géantes, les divers oléoducs ou gazoducs et autres câbles sous-marins, souvent privés, etc.

5.- Une telle remise en cause repose en premier lieu sur le concept de « guerre hybride », concept militaire, probablement inventé par la doctrine militaire russe et attribuée au général Guerassimov, l'actuel chef d'état-major des armées russes, ou américaine et reprise aujourd'hui de manière systématique, y compris en France¹⁰. De telles méthodes s'inscrivent aux frontières du droit des conflits armés et du droit « ordinaire », ici le droit de la mer ou le droit maritime, et visent notamment à établir des narratifs contrefactuels, des campagnes de manipulations de l'information, des cyberattaques, des réinterprétations des règles *a priori* établies du droit international, des techniques de guerre économique, l'utilisation de *proxies* comme des groupes armés irréguliers, des sociétés militaires privées, des sociétés criminelles pour accomplir des opérations armées ou non armées, etc. L'ensemble vise à créer des ambiguïtés, comme les logiques de désinformations ou de réinterprétation des règles internationales, des effets destructurants, des alternatives à des conflits armés non attribuables, etc.

6.- L'un des cas qui explicite cette situation et ayant fait l'objet d'une décision de justice, arbitrale, est celui de la réinterprétation du droit de la mer par la Chine, au prétexte de droits historiques dont elle prétendait (et prétend toujours) être titulaire, lui permettant d'effectuer, sans tenir compte des règles du droit de la mer, un certain nombre d'opérations, considérées comme illégitimes, voire agressives, par ses voisins. Strictement limités au champ d'application du droit de la mer, et donc indépendant des prétentions de souveraineté sur les îles Spratley ou le récif de Scarborough, *a priori* philippins, et placés « sous le seuil de la guerre », il demeure que ces voisins précisément, cherchent à limiter le fondement de ces prétentions. Les Philippines ont engagé une procédure d'arbitrage, administrée par la Cour permanente d'arbitrage de La Haye, auquel la Chine a refusé de participer, et pour cause, ses positions étant totalement étrangères aux règles du droit international de la mer, coutumier ou

¹⁰ D. Mainguy, *Droit de la « guerre atypique »*, *op. cit.*, n° 55.

conventionnel. Une sentence a été rendue le 12 juillet 2016, après une sentence sur la compétence du tribunal arbitral, condamnant la délimitation unilatéralement choisie par la Chine, notamment la « ligne des neuf traits¹¹ », sans d'ailleurs que la Chine ait changé son comportement.

De la même manière, et toujours sur le fondement de la Convention de 1982, deux procédures d'arbitrage ont également été engagées par l'Ukraine, en 2016, contre la Fédération de Russie, après l'invasion puis l'annexion de la Crimée, sur les droits côtiers de la mer Noire, de la mer d'Azov et du détroit de Kertch¹² et, en 2019, relatif à la détention de bateaux et de marins ukrainiens¹³. Dans ces trois cas, le litige porte, juridiquement, sur l'interprétation, et ses conséquences, des règles du droit de la mer, mais, factuellement sur des situations de conflits, plus ou moins ouverts, entre les parties.

7.- Une remise en cause de cette étanchéité peut reposer également sur le vide juridique, international, que l'on constate entre ces trois ensembles, droit de la mer, droit de la guerre maritime, droit maritime, chaque fois qu'une « agression » opère en incluant une ou plusieurs entités privées, ou bien lorsqu'aucune attribution à un État n'est possible ou souhaitable. Ainsi, en mai 2019, les Émirats arabes unis faisaient savoir que trois pétroliers et un cargo avaient été attaqués au mouillage dans le golfe d'Oman via des mines placées sur leurs coques, explosant en même temps, et où les *pasdarans* iraniens avaient été soupçonnés. En juin 2019, à peu près au même endroit, des pétroliers panaméens et des îles Marshall, subirent les mêmes dommages obligeant leurs équipages à abandonner les bateaux, dans les mêmes conditions. La question ici n'est guère différente, factuellement, de l'affaire *Rainbow Warrior*, impliquant la France et la Nouvelle-Zélande, en 1985, où des agents de la DGSE avaient placé une mine sous l'un des bateaux de l'association *Greenpeace* qui perturbaient alors les essais nucléaires français sur l'atoll de Mururoa, dans le port d'Oakland, les services français soupçonnant le bateau d'avoir des relations avec les services secrets soviétiques. Ils avaient estimé que le bateau était vide, alors qu'un photographe hollandais était resté à bord, et posé la mine, coulant le bateau et tuant le photographe. En principe non attribuable ni revendiquable par la France, elle est devenue revendiquée et attribuée en raison de l'échec dans la discrétion de la mission. Celle-ci était clandestine et était supposée le demeurer. Elle s'est soldée par la révélation de l'opération et, ce faisant, de l'activation des règles du droit de la guerre typique mais aussi à la condamnation des

¹¹ PCA Case 2013-19, Award, PCA, 12 juill. 2016 (en ligne).

¹² PCA Case n° 2017-06. Une première sentence sur les objections formulées par la Fédération de Russie a été rendue le 21 févr. 2020,

¹³ PCA Case n° 2019-28, affaire dans laquelle l'indépendance de deux des arbitres est discutée.

« faux époux Turenge » à dix ans de prison, finalement transformés en un transfert sur l'atoll de Hao pendant trois ans, résultat de l'accord diplomatique entre les parties en 1986, puis par un arbitrage interétatique en raison de la violation par la France de l'obligation d'exil¹⁴. L'arbitrage, administré par la Cour permanente d'arbitrage, est l'un des rares cas dans lequel l'attribution à un État a permis de résoudre pacifiquement une situation qui avait envenimé considérablement les relations entre deux alliés et qui, entre États en tension aurait pu dégénérer en conflit armé.

8.- Il ne sera pas question, ici, de proposer un ensemble d'observations générales ou, au contraire, particulières, mais, sous forme pointillée, de montrer à travers quelques exemples, historiques ou actuels, la manière dont des conflits, agressions, litiges mettant en scène des acteurs étatiques ou privés, dans lesquels des intérêts étatiques majeurs (des parties ou de tiers) sont affectés¹⁵, s'inscrivent dans des débats juridiques situés, précisément, à la croisée de ces trois ensembles de règles, droit de la mer, droit maritime, droit des conflits armés. Nous avons déjà cherché à montrer comme de nombreux litiges contemporains s'inscrivaient, comme des agressions, comme des conflits armés, alors, précisément, que le droit des conflits armés ne leur est pas applicable. Ces conflits, non armés et non militaires, s'inscrivent alors ou bien dans un ensemble large, celui du droit des affaires, ou, plus spécifique, quelque règle du droit du commerce international ou, comme ici, du droit maritime. Or, précisément, ces règles ne sont pas adaptées, ou s'adaptent difficilement, à ces litiges, de telle manière qu'il nous est apparu nécessaire de faire émerger un autre ensemble de règles, celui d'un droit de la guerre atypique. Celles-ci se composent, au moins, de règles coutumières internationales, de *jus cogens* souvent, antérieures à l'émergence de règles conventionnelles, les principes directeurs des conflits armés (principes de proportionnalité, de précaution, de discrimination, etc.), en matière d'investissements étrangers (principe de traitement loyal, d'indemnisation en cas d'expropriation, de prohibition du recours à la force armée pour obtenir paiement d'une créance, etc.), voire du droit du commerce international (principe de respect des contrats, de bonne foi, de validité des conventions d'arbitrage, etc.), permettant de fournir un cadre d'appréciation ou bien du fond d'un tel litige ou bien des décisions étatiques qui fondent des règles domestiques qui rendent possibles un tel litige. Par exemple, l'application extraterritoriale de règles domestiques, pénales notamment, est possible

¹⁴ Sentence CIJ 30 avr. 1990, *JDI* 1990. 841, note Pinto, échanges de lettres du 9 juill. 1986 (*JORF* 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. 395.

