



HAL
open science

L'applicabilité des traités bilatéraux d'investissement dans les zones contestées

Andreas Kallergis

► **To cite this version:**

Andreas Kallergis. L'applicabilité des traités bilatéraux d'investissement dans les zones contestées. Journal du droit international (Clunet), 2022, 3, pp.825-857. hal-03958151

HAL Id: hal-03958151

<https://hal.science/hal-03958151>

Submitted on 2 Feb 2024

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

L'applicabilité des traités bilatéraux d'investissement dans les zones contestées

par **Andreas Kallergis**

Maître de conférences à l'Université Panthéon-Sorbonne

Si l'application des traités bilatéraux d'investissement par les tribunaux arbitraux offre à l'investisseur étranger un cadre de protection relativement homogène et soulève des questions de droit international économique et de droit international général¹, leur applicabilité à des investissements réalisés dans des espaces dont le titre territorial est contesté ou revendiqué soulève des questions touchant au droit international coutumier, au droit des traités, au droit du contentieux international, à la délimitation des frontières, voire à la succession d'États en droit international. Elle interroge l'identification du traité susceptible de protéger les investissements réalisés dans une telle zone avant de conditionner la compétence du tribunal arbitral saisi d'un différend relatif à ces investissements.

D'abord, l'identification du traité d'investissement applicable en zone contestée exige de définir le champ d'application de ce type de traités ainsi que du ou des traités éventuellement applicables au cas par cas. L'analyse révèle un décalage entre la définition du territoire qui sert de support à la souveraineté territoriale de l'État et du « territoire » tel que défini dans le champ d'application spatial des traités bilatéraux de protection des investissements. En effet, ces traités définissent souvent l'espace au sein duquel les investissements étrangers sont protégés par une référence tautologique au « territoire » de l'État, voire, parfois, par une définition fonctionnelle étendant la protection conventionnelle aux zones auxquelles l'État exerce « sa souveraineté, des droits souverains ou sa juridiction »². Couplée avec la grande diversité des situations qui peuvent correspondre à une « zone contestée » ou à un « territoire contesté », cette définition elliptique du territoire dans les traités d'investissement permet d'envisager leur applicabilité y compris dans des situations où l'État lié par un tel traité n'est pas souverain sur le territoire qu'il contrôle et qui accueille des investissements étrangers. Tel est le cas des traités d'investissement conclus par la Russie par rapport au territoire de la Crimée, depuis 2014, ou à celui d'autres régions ukrainiennes sous contrôle russe, depuis 2022. Dans le même temps, l'applicabilité des traités de même nature conclus par l'État souverain sur la zone contestée — l'Ukraine, dans l'exemple précédent — reste théoriquement possible. A cet égard, il convient de préciser si l'obligation de non-reconnaissance des situations internationalement illégales est susceptible d'empêcher l'applicabilité d'un traité bilatéral d'investissement pour protéger des investissements étrangers dans une zone où l'État signataire de ce traité n'est pas souverain.

¹ V. par ex. les chroniques annuelles de P. Jacob, F. Latty et A. de Nanteuil, « Arbitrage transnational et droit international général », publiées dans *l'Annuaire français de droit international*.

² Traité bilatéral d'investissement (ci-après TBI) France-Colombie du 10 juil. 2014 (en vigueur depuis le 14 oct. 2020), article 1, §4.

Ensuite, l'applicabilité des traités bilatéraux d'investissement dans une zone contestée soulève des problèmes qui ont trait à la compétence du tribunal arbitral saisi du différend par l'investisseur qui s'estime lésé. Les attributions du tribunal arbitral constitué par l'effet d'un traité d'investissement concernent la seule protection des investissements et non le règlement de différends territoriaux. D'une part, le traité d'investissement peut être inapplicable en zone contestée au regard de la compétence *ratione materiae* du tribunal. Certes, la question territoriale sous-jacente au différend d'investissement paraît intuitivement comme une condition préalable à la résolution de ce dernier — elle constitue en tout cas une question qui ne lui est pas étrangère³. Est-elle pour autant indispensable au règlement du différend d'investissement ? D'autre part, à la lumière de la jurisprudence *Or monétaire*⁴, il convient de définir les conséquences de l'absence à l'instance ouverte devant le tribunal arbitral d'investissement d'un des Etats impliqués au différend territorial sous-jacent. Est-ce que l'absence de la partie non visée par la procédure ouverte par l'investisseur ou la défaillance de la partie défenderesse visée par cette procédure est susceptible de faire échec à la compétence *ratione personae* du tribunal arbitral ?