¹⁵ V. D. Mainguy, *Droit de la « guerre atypique »*, *op. cit.*, spéc. n° 7.

d'un point de vue international, en raison d'un cas de droit de la mer (v. *infra*, n° 13), mais les conditions de mise en œuvre de ces règles peuvent être débattues en application des principes ainsi dégagés. De même, des questions aussi complexes, et non réglementées internationalement, comme celles de la réparation de dommages causés par manquement à un devoir de vigilance, pourraient être résolues par leur mise en œuvre.

Quelques-uns seulement de ces points seront donc ici visités, sans exhaustivité, celui de l'arbitrage *Alabama*, point de départ de la diffusion des formes modernes d'arbitrage international (I), l'affaire *Lotus* et la question de la validité des règles domestiques à vocation extraterritoriale (II) mais également, la question des conflits maritimes archipélagiques, à travers l'insoluble affaire du *Sultanat de Sulu*, toujours en cours (III).

I. - LE FAIT MARITIME ET LA NAISSANCE DU DROIT DE L'ARBITRAGE INTERNATIONAL

9.- Il convient de mesurer ce que le droit de l'arbitrage international et les règles fondamentale du droit du commerce international doivent au « fait » maritime, au-delà du droit maritime.

10.- *L'arbitrage « Alabama »*. – Le « traité Jay » d'amitié, de commerce et de navigation de 1794 conclu entre les États-Unis d'Amérique et la Grande-Bretagne a sans doute constitué la première expérience de proposition de règlement pacifique de litiges. Il prévoyait la constitution de trois commissions mixtes composées en nombre égal de nationaux américains et britanniques et chargées de régler un certain nombre de questions pendantes que les deux pays n'avaient pu résoudre par la négociation, après l'indépendance des États-Unis. Il ne s'agissait pas à proprement parler de « tribunaux arbitraux », au sens moderne du terme, ces commissions mixtes ayant été destinées à fonctionner comme des tribunaux étatiques. Elles ont cependant formulé une proposition alternative à celle des juges étrangers, celui de l'arbitrage, alors nécessairement international.

11.- L'arbitrage *Alabama* de 1872 constitue vraisemblablement l'acte de naissance de l'arbitrage international moderne¹⁶ et d'institutions internationales comme la Cour internationale de justice qui se réclame d'ailleurs expressément de cette filiation.

¹⁶ V. cependant, dans une conception plus longue : Allen Devere, *The Fight for Peace*, New York, 1930, sp. Chapter VII « Arbitration's Long Career », p. 119 s. qui offre de très nombreux exemples, depuis la Grèce, d'accords, traités mettant en œuvre des arbitrages entre Grands du monde.

L'*Alabama* était un bateau construit par un chantier anglais, vendu avec deux autres¹⁷ 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 bateaux, les *CSS Alabama*, *Florida* et *Shenandoah*, étaient armés en guerre, composés pour partie de marins britanniques, battaient parfois pavillon britannique pour tromper les bateaux de l'Union, se ravitaillaient et se réarmaient dans des ports britanniques. Ils ont écumé les trois grands océans Atlantique, Pacifique et Indien, coulant des dizaines de navires de l'Union, jusqu'à ce que le dernier, 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 négocier et éventuellement 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 en 1872 condamnait la Grande-Bretagne à payer quinze millions et demi de dollars (les Américains ayant demandé à défaut de dédommagement la cession du Canada) 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 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 exemple de la manière dont un litige profond, ancien et très ancré, entre chefs d'États responsables, pouvait 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 de 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

¹⁷ B. de Loyne 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. 743.

d'arbitrage, d'un règlement d'arbitrage, malheureusement non obligatoire, pour tenter de régler les litiges interétatiques.

12.- Il convient d'insister sur ce point particulier. La fin du XIX^e siècle concentre, en Europe, l'ensemble des conflits potentiels, notamment entre des pays aussi considérables que l'Angleterre, l'Allemagne, la France, la Russie, l'Empire austro-hongrois, les États-Unis. L'Angleterre et l'Allemagne se livrent au moins deux combats. Le premier est militaire : d'un côté, l'Allemagne, la promotion du *Land power* (« *Heartland* ») permettant d'assurer la puissance continentale du fait des leçons tirées de l'humiliation de 1806, l'organisation d'une armée sophistiquée, entraînée et adaptée au combat moderne sur terre autour du Grand quartier général allemand, et, de l'autre, la promotion du *Sea Power* anglais, et l'idée que seule une marine efficace et importante permet la domination des mers, donc du monde, en permettant de contrôler les voies de communication, des ports, donc du transport de soldats, par-delà les terres. L'autre combat est purement économique : l'avance considérable de l'économie anglaise, rejointe par les industries allemandes, françaises ou américaines, peine à s'exporter de manière massive dans la mesure où les entreprises géantes d'alors sont d'abord des entreprises *nationales*. Par conséquent un litige entre entreprises de ce type était globalement équivalent à un litige interétatique, de telle manière qu'un tiers investisseur, un investisseur américain par exemple, pouvait difficilement disposer d'une visibilité juridique des conséquences d'un tel investissement : la recherche d'une technique de règlement des litiges internationaux interentreprises était donc consubstantielle de celle des litiges interétatiques. Michaël Schninazi a parfaitement montré, dans sa thèse de doctorat consacrée aux *Three Ages of International Commercial Arbitration*¹⁸, que la création de la Chambre de commerce internationale, en 1922, était la suite des efforts de la Conférence internationale pour la paix qui avait produit les conventions de La Haye, en 1899, revues en 1907, dont la création de la Cour permanente d'arbitrage et le Règlement d'arbitrage dans la Convention I *pour le règlement pacifique des conflits internationaux*.

¹⁸ M. Schinazi, *The Three Ages of International Commercial Arbitration*, Cambridge University Press, 2022. Adde C. Jallamion, « Le juge français au service de l'investissement. Le développement en France de l'arbitrage commercial international, XIX^e-XX^e siècles », in L. Brunori, S. Dauchy, O. Descamps et X. Prévost, *Le droit face à l'économie sans travail*, t. 1, *Sources intellectuelles, acteurs, résolution des conflits*, Classiques Garnier, 2019, p. 387 ; 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. 739, partie II, *Rev. arb.* 2015. 1037 ; C. Jallamion et T. Clay, « Arbitrage et justice étatique, hier et aujourd'hui », in L. Cadiet, 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.

II. - LE FAIT MARITIME ET LE PRINCIPE DE L'APPLICATION EXTRATERRITORIALE DE REGLES DOMESTIQUES

13.- *L'affaire Lotus*. – Un autre phénomène juridique considérable est né, juridiquement, d'une question maritime, celle de la validité internationale de l'application extraterritoriale de règles domestiques, pénales notamment¹⁹. La question fait l'objet de controverses majeures, notamment en France à la suite de l'application extraterritoriale des règles pénales internes américaines de la sanction de la corruption d'agent public étranger (FCPA) ou des sanctions secondaires en matière de sanction économiques unilatérales américaines²⁰.

Cette application extraterritoriale des règles pénales américaines est, pour le droit européen, « considérée comme » violant les principes du droit international ». Cette affirmation résulte du considérant n° 4 du règlement dit « de blocage européen » n° 2271/96, concernant l'obligation du « blocage », assez hypothétique par ailleurs, des réponses à des injonctions américaines en matière de sanctions secondaires. Il précise que « par leur application extraterritoriale, ces lois, règlements et autres instruments législatifs violent le droit international et empêchent la réalisation des objectifs » de l'Union européenne.

¹⁹ V. not. L. Cohen-Tanugi, *Droits sans frontières. Géopolitique de l'extraterritorialité*, Odile Jacob, 2023 ; E. Dubout, F. Martucci et F. Picod, *L'extraterritorialité en droit de l'Union européenne*, Bruylant, 2021 ; M. Audit et É. Pataut (dir.), *L'extraterritorialité et droit international*, Pedone, 2020 ; L. d'Avout, « L'extraterritorialité du droit dans les relations d'affaires », *JCP* 2015. 1112, « Sanctions négociées. La nouvelle discipline étatique des entreprises mondiales », *Rev. Droits* 2016, t. 64, p. 73 ; M. Audit, « L'arbitrage international confronté à l'extraterritorialité des lois », *Rev. arb.* 2015. 1001 ; M. Audit, R. Bismuth et A. Mignon-Colombet, « Sanctions et extraterritorialité du droit américain. Quelles réponses pour les entreprises françaises ? », *JCP* 2015. 37 ; F. Martucci, « L'extraterritorialité en droit de la concurrence », *Cab. dr. entr.* 2018, n° 4 ; P. Athanasiou, « Effets extraterritoriaux du droit américain sur les institutions financières non-américaines. Une vue d'ensemble », *RDBF* 2014, n° 16, p. 11 ; numéro spéc. *RDBF* 2015, n° 6 ; H. Ascensio, « Étude : l'extraterritorialité comme instrument », 10 déc. 2010 (contribution à la discussion initiée par le représentant spécial du secrétaire général des Nations unies sur les droits de l'homme et les entreprises transnationales et autres entreprises, John Ruggie, en ligne) ; J. A. Zerk « Extraterritorial Jurisdiction: Lessons for the Business and Human Rights Sphere from Six Regulatory Area. A report for the Harvard Corporate Social Responsibility Initiative to help inform the mandate of the UNSG's Special Representative on Business and Human Rights », juin 2010, *Working Paper* n° 59 (citée par H. Ascensio, préc.) ; P. Selvin, « L'application extraterritoriale des lois antitrust américaines », *D. affaires* 1997. 1314 ; J.-M. Jacquet, « La norme juridique extraterritoriale dans le commerce international », *JDI* 1985. 327.

²⁰ D. Mainguy, *Droit de la « guerre atypique »*, *op. cit.*, spéc. nos 80 s.

Or cette position est contraire à la conception commune du droit international, celle-ci ayant été posée dans l'arrêt *Lotus* de la Cour permanente de justice internationale du 7 septembre 1927 qui avait considéré, s'agissant de cette question de l'application extraterritoriale d'une règle pénale interne que, dans le cas d'espèce qui lui était soumis, « il ne s'ensuit pas que le droit international défend à un État d'exercer, sur son propre territoire, sa juridiction dans toute affaire où il s'agit de faits qui se sont passés à l'étranger, et où il ne peut s'appuyer sur une règle permissive du droit international [...], loin de défendre d'une manière générale aux États d'étendre leurs lois et leurs juridictions à des personnes, des biens et des actes hors du territoire, [le droit international] leur laisse à cet égard une large liberté qui n'est limitée que dans quelques cas par des règles prohibitives ; pour les autres cas, chaque État reste libre d'adopter les principes qu'il juge les meilleurs et les plus convenables²¹ ».

En l'espèce, un paquebot français, le *Lotus*, navigant vers Constantinople avait, le 2 août 1926, abordé un cargo charbonnier turc, le *BozKurt*, dans les eaux internationales, coulant ce bateau et entraînant la mort de huit marins et passagers turcs. Le paquebot français sauvait dix autres marins et arrivait à destination le lendemain. Le capitaine du paquebot, M. Demons, était arrêté quelques jours plus tard, jugé et condamné en Turquie et selon les règles pénales turques. La France avait protesté en considérant que le capitaine était français et le bateau sous pavillon français, l'abordage ayant eu lieu en haute mer, dans les eaux internationales, de sorte que la compétence normative et juridictionnelle pour juger l'affaire devait être celle du pavillon, français donc. Elle considérait donc que la compétence juridictionnelle turque exercée était une forme d'extraterritorialité de l'application de ses lois. À l'inverse, la Turquie défendait sa propre compétence juridictionnelle, simplement justifiée par sa souveraineté et la compétence normative qui en résultait, notamment en raison de la nationalité turque des victimes.

L'arrêt de la CPIJ répondait ainsi à plusieurs questions majeures de droit international soulevées dans ce litige. La première est celle de l'étendue de la compétence normative des États au regard des principes, alors naissant, du droit international : sous réserve donc de l'existence d'une règle internationale de *jus cogens*, aucune règle internationale ne fait obstacle à un État de jouer de sa compétence normative comme il l'entend : « chaque État reste libre d'adopter les principes qu'il juge les meilleurs et les plus convenables ». Les limites à cette liberté sont de deux

²¹ CPIJ 7 sept. 1927, *Lotus France c/ Turquie*, série A, n° 10, p. 19. V. H. Walther, *L'Affaire du « Lotus » Ou de l'abordage hauturier en droit pénal international*, Les Éditions internationales, 1928 ; B. Stern, « Quelques observations sur les règles internationales relatives à l'application extraterritoriale du droit », *AFDI* 1986, n° 32, p. 7.

ordres. En premier, cette liberté dans la détermination de sa compétence normative ou juridictionnelle est limitée à son seul territoire : aucune contrainte d'un État ne peut s'exercer sur un autre État (sauf autorisation de celui-ci). La seconde est celle de l'existence de règles impératives internationales, lesquelles ne peuvent être présumées : « les limitations de l'indépendance des États ne se présument pas », ce qui n'est pas très clair, dans la mesure où, en réalité, une assez grande marge d'appréciation de ces règles impératives internationales est possible en raison de ce que « les règles de droit qui lient les États, sont le fruit de leur volonté, dans des conventions ou dans les usages acceptés généralement comme consacrant des principes du droit ». Ces coutumes internationales, y compris de *jus cogens*, ne sont, par hypothèse, pas fixées dans une convention. Le seraient-elles d'ailleurs, que cela ne ferait pas obstacle à leur interprétation, leur réinterprétation, voire leur dénégation complète comme la dégradation de l'ordre international le démontre depuis une quinzaine d'années. Depuis l'arrêt *Lotus*, l'article 53 de la convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités indique qu'est une telle norme de *jus cogens* une norme de droit international considérée comme acceptée et reconnue par la communauté internationale des États en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une norme ultérieure du droit international. En font partie, principalement, les règles qui, peu ou prou, relèvent du droit international humanitaire²², et alors que les sessions de la commission du droit international indiqueraient que la liste qu'elle propose n'est pas exhaustive.