Ces questions ne sont pas purement théoriques, mais se posent avec acuité dans la pratique de l'arbitrage d'investissement. Bien que les réponses à ces questions relèvent d'une interprétation contingente, et donc relative, des traités bilatéraux d'investissement par les tribunaux arbitraux, elles n'en illustrent pas moins l'idée que l'applicabilité des traités bilatéraux d'investissement en zone contestée déborde largement le champ du droit international économique pour intéresser le droit international général.

La présente étude entend ainsi *identifier* le traité pertinent pour la protection des investissements en zone contestée (I), avant d'apprécier *les écueils à la compétence* (II) du tribunal arbitral saisi des demandes de réparation des investisseurs qui s'estiment lésés.

I — IDENTIFIER LE TRAITE APPLICABLE

L'identification du traité bilatéral d'investissement applicable dans une zone contestée exige de définir l'étendue du concept de territoire dans les traités bilatéraux d'investissement (A) avant d'envisager l'applicabilité de différents traités qui ont trait à ce territoire (B).

A — Définir le territoire

L'identification du traité d'investissement applicable à un différend relatif à la protection des investissements étrangers dans une zone contestée exige la définition du concept de « territoire » dans les traités bilatéraux d'investissement (1). Elle impose ensuite d'établir une typologie des situations susceptibles de correspondre à la notion de « zone contestée », au sein de laquelle un ou plusieurs traités bilatéraux

³ CIJ, arrêt sur la compétence de la cour, 19 déc. 1978, *affaire du plateau continental de la mer Égée (Grèce c. Turquie)*, Rec. p. 3, spéc. § 84.

⁴ CIJ arrêt (question préliminaire), 15 juin 1954, *Affaire de l'or monétaire pris à Rome en 1943 (Italie c. France, Royaume-Uni et États-Unis)*, Rec. 1954, p. 19.

d'investissement conclus par les entités qui présentent des assertions territoriales ont vocation à produire leurs effets (2).

1 — Le « territoire » d'application des traités d'investissement

Le champ d'application spatial des traités bilatéraux d'investissement se limite au « territoire » des États contractants et fixe les contours de la protection des investissements des ressortissants des deux États contractants⁵. Cette condition impose en principe au tribunal arbitral saisi d'un différend relatif à la protection des investissements en zone contestée d'apprécier si le territoire litigieux est soumis à la compétence territoriale de l'État défendeur, avant d'apprécier sa compétence pour résoudre le différend relatif aux investissements⁶. Ainsi, la qualification d'un espace comme ne faisant pas partie du territoire de l'État — au sens du traité — devrait conduire à la soustraction du différend à la compétence du tribunal arbitral⁷.

La « territorialité » des investissements peut par ailleurs être conditionnée à des considérations relatives au *champ d'application personnel et matériel* du traité. Celles-ci sont concrétisées par l'inclusion d'une exigence d'un lien de rattachement territorial dans les stipulations du traité relatives à la définition de l'*investisseur* ou de l'*investissement* protégés⁸. Cette qualification peut par ailleurs être le produit de la définition de la compétence de l'organe habilité à résoudre les différends soulevés par l'interprétation de l'engagement⁹. Ainsi, la définition du « territoire » dans les traités d'investissement peut être effectuée, de manière alternative ou cumulative, dans des clauses conventionnelles différentes¹⁰. Cette définition réelle, personnelle, matérielle, voire procédurale, du « territoire » se présente comme le corollaire, pour la partie privée, de la soumission à l'autorité législative, exécutive et judiciaire de l'État d'accueil des investissements, qui implique pour elle l'exposition au « risque souverain »¹¹. En

⁵ V. par ex. art. 1, §1, TBI Russie/Ukraine du 27 nov. 1998 ; TBI Espagne-Venezuela du 2 nov. 1995, art. II. Dans une dimension multilatérale, v. accord ALENA (1994-2020), art. 1101, §1 et accord ACEUM (2020-), chap. 14, art. 14 ; Traité sur la charte d'énergie, art. 1, §10.

⁶ P. Tzeng, « Investments on Disputed Territory: Indispensable Parties and Indispensable Issues », *Brazilian Journal of International Law*, vol. 14, 2017, p. 121-138, spéc. p. 122-123.

⁷ R. Happ, S. Wuschka, « *Horror Vacui*: Or Why BITs Should Apply to Illegally Annexed Territories », *Journal of International Arbitration*, 2016, p. 245-268, p. 251.