Depuis, dans le cas particulier présenté à la CPIJ, la convention de Montego Bay sur le droit de la mer de 1982, dispose en son article 97 que : « 1. En cas d'abordage ou de tout autre incident de navigation maritime en haute mer qui engage la responsabilité pénale ou disciplinaire du capitaine ou de tout autre membre du personnel du navire, il ne peut être intenté de poursuites pénales ou disciplinaires que devant les autorités judiciaires ou administratives soit de l'État du pavillon, soit de l'État dont l'intéressé a la nationalité » et « [...] 3. Il ne peut être ordonné de saisie ou d'immobilisation du navire, même dans l'exécution d'actes d'instruction, par d'autres autorités que celle de l'État du pavillon²³ ».

14.- L'arrêt *Lotus* fondait donc, d'une part, le principe de souveraineté dont résulte le principe de la libre compétence normative permettant aux États d'adopter des normes y compris disposant d'un effet extraterritorial, à supposer qu'elles ne soient pas

²² V. par ex. D. Carreau, A. Hamann et F. Marrella, *Droit international*, 13^e éd., Pedone, 2022, n° 35.

²³ Par ailleurs, l'opinion n° 7 du juge Morre établissait le fondement de la compétence pénale universelle en matière de piraterie, reprise dans le Code pénal français.

contraires à des règles positives impératives du droit international. Il affirmait, d'autre part, que, dans le cas jugé, il n'existait pas de telle règle internationale interdisant une compétence juridictionnelle pénale extraterritoriale fondée sur la nationalité des victimes (rattachement personnel). Systématiquement citée et souvent critiquée en doctrine, cette décision n'a jamais été remise en cause par une juridiction internationale²⁴.

Les règles du droit international public ajoutent en outre, en cas de difficulté entre États, un principe de coopération. Il en résulte donc trois principes, celui de souveraineté dont découle l'arrêt *Lotus*, celui de non-intervention que ce dernier reprend mais qui résulte également des règles du droit des conflits armés, et le principe de coopération.

Une autre limite, sous forme d'autolimitation, repose sur le fait que tel État ou groupe d'États, déciderait de rejeter l'application extraterritoriale d'un droit interne étranger. C'est sans doute en ce sens qu'il faut interpréter le considérant n° 4 du Règlement de 1996, et non la vaine prohibition internationale, unilatérale, du principe même de cette application internationale. C'est également en ce sens que les autorités judiciaires américaines critiquent, assez largement, l'application extraterritoriale des règles internes américaines chaque fois que cette extraterritorialité n'est pas expressément posée par le législateur²⁵, et ce malgré la pratique des autorités de poursuites américaines, précisément en dehors de tout recours judiciaire. Inversement, affirmer qu'aucune règle française ou européenne n'est d'application extraterritoriale est évidemment une grossière exagération ; sans en faire ici ni la démonstration ni l'inventaire, de très nombreuses règles ont une application internationale, par exemple toutes celles qui concernent l'application du droit de la concurrence, à travers la version, très connue, de la théorie de l'effet, qui est une autre manière d'évoquer une application extraterritoriale, ou encore chaque fois qu'une société commerciale est visée par une règle, en matière de devoir de vigilance ou d'application de sanctions économiques par exemple, les logiques de contrôle d'une filiale renvoient

²⁴ V. H. Ascensio « Étude : l'extraterritorialité comme instrument », préc., n° 6. Il cite le cas de deux requêtes déposées devant la Cour internationale de justice en vue de revenir sur l'arrêt *Lotus*, dans l'affaire du Mandat d'arrêt du 11 avr. 2000 (*République démocratique du Congo c/ Belgique*), où les parties se sont finalement entendues pour ne pas plaider ce point, mais seulement la question des immunités (CIJ 14 févr. 2002) et dans l'affaire concernant certaines procédures pénales engagées en France (*République du Congo c/ France*) sur la base d'une requête du 9 décembre 2002 où le Congo a finalement retiré sa plainte.

²⁵ V. USSC 24 juin 2010, *Morisson v. National Australia Bank Ltd*, 561 U.S. 247. V. aussi D. Mainguy, *Droit de la « guerre atypique »*, op. cit., n° 115.

systématiquement à l'article L. 233-3 du Code de commerce, d'origine européenne, impliquant donc toute filiale, y compris étrangère, contrôlée selon ces règles.

III. - LE FAIT MARITIME ET LA RESOLUTION D'UN CONFLIT DE SOUVERAINETE ARCHIPELAGIQUE

15.- *L'affaire du Sultanat de Sulu.* – L'affaire qui restera sans doute comme celle du *Sultanat de Sulu* est étonnante à plus d'un titre, moins d'ailleurs en ce qu'elle met en œuvre des questions de droit de la guerre sur mer ou de droit maritime que parce que, précisément, il n'en est pas question, à notre connaissance à tout le moins, dans le traitement de cette affaire, alors que le cœur du litige est un différend territorial qui prend sa source sur des considérations archipélagiques aux confins de l'Asie du Sud-Est.

16.- Les faits sont à eux seuls édifiants, par leur nature mais aussi en raison de l'exploitation arbitrale puis judiciaire qui en a été faite. Le « Sultanat de Sulu » est historiquement constitué d'un archipel situé entre l'île de Bornéo²⁶ et l'archipel des Philippines. Il s'est étendu en 1703 à des territoires situés au nord-est de Bornéo, donnés au sultan de Sulu de l'époque par celui de Brunei voisin, en remerciement de son implication dans le combat contre une rébellion, territoire correspondant à l'actuel État de Sabah. À la fin du XIX^e siècle, le consul américain avait obtenu un bail du sultan de Sulu, dont les droits étaient cédés à une société américaine établie à Hong Kong, l'*American Trading Company*, à nouveau cédés au consul d'Autriche-Hongrie à Hong Kong, le baron Gustavus von Overbeck, bail devant prendre fin en 1875. En 1878, un accord avait été conclu entre le sultan de Sulu et le baron von Overbeck mais dont son pays se désintéressait, et M. Alfred Dent reprenait, avec son frère, les droits de ce contrat, créant la *British North Borneo Company* en 1881, tandis que l'État de Bornéo du Nord, correspondant à ce territoire devenait un protectorat britannique en 1888.

L'accord était rédigé en vieux malais et sa qualification juridique, près de cent cinquante plus tard, n'était pas facile, cession ou location. En toute hypothèse, un prix était fixé à 5 000, puis 5.300 ringgits par an, dans un acte de confirmation signé en 1903. Ces deux documents, le contrat litigieux et l'acte de confirmation, ont pour objet l'intégralité du territoire du sultan de Sulu, le gouvernement britannique n'ayant pas, par ailleurs, dénié la souveraineté, alors virtuelle, du Sultanat de Sulu sur les territoires

²⁶ Actuellement divisée en trois États, le Sultanat de Brunei, au nord, la Malaisie également au nord de l'île, et l'Indonésie, au sud.

objets de l'accord de 1878²⁷, ce qui est pour le moins original. Par ailleurs, la souveraineté du Sultanat de Sulu, y compris sur les territoires de Bornéo du Nord, ne faisait pas de difficulté alors²⁸. Toute la question posée ensuite était de savoir si ce contrat était une cession ou un bail, sa durée²⁹, et l'influence éventuelle des aléas affectant ces territoires, qui ne sont pas minces. Par ailleurs, les 5 000 ringgits de l'époque³⁰, comme prix, annuel, du contrat (sorte de rente viagère, de paiement du prix à tempérament indéterminé, loyer non révisable) interrogent : cette somme correspond à 1 000 dollars environ de l'époque, environ 30 000 dollars aujourd'hui, ce qui n'est pas très onéreux pour un territoire gigantesque. Ajoutons que le prix a été payé régulièrement, jusqu'en 2013, sans sourciller, mais également sans demande apparente de renégociation du prix malgré l'exploitation, pétrolière et minière, ostensible du territoire de Sabah, et donc l'accroissement considérable des revenus tirés de ce territoire.