⁸ V. par ex. TBI Espagne/Venezuela du 2 nov. 1995, art. I, 1, §2 ; TBI Union belgo-luxembourgeoise/Venezuela du 6 déc. 2007, art. 1, §2 ; TBI Russie/Moldavie du 17 mars 1998, art. 1, §2 ; TBI Australie-Inde du 26 févr. 1999, art. 1, §c ; TBI Autriche/République tchèque du 15 oct. 1999, art. 1, §1 ; TBI Italie/Lituanie du 1^{er} déc. 1994, art. 1, §1 ; TBI Argentine/États-Unis du 14 nov. 1991, art. I, §1, a ; modèle de TBI autrichien de 2008, art. 1, §2 ; chinois, art. 1, §1 ; canadien, art. 1 ; colombien, modèle IIA, art. 1, §2 ; allemand, 2009, art. 1, §1 ; italien, 2003, art. 1, §1 ; coréen, 2001, art. 1, §1 ; lituanien, art. 1, §1 ; néerlandais, art. 1 ; russe, art. 1, b ; singapourien, art. 1 ; TBI Suisse-Chine, art. 1, §1 ; britannique, 2008, art. 1, a.

Il peut exister toutefois des traités de promotion et de protection des investissements qui n'incluent pas un tel rattachement territorial dans la définition de l'investisseur ou de l'investissement, à l'instar du Traité sur la charte de l'énergie de 1994.

⁹ V. par ex. Traité de la charte sur l'énergie du 17 déc. 1994, art. 26.

¹⁰ A. de Nanteuil, *Droit international de l'investissement*, Pedone, 3^e éd., 2020, §5.026.

¹¹ Z. Douglas, « Property, Investment and the Scope of Investment Protection Obligations », in Z. Douglas, J. Pauwelyn, E. Vinuales, *The Foundations of International Investment Law: Bringing Theory into Practice*, OUP, 2014, p. 363-404, spéc. p. 384-385.

fonction de la situation, le tribunal arbitral peut alors se déclarer incompétent pour connaître un différend en considération du défaut de lien d'un investissement avec le territoire d'un État autre que celui de la nationalité de l'investisseur¹².

Lorsque la définition du territoire ne se résume pas à une tautologie, selon laquelle le traité s'applique sur le « territoire » des États contractants, le traité peut inclure une définition plus développée, qui prend souvent la forme suivante : « Aux fins du présent accord [...] le terme “territoire” désigne le territoire des parties contractantes, y compris la mer territoriale, ainsi que le plateau continental sur lequel l'État concerné exerce, conformément au droit international, des droits souverains et sa juridiction [i.e. compétence] »¹³. Cette définition générique du territoire n'est pas d'emblée problématique lorsque le champ d'application du traité coïncide avec l'espace sur lequel l'État détient un titre territorial.

D'autres traités d'investissement incluent toutefois des définitions plus précises du territoire. Celles-ci peuvent inclure un renvoi à la définition du territoire au droit interne des États contractants ou même au droit international. Par exemple, le traité entre la France et la Colombie stipule qu'il « [...] 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 »¹⁴.

Si cette dernière définition paraît plus claire, la majorité des traités bilatéraux d'investissement rendus publics et actuellement en vigueur semblent inclure plutôt la définition elliptique du territoire, évoquée plus haut¹⁵. Dans le même temps, ceux qui définissent le territoire par un renvoi au droit interne ou au droit international ou par une liste des espaces terrestres ou assimilés au sein desquels le traité est voué à produire

¹² V. l'opinion dissidente de G. Abi Saab, arbitre, dans l'affaire *Abaclat* concernant l'achat de titres de dette souveraine argentine. En l'absence de lien territorial avec l'Argentine, l'arbitre qualifie cette opération comme n'étant pas un investissement couvert ou protégé par la Convention de Washington du 18 mars 1965 ou par le traité bilatéral d'investissement Argentine-Italie, invoqué ici (*Abaclat et autres c. République d'Argentine*, CIRDI n° ARB/07/05, opinion dissidente, 28 oct. 2011). Rapp. A. Reinisch, « Investment Disputes and their Boundaries », in SFDI, *Droit des frontières internationales*, Journées franco-allemandes de Louvain-la-Neuve, Pedone, 2016, p. 207-230, p. 210.

¹³ Art. 1 §4, TBI Slovaquie/Roumanie du 3 mars 1994. Le terme « juridiction », faux ami de la *jurisdiction* en anglais, ne signifie rien d'autre que la compétence de l'État.

¹⁴ TBI France/Colombie du 10 juill. 2014, art. 1, § 4.