La Grande-Bretagne avait fait de Sabah un protectorat, puis une colonie en 1946, après l'occupation japonaise. Enfin, la Malaisie indépendante en 1963 avait fait du territoire de Sabah, devenu l'État de Sabah, l'un des deux États malais de l'île de Bornéo avec l'État de Sarawak, tandis que le territoire de Sulu devenait philippin. Les sommes dues étaient payées régulièrement y compris par l'État malais, non sans crises : le rattachement de l'État de Sabah à la Malaisie est à l'origine d'un conflit latent avec l'Indonésie. Par ailleurs, les Philippines avaient un temps revendiqué le territoire de Sabah, jusqu'en 1968, en raison du don historique de Sabah au sultan de Sulu, Sulu étant devenu territoire philippin³¹. En outre, une rébellion islamique aux Philippines

²⁷ V. G. Marston, « International Law and the Sabah Dispute », *Australian International Law Review* 1967, p. 103, spéc. p. 104.

²⁸ D'ailleurs de nombreux États, l'Espagne, la France, la Grande-Bretagne, les États-Unis avaient conclu des traités internationaux avec le Sultanat de Sulu avant l'accord de 1878.

²⁹ Ibrahim Bahjin-Shakirullah II, qui ne faisait pas partie des « consorts Kiram », s'est présenté comme le nouveau sultan de Sulu et indiquait que le contrat avait eu une durée de 100 ans.

³⁰ Ou 5 000 dollars mexicains, monnaie ensuite abandonnée et remplacée par le peso.

³¹ V. G. Marston, « International Law and the Sabah Dispute », *Australian International Law Review* préc. Dès 1962, les Philippines avaient émis des prétentions sur ces territoires et, en 1968, le président philippin, F. Marcos, avait fait adopter une loi définissant les limites du territoire des Philippines, incluant l'État de Sabah, sur le fondement de l'accord de 1878 et de l'acte de confirmation de 1903, de la reconnaissance de la souveraineté de Sulu par la Grande-Bretagne, de sorte que la colonie en 1946 ne pouvait être une acquisition de souveraineté, pas davantage que « l'acquisition » par la Malaisie du territoire de Sabah en 1963 : *nemo plus juris* en quelque sorte. Par ailleurs, le sultan de Sulu aurait, en 1958, à la date anniversaire de l'accord de 1878, mis fin à l'accord par une Proclamation restaurant son entière souveraineté (G. Marston, préc., p. 105). La Malaisie se fonde au contraire sur l'accord conclu avec la Grande-Bretagne le 19 juill. 1963 par lequel les colonies britanniques du nord de Bornéo (Sabah), de Sarawak et de Singapour étaient transférées à la Fédération de Malaisie. La question avait

pourrait être considérée comme soutenue par la Malaisie et depuis, la zone de l'Archipel de Sulu est une zone de non droit, notamment l'île de Jolo³². Les choses semblaient donc assez simples : l'État de Sabah est devenu malaisien, tandis que l'Archipel de Sulu, ancien siège du Sultanat de Sulu lequel fut un temps « propriétaire » de Sabah, est devenu philippin.

En février 2013, pourtant, Jamalul Kiram III³³, se considérant comme nouveau sultan de Sulu (prétention contestée par d'autres héritiers du sultan et prétendants au trône, MM. Muedzul Lail Tan Kiram et Abdul Rajak Aliuddin), débarquait avec une centaine d'hommes armés, philippins, des « forces royales de Sulu » sur les côtes est de l'État de Sabah, afin de faire valoir ses « droits » sur le territoire du Sultanat de Sulu. L'opération emportait une puissante réaction des forces armées malaisiennes qui repoussaient « l'invasion » puis déclaraient les « Forces royales de Sulu » comme une organisation terroristes. Des combats ont eu lieu, entraînant près de 80 morts, dont une dizaine des forces malaisiennes, des civiles pris en otage jusqu'à 150 kilomètres dans les terres, des embuscades, etc., des réactions internationales multiples, des cyberattaques conduites contre les télécommunications philippines, auxquelles ont répondu des attaques du groupe *Anonymous* contre des cibles malaisiennes, etc. Un petit conflit armé, donc, avec de nombreuses composantes modernes. Ce qui n'est pas très bien établi, c'est la raison pour laquelle Jamalul Kiram III s'est mis en tête d'attaquer la Malaisie pour faire revivre la « souveraineté » du Sultanat de Sulu sur ce territoire, c'est-à-dire attaquer un État souverain, riche, et constitué seulement de l'effectif de deux compagnies d'infanterie de Marine, ce qui est évidemment très peu pour vaincre un Etat, sinon pour le déstabiliser. Ce qui l'est encore moins, c'est la nature juridique de cette agression : conflit armé, acte de piraterie, de terrorisme ou de banditisme, voire de folie, ou bien action comme *proxy* d'un autre pays, dans le but de déstabiliser la Malaisie, voire la Malaisie et les Philippines.

À la suite de cette tentative d'« invasion », la Malaisie cessait de payer les sommes dues au titre de l'accord de 1878. Des « héritiers du Sultan », tous portant le nom de Kiram, mais sans que les liens avec le chef de l'agression armée, Jamalul Kiram III, décédé depuis, soient très clairs³⁴, apparaissant comme des citoyens philippins,

été très discutée à l'époque, y compris aux Nations unies, la Malaisie hésitant alors à engager une action devant la Cour internationale de justice.

³² Laquelle a reçu une publicité peu flatteuse dans le film *Mayday* de Jean-François Richet dont le principal intérêt est précisément de figurer Jolo comme fond d'écran de ce film d'action très prévisible.

³³ Décédé en oct. 2013 près de Manille, et inhumé comme « Sultan de Sulu ».

³⁴ L'un des auteurs de l'action est cependant le fils de Mohammad Esmail Kiram, le sultan de Sulu qui avait, en 1958, proclamé la fin de l'accord de 1878 et demandé la restitution des territoires. Tous étaient cependant les héritiers de neuf plaignants ayant engagé en 1939 une action devant une

engageaient une procédure d'arbitrage contre la Malaisie, en vue d'obtenir ou bien la restitution des territoires de Sabah ou bien des dommages et intérêts correspondant aux revenus obtenus par l'exploitation du territoire, une sorte d'enrichissement sans cause ou de contrat partiellement non causé, pour la somme de 15 milliards de dollars en compensation de ces profits issus des richesses diverses, pétrolières notamment, du territoire. La demande, toutefois, reconnaissait que la Malaisie considérerait l'État de Sabah comme une partie intégrale de son territoire en vertu de l'accord de 1963, et qu'elle ne serait pas disposée à les « restituer », de quelque manière que ce soit, quand bien même les consorts Kiram ne renonçaient pas à leur prétention souveraine sur ces territoires, de sorte qu'ils demandaient finalement une réparation, à hauteur donc de 15 milliards de dollars. La Malaisie refusait de participer à cet arbitrage, dès le départ.