¹⁵ V. la liste mise en ligne sur le site internet de la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED) [investmentpolicy.unctad.org]

des effets sont minoritaires, même si une tendance à la hausse concernant une définition plus élaborée du territoire peut être remarquée¹⁶.

De cette observation du champ d'application des traités bilatéraux d'investissement ressort ainsi une distinction entre le territoire-support de la souveraineté étatique et le territoire-champ d'application spatial d'une norme, en l'occurrence celle concrétisée dans un engagement international. Si, en principe, le premier espace est *a priori* inclus dans le champ d'application des engagements conclus par un État, les espaces au sein desquels l'État exerce un contrôle effectif, sans toutefois disposer d'un titre territorial, ne peuvent pas être d'emblée exclus du fait de cette seule condition. Cette définition du champ d'application spatial des traités bilatéraux d'investissement peut être rapprochée de celle de la portée spatiale des traités internationaux selon l'article 29 de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969. Si la Convention envisage *a priori* l'étendue de l'*effet obligatoire* des traités sur le territoire des États signataires¹⁷, elle n'exclut toutefois pas l'*application* des engagements internationaux sur des espaces qui ne coïncident pas avec le territoire étatique.

2 — Définir la «zone contestée»

L'appréciation de la compétence du tribunal arbitral par rapport à un différend relatif à des investissements étrangers dans le cadre des traités d'investissement, avant d'exiger l'identification du traité applicable, oblige à envisager les différentes hypothèses de différend territorial qui peuvent avoir une incidence sur la protection des investissements étrangers.

La notion de zone contestée n'est pas univoque. Il s'agit, en premier lieu, de zones sur lesquelles deux entités territoriales revendiquent un titre territorial, tout en n'y exerçant aucun contrôle effectif, à l'image des différends opposant la Chine et Taiwan, ceux entre la Corée du Nord et la Corée du Sud, ou encore certains différends de délimitation maritime. À s'en tenir au premier cas, Taiwan se présente internationalement comme « République de Chine » et ses prétentions territoriales s'étendaient à l'ensemble du territoire chinois jusqu'au début des années 1990¹⁸. Dans le même temps, du point de vue chinois, Taiwan est une province chinoise. Malgré une reconnaissance internationale en déclin depuis les années 1970 de cette entité, Taiwan a conclu un large nombre d'engagements internationaux, dont 26 traités bilatéraux d'investissement¹⁹. Pour l'investisseur étranger ayant investi à Taiwan, la question de l'identité du traité applicable, conclu par l'État de sa nationalité avec la Chine ou avec Taiwan, peut ainsi se poser lorsque cet investisseur souhaite former une demande de réparation en rapport avec les investissements en question.

¹⁶ V. les statistiques établies par M. Beham, « The Concept of "Territory" in BITs of Disputing Sovereigns », in T. Ackermann, S. Wuschka (éds.), *Investment in Conflict Zones : The Role of International Investment Law in Armed Conflicts, Disputed Territories, and "Frozen" Conflicts*, Brill, 2021, p. 139-175.

¹⁷ K. van der Decken, « Article 29 », in O. Dörr, K. Schmalenbach (éds.), *Vienna Convention on the Law of Treaties*, Springer, 2nd éd., 2018, p. 521-537.

¹⁸ B. Ahl, « Taiwan », *Max Planck Encyclopedia of Public international Law*, févr. 2020 [opil.ouplaw.com]

¹⁹ [investmentpolicy.unctad.org]

Dans cette première hypothèse — la revendication d'une zone sans exercice de contrôle effectif —, la zone contestée pourrait être théoriquement incluse ou exclue du champ d'application des traités bilatéraux conclus par les deux entités territoriales concernées. L'étude des traités d'investissement conclus par la Chine et par Taiwan, révèle que, dans leur majorité, ils ne donnent qu'une définition générale de la notion de territoire²⁰ et ne font que rarement référence à un territoire sur lequel peuvent être exercés des pouvoirs tirés de compétences conformément au droit interne ou au droit international²¹. La référence à des espaces spécifiques concerne seulement deux traités : celui qui régit les relations entre la Chine et la Russie précise que son champ d'application s'étend aux régions administratives spéciales de Macao et de Hong Kong²² ; celui conclu entre la Chine et le Mexique précise que les mêmes régions peuvent décider d'être engagées par le contenu de ce traité à la suite d'une négociation²³. Dans les deux cas, aucune mention n'est faite de Taiwan.