17.- La possibilité même d'un arbitrage était fondée sur une clause de l'accord de 1878, renvoyant de manière floue au consul britannique de Bornéo à Brunei, territoire voisin, en cas de litige, clause considérée par les consorts Kiram comme une convention d'arbitrage, valide et efficace. La question n'était pas évidente. L'accord était rédigé en jawi, du vieux malais écrit en caractères arabes, et la clause était sujette, une fois traduite, en anglais, en français ou en espagnol, à des différences notables³⁵. Pourtant les consorts Kiram devaient y croire ou faire semblant d'y croire. Ils avaient, en 2017, indiqué vouloir engager une procédure d'arbitrage d'investissement sur le fondement d'un accord d'investissement de l'ASEAN, puis, y ayant renoncé, ont formulé une demande de désignation d'une « personne » pour connaître du litige, devant le ministère des affaires étrangères britannique pour respecter l'esprit sinon la lettre de la convention d'arbitrage, les autorités britanniques décidant sagement de

juridiction de Bornéo du Nord visant à voir reconnaître leur qualité d'héritiers du sultan de Sulu et leur droit à percevoir le paiement du prix de l'accord de 1878. L'un, Fuad A. Kiram, est considéré comme terroriste par la Malaisie pour ses liens avec les Forces royales de Sulu. La Malaisie se demande même si, à part ce dernier, les demandeurs sont même des personnes réelles.

³⁵ Une première traduction, soumise par les demandeurs, indiquait : « En outre, si par la suite survenait un litige, quelque contestation entre nous, nos héritiers et nos successeurs, avec le seigneur Gustab(u)s baron de Uberbek ou sa compagnie, nous, d'entre les deux parties, irions soumettre cette affaire à l'examen et à la décision du consul général de sa majesté la reine en pays de Brunei. » Une autre, fournie par la Malaisie, en anglais : « *Should there be any dispute, or reviving of all grievances of any kind, between us, and our heirs and successors, with Mr. Gustavus Baron de Overbeck or his Company, then the matter will be brought to the consideration or judgment of Their Majesties' Consul-General in Brunei* » ; une autre encore : « *If there should arise any future dispute owing to altercations or disagreements between ourselves and our heirs and successors, and Mr Gustavus Baron de Overbeck or his company, then we, for both parties, will submit the matter to consideration and views of Her Majesty's Consul General in Brunei* » ; ou encore une traduction anglaise réalisée en 1878 : « *If, in the future, any dispute shall arise between us, our heirs and successors, and Gustavus Baron de Overbeck, or his Company, we both will refer it for the decision and judgment of the Queen's Consul-General in Brunei.* »

décliner et de s'en tenir à l'écart. Les consorts Kiram saisissaient ensuite, en 2018, un juge d'appui à Madrid, invoquant les liens historiques entre l'Espagne et Sulu, parce que ce territoire aurait été, en 1878, sous souveraineté espagnole (non sans souci de contradiction si la souveraineté de Sulu était alors, en même temps établie). La Malaisie faisait défaut, considérant qu'elle n'avait pas été régulièrement assignée, et le juge désignait un arbitre unique en 2019. L'arbitre désigné, M. Gonzalo Stampa (après tirage au sort parmi trois candidats identifiés), arbitre reconnu du monde madrilène de l'arbitrage, rendait une sentence partielle sur sa compétence, à Madrid le 25 mai 2020. Cette sentence partielle reconnaissait cette compétence, en raison d'un principe de *favor arbitratis* reconnu par le droit espagnol de l'arbitrage, décidait que le droit espagnol de l'arbitrage régirait la procédure, fixait le siège de l'arbitrage à Madrid, décidait qu'il avait été régulièrement désigné, que la clause d'arbitrage était valable et que cet arbitrage était un arbitrage *commercial* international, où les Principes Unidroit devaient s'appliquer comme reflet de la *lex mercatoria*, mais également que l'accord était une « cession », y revenant finalement après une demande de rectification pour indiquer que la sentence ne préjudiciait pas de la qualification finale, au fond, de l'accord.

La Malaisie obtenait cependant l'annulation de toute la procédure, en raison du non-respect des règles de signification de l'assignation aux États étrangers, par une décision du Tribunal supérieur de Madrid du 29 juin 2021, qui annulait la désignation de M. Stampa, faisait défense à l'arbitre de continuer cet arbitrage et considérait la procédure comme étant éteinte, car dépourvue d'objet ; plus tard des poursuites pénales étaient engagées en Espagne contre M. Stampa, déclenchant une *bronca* générale du milieu arbitral espagnol et sud-américain.

Les héritiers du Sultan entamaient un recours devant la Cour constitutionnelle espagnole et, surtout, obtenaient, le 29 septembre 2021, l'*exequatur* en France de la sentence partielle sur la compétence, de sorte qu'ils demandaient à l'arbitre de déplacer le siège de l'arbitrage à Paris, ce qu'il décidait, par une ordonnance de procédure considérant que l'ordonnance d'*exequatur* français « ratifiait » sa procédure et que les demandeurs étaient, en Espagne, soumis à un risque de déni de justice, permettant la poursuite de la procédure, malgré l'obtention, par la Malaisie, d'une ordonnance de suspension des effets de l'*exequatur*, le 16 décembre 2021, finalement rétractée par une ordonnance du 10 juin 2022.

Cette séquence a beaucoup été discutée : l'*exequatur* de la sentence partielle en France ne pose *a priori* aucune difficulté. En premier, la sentence partielle sur la compétence n'avait pas été annulée par le juge de sa validité, alors encore le juge espagnol ; ce qui avait été annulé c'était la décision du juge d'appui espagnol de désignation de l'arbitre. L'annulation de sa désignation n'emporte pas, *par conséquence*

nécessaire, celle de la sentence partielle, qui comprend deux séquences processuelles bien distinctes. Par ailleurs, à supposer que la sentence sur la compétence ait été annulée en Espagne, la jurisprudence française, depuis la jurisprudence *Norsolor-Hilmarton-Putrabali*, entre 1984 et 2007, valide la faculté d'obtenir l'*exequatur* de la sentence annulée à l'étranger, la sentence étant considérée comme une décision de justice internationale, non exclusivement localisée sur un for, le for espagnol en l'espèce.

18.- La sentence finale du 28 février 2022 condamnait la Malaisie à verser 14,92 milliards de dollars aux héritiers du sultan de Sulu, sur le fondement de l'impossible restitution des territoires *loués*, la Malaisie étant considérée comme ayant violé ses obligations contractuelles. Un recours en annulation a été engagé par la Malaisie devant la cour d'appel de Paris ; elle a en outre obtenu du conseiller de la mise en état de la cour d'appel la suspension provisoire des effets de l'ordonnance d'*exequatur* en France de la sentence finale³⁶, en deux temps, car l'exécution immédiate de la sentence serait de nature à « léser gravement les droits de la Malaisie », et invoquant le « caractère sensible » de l'affaire, ne serait-ce que parce que les Philippines ne reconnaissent pas le caractère malais de ces territoires. La cour d'appel de Paris a rendu le même jour une autre ordonnance d'arrêt d'exécution fondée sur le caractère financièrement irréversible de l'exécution de la sentence, d'ailleurs commencée.

Sur le recours engagé contre l'ordonnance d'*exequatur* de la sentence partielle sur la compétence, elle décidait, le 6 juin 2023³⁷, que la convention d'arbitrage était établie, malgré la grande difficulté de son interprétation, mais que la désignation du consul général britannique à Bornéo rendait la clause caduque et ce, depuis 1946, date à laquelle la Grande-Bretagne était devenue partie au contrat, en 1946, et manquait donc d'indépendance au sens du droit de l'arbitrage pour trancher ce litige, rendant la clause compromissaire caduque. Depuis, un pourvoi a été engagé contre cet arrêt, ainsi qu'une action en annulation contre la sentence finale devant la cour d'appel de Paris, celle-ci ayant sursis à statuer, le 9 janvier 2024 en attendant l'arrêt de la Cour de cassation. En outre, des procédures contre l'*exequatur* de la sentence aux Pays-Bas, et l'arrêt de mesures d'exécution prises contre des biens diplomatiques malaisien en

³⁶ Paris, ord., 10 juin 2022, *Malaisie*, n° 22/7044 ; Paris, ord., 12 juill. 2022, *Malaisie*, n° 22/04007, *D. actu.* 28 oct. 2022, obs. J. Jourdan-Marques, *D.* 2022. 2345, obs. T. Clay ; Paris, 14 mars 2023, n° 22/14386.

³⁷ Paris 6 juin 2023 (Sultan de Sulu), n° 21/21386 ; *JCP G* 2023, 829, note D. Mainguy ; *Cab. Arb.* 2023, n° 3, note J. Jourdan-Marques ; *D. actu.* 11 sept. 2023, obs. J. Jourdan-Marques ; *JCP* 2023.1254 § 4, obs. P. Giraud ; *Gaz. Pal.* 31 oct. 2023, p. 6, obs. L. Larribère, *D.* 2023, p. 2278, obs. Th. Clay.

France ont été engagées, tandis que le 22 décembre 2023, le tribunal pénal de Madrid a condamné M. Stampa à six mois d'emprisonnement et à une interdiction d'exercer la profession d'arbitre pendant un an en raison de sa désobéissance consciente et flagrante à des décisions et des ordres clairs du Tribunal supérieur de justice de Madrid.

19.- L'arrêt de la cour d'appel de Paris du 6 juin 2023 n'a cependant pas poursuivi l'examen des autres chefs d'annulation soulevés, dont la régularité de la composition du tribunal arbitral et, surtout, la conformité de la sentence à la conception française de l'ordre public international.

La qualification retenue de l'accord de 1878, en premier, posait difficulté. La sentence finale le décrit comme un *bail international commercial privé*, ce qui est, pour le moins, une qualification hardie. L'accord de 1878 a été conclu entre le titulaire de la souveraineté sur un territoire, le sultan de Sulu, qui était la personnification de l'État avec une entité privée. Cen quarante ans plus tard, le litige était engagé, sur le fondement du même contrat, après de très nombreux bouleversements juridiques, par des entités privées (héritiers supposés du sultan de Sulu signataire) et un État ayant recueilli la souveraineté sur ce même territoire, internationalement reconnue. Décrire cet accord, en 1878 ou en 2022, comme un *contrat commercial privé*, de bail ou de vente, est donc pour le moins osé. En 1878, le contexte juridique et politique était particulier : le droit international public était balbutiant, fait essentiellement de traités bilatéraux, le plus souvent dans un domaine militaire, et de coutumes internationales plus ou moins bien décrites. Dans le même temps, la pratique des traités inégaux, notamment en Asie du Sud-Est, florissait³⁸ notamment pour obtenir des concessions territoriales, pour une durée plus ou moins longue. Sans doute l'Accord de 1878 n'est pas considéré, dans l'histoire des traités inégaux, comme tel, mais il y ressemble beaucoup, en raison de la concession territoriale et de son caractère économiquement déséquilibré, manifestement.

20.- Une première manière de tenter de résoudre ce litige aurait pu être de considérer le litige comme un litige d'investissement, sur le fondement d'une sorte de contrat de concession de territoire et de « souveraineté », ouvrant éventuellement un arbitrage d'investissement. Telle semble être d'ailleurs la première initiative des consorts Kiram,

³⁸ Entre 1841 et 1933, pas moins de 39 de ces traités furent imposés à la Chine par la Grande-Bretagne, la Russie, les États-Unis, la Russie, l'Allemagne, l'Espagne, le Portugal, l'Italie, les Pays-Bas et le Japon, 21 à la Corée (par les mêmes pays, plus le Danemark, l'Autriche-Hongrie et la Chine), 7 furent imposés au Japon par les États-Unis, la Grande-Bretagne, la France, les Pays-Bas et la Russie, mais encore au Népal, au Tibet, au Siam, au Vietnam.

qui y ont certainement renoncé en raison de la difficulté liée à ce que la plupart des conventions internationales en la matière, qu'il s'agisse de conventions régionales, du type du droit de l'Union européenne, ou de traités bilatéraux d'investissements, sont toutes postérieures à l'accord de 1878, étant entendu que l'ASEAN est un traité de coopération mutuelle (prévoyant la conciliation, la médiation ou l'arbitrage comme mode de résolution des différends). Encore aurait-il fallu considérer que le « concessionnaire », désormais l'État malais, avait réalisé un investissement sur le territoire de l'État de Sulu, devenu philippin, le « concédant » présumé étant une personne privée : un arbitrage d'investissement à l'envers. Par ailleurs, la jurisprudence récente en matière de compétence *ratione temporis* propose des solutions en matière d'application anticipée de ces accords. L'affaire *Oschadbank* a été l'occasion d'un arrêt de la Cour de cassation, censurant la cour d'appel de Paris, à propos d'une sentence arbitrale reposant sur un litige entre la banque ukrainienne en question, héritière du démantèlement d'un établissement public de l'URSS, en 1991, et la Russie, à la suite de l'invasion de la Crimée en 2014, alors que le traité bilatéral d'investissement conclu entre la Russie et l'Ukraine s'appliquait aux investissements engagés après le 1^{er} janvier 1992³⁹ : la Cour de cassation censurait l'arrêt d'appel qui avait annulé la sentence au motif de l'incompétence *ratione temporis* du tribunal arbitral car les investissements étaient antérieurs au 1^{er} janvier 1992, estimant que les juges d'appel auraient dû se contenter de vérifier si le tribunal arbitral était compétent pour les litiges postérieurs au 1^{er} janvier 1992 car l'article 1^{er} du Traité ne comportait aucune restriction dans le temps, « 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, a violé le texte susvisé ». Si la date du traité compte moins que celle du litige, il demeure que, ici, il n'existe pas de traité bilatéral d'investissement entre la Malaisie et les Philippines, qui aurait permis d'accueillir un tel litige (à supposer qu'un tel traité ait été antérieur au litige et que le siège de l'arbitrage ait été situé en France).

21.- Une autre solution aurait été de considérer ce litige comme un litige interétatique, entre la Malaisie et les héritiers du dépositaire de la souveraineté sur « l'État » de Sulu. À supposer cette présentation valide, de nombreuses issues s'offraient alors, sur le fondement du traité ASEAN, sur celui de la Charte des Nations unies et le recours à la

³⁹ Civ. 1^{re}, 7 déc. 2022, *Oschadbank c/ Russie*, n° 21-15.390, *Rapport annuel 2022*, p. 184, *JDI* 2023. 592, note M. Audit, *D. actu.* 9 janv. 2023, obs. J. Jourdan-Marques, *Gaz. Pal.* 16 mai 2023, p. 20, obs. L. Larribère, *D.* 2023, p. 2278, obs. T. Clay. V. aussi Paris, 21 févr. 2023, *Mehta c/ Uruguay*, n° 20/13899, *Rev. arb.* 2023. 679, note L. Fadlallah, *Gaz. Pal.* 16 mai 2023, p. 22, obs. L. Larribère, *D. actu.* 30 mai 2023, obs. J. Jourdan-Marques ; Paris, 26 sept. 2023, *Venezuela c/ Air Canada*, n° 21/20965, *D. actu.* 13 nov. 2023, obs. J. Jourdan-Marques (à propos de la licéité de l'investissement, indépendante de l'offre permanente d'arbitrage).

Cour internationale de justice, sur le fondement, éventuel, de la convention sur le droit de la mer de 1982, ouvrant alors la possibilité d'un arbitrage administré par la Cour permanente d'arbitrage.

22.- Une dernière manière eût consisté à tenir compte du fait initial du litige, à savoir une attaque du territoire par une partie non-conventionnelle, un conflit armé entre une partie, un groupe structuré se réclamant de l'État de Sulu, commandé par un prétendant à l'héritage du sultan signataire de l'accord de 1878 et la Malaisie, agressée en 2013. Le recours à un arbitrage en la matière est plus complexe à imaginer : en effet, les règles du droit de la guerre, dans le cadre de la convention de La Haye de 1899 et de 1907 proposaient un arbitrage, facultatif cependant, notamment sur le fondement du règlement d'arbitrage décidé dans la convention IV de La Haye devant la Cour permanente d'arbitrage de La Haye. Ces conventions sont toujours en vigueur, même si leur portée est très largement éclipsée par les conventions de Genève de 1949, et si ces conventions ne sont plus mentionnées par la Cour permanente d'arbitrage comme relevant de son champ de compétence, sans doute en raison du caractère *facultatif* de l'offre d'arbitrage de ces conventions. Pour autant, le tribunal militaire de Nuremberg avait constaté qu'en 1939, les règles énoncées dans la convention de La Haye de 1907 étaient reconnues par toutes les nations civilisées et étaient considérées comme déclaratoires des lois et coutumes de la guerre. En vertu de cette décision d'après-guerre, un pays n'avait pas besoin d'avoir ratifié la convention de La Haye de 1907 pour être lié par celle-ci⁴⁰. La Cour permanente d'arbitrage a par ailleurs adopté en 1993 un nouveau « Règlement facultatif pour l'arbitrage des différends entre deux parties dont l'une seulement est un État », remplaçant le précédent datant de 1962, et en 2001 un « Règlement facultatif pour l'arbitrage de différends relatifs aux ressources naturelles et/ou à l'environnement ».

La difficulté tenait en l'espèce au fait que la Malaisie ne souhaitait pas participer à cet arbitrage et donc aurait vraisemblablement refusé l'offre d'arbitrage proposée par les consorts Kiram. Peut-être aurait-il fallu, plutôt que de désigner un arbitre unique,

⁴⁰ « [...] it is argued that the Hague Convention does not apply in this case, because of the "general participation" clause in Article 2 of the Hague Convention of 1907. That clause provided: "The provisions contained in the regulations (Rules of Land Warfare referred to in Article 1 as well as in the present Convention do not apply except between contracting powers, and then only if all the belligerents are parties to the Convention." Several of the belligerents in the recent war were not parties to this Convention. In the opinion of the Tribunal it is not necessary to decide this question. The rules of land warfare expressed in the Convention undoubtedly represented an advance over existing international law at the time of their adoption. But the Convention expressly stated that it was an attempt "to revise the general laws and customs of war", which it thus recognised to be then existing, but by 1939 these rules laid down in the Convention were recognised by all civilised nations, and were regarded as being declaratory of the laws and customs of war which are referred to in Article 6 (b) of the Charter. »

désigner deux arbitres et, pour le troisième s'en remettre à l'accord des parties ou, à défaut, saisir le juge d'appui français pour assurer ce rôle, compétent *in fine* de manière universelle lorsqu'il existe un risque de déni de justice, lequel commence à devenir une réalité. L'article 1505 du Code de procédure civile dispose en effet que « En matière d'arbitrage international » quel que soit, *a priori*, le type d'arbitrage, le juge d'appui de la procédure arbitrale est, sauf clause contraire, le président du tribunal judiciaire de Paris lorsque, notamment « 4^o l'une des parties est exposée à un risque de déni de justice ». La question est importante : après l'affaire *NIOC c/ Israël*, en 2001, où les règles du droit français de l'arbitrage international avaient permis la constitution d'un tribunal arbitral pour le moins difficile à défaut, la France, avait été considérée comme « la terre d'asile de l'arbitrage⁴¹ ». La cour d'appel avait alors considéré que « le juge français peut intervenir en cas de déni de justice avéré à l'étranger ; qu'en effet, le droit pour une partie à une convention d'arbitrage de voir soumettre ses prétentions à une juridiction arbitrale est 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 », formule universelle que la Cour de cassation avait cependant alléguée en 2005 en ajoutant l'exigence, ou les circonstances, d'un lien de rattachement, « même ténu » avec la France, assez difficile à identifier ici⁴². Il n'est donc pas impossible que, sauf à identifier des solutions nouvelles, par exemple inspirées de ces réflexions, cette affaire aboutisse ou bien à un immense déni de justice, quand bien même les chances de succès des consorts Kiram seraient extrêmement faibles, ou bien une gigantesque escroquerie à l'arbitrage, si les prétendus héritiers n'existent, en fait, pas, comme le soupçonne la Malaisie⁴³.

⁴¹ Paris, 29 mars 2001, *Nioc*, *Rev. arb.* 2002. 487, note P. Fouchard, *RTD com.* 2001. 651, obs. E. Loquin, *JDI* 2002. 498, note D. Cohen.

⁴² Sur pourvoi : Civ. 1^{re}, 1^{er} févr. 2005, *Rev. arb.* 2005. 695, note H. Muir Watt, *JCP* 2005. I. 134, n^o 4, note J. Béguin, *JCP E* 2005. II. 447, note G. Kessler, *D.* 2005. 2727, note S. Hotte, *D.* 2005. Pan. 3054, obs. T. Clay, *RTD com.* 2005. 266, obs. E. Loquin : « l'impossibilité pour une partie d'accéder au juge, fût-il arbitral, chargé de statuer sur sa prétention, à l'exclusion de toute juridiction étatique, et d'exercer ainsi un droit qui relève de l'ordre public international consacré par les principes de l'arbitrage international et l'article 6.1 de la Convention européenne des droits de l'homme, constitue un déni de justice qui fonde la compétence internationale du président du tribunal de grande instance [judiciaire] de Paris, dans la mission d'assistance et de coopération du juge étatique à la constitution d'un tribunal arbitral, dès lors qu'il existe un rattachement avec la France ».

⁴³ Cf. D. Mainguy, « Entretien avec Mme Azalina Othman, Ministre du département du Premier Ministre (droit et réforme institutionnelle) de la Malaisie : l'utilisation des règles de droit dans un contexte de guerre « atypique » : l'exemple de l'affaire du *Sultanat de Sulu*, *JCP, E* 2024, à paraître.