Dans le même temps, certains traités conclus par Taiwan n'incluent aucune définition du « territoire », si ce n'est que par une référence tautologique²⁴. D'autres traités de Taiwan se réfèrent au territoire terrestre²⁵ ou à l'espace terrestre²⁶. Enfin, un seul traité de Taiwan précise comme champ d'application le territoire de la « République de Chine », correspondant ainsi à celui de Taiwan²⁷.

La seconde hypothèse de zone contestée envisagée concerne celle où une entité territoriale ne contrôle plus une partie de son territoire, sans y renoncer, tandis qu'une autre contrôle de manière effective ledit territoire ou procède à son annexion. Il en va ainsi de l'Ukraine, par rapport à la Crimée ou aux autres régions sous contrôle russe, ou de la République de Chypre concernant la partie nord de l'île de Chypre. Dans le cas chypriote, la partie nord de l'île est occupée depuis 1974 par la Turquie, placée sous le contrôle de l'entité autoproclamée République turque de Chypre Nord, non reconnue internationalement, si ce n'est par la Turquie²⁸. Ainsi, le seul souverain reconnu sur cet espace est toujours la République de Chypre.

Dans cette deuxième hypothèse — la perte de contrôle effectif d'une zone sans renonciation au titre —, la partie qui en est victime peut être conduite à décider si le champ d'application spatial de ses traités s'étend aux zones contestées, au risque de rendre leur application problématique en dehors du territoire contrôlé, ou d'en exclure ces zones, ce qui, à l'inverse, pourrait être interprété comme une renonciation à la zone

²⁰ W. Shan, N. Gallagher, « China » in Ch. Brown (éd), *Commentaries on Selected Model Investment Treaties*, OUP, 2013, p. 131-181, p. 178.

²¹ V. par ex. TBI Chine/Afrique du Sud du 30 déc. 1997, art. 1, §4 ; TBI Chine/Tunisie du 21 juin 2014, art. 1, §4 ; TBI Chine/Portugal du 9 déc. 2005, art. 1, §4.

²² Protocole du TBI Chine/Russie du 9 nov. 2006.

²³ TBI Chine/Mexique du 11 juill. 2008, art. 1.

²⁴ V. par ex. TBI Taiwan/Guatemala du 2 nov. 1999, art. 1, §4 ; TBI Taiwan/Inde du 18 déc. 2018, art. 1, §9.

²⁵ TBI Taiwan/Gambie du 9 août 2005, art. 1, §4.

²⁶ TBI Taiwan/République dominicaine du 5 nov. 1999, art. 1, §4.

²⁷ TBI Taiwan/Saint-Vincent-et-les-Grenadines du 17 déc. 2009, art. 1, §10.

²⁸ Conseil de sécurité des Nations Unies, Résolution 541/1983, 18 nov. 1983, S/RES/641.

contestée. À s'en tenir à l'exemple chypriote, se pose la question de savoir si les agissements préjudiciables à des investisseurs étrangers et survenant sur les zones occupées sont couverts par les traités conclus par la République de Chypre, seule entité internationalement reconnue sur l'île, ou bien si une extension de l'effet des traités conclus par la Turquie est envisageable. Si l'entité dite République turque de Chypre Nord entretient des bureaux de représentation officieuse dans certains États²⁹, les rapports avec ses partenaires économiques n'ont pas conduit à la conclusion de traités d'investissement. Ainsi, les seuls traités pertinents qui sont susceptibles d'inclure une définition du territoire portant sur la zone contestée sont ceux conclus par la République de Chypre, souveraine sur le territoire occupé, ou par la Turquie, qui en exerce le contrôle effectif.

L'observation de la définition du territoire dans les traités d'investissement chypriotes révèle que, dans leur grande majorité, ils ne contiennent aucune définition du territoire sur lequel ils s'appliquent³⁰. Certains parmi eux se réfèrent au territoire sur lequel peuvent s'exercer des pouvoirs tirés de compétences conformément au droit international³¹ ou donnent une définition tautologique du territoire³². Dans certains traités récents, référence est faite au territoire sur lequel la République de Chypre exerce ou, de manière plus intéressante, exercera³³ sa juridiction ou ses droits souverains conformément au droit international. Ainsi, l'applicabilité des traités chypriotes dans les zones occupées n'est pas d'emblée exclue. Dans le même temps, les traités conclus par la Turquie n'incluent pas de liste des espaces précis au sein desquels les traités déploient leurs effets. Certains parmi eux peuvent toutefois inclure des clauses qui définissent le territoire de manière plus développée, en incluant une référence au territoire terrestre et aux zones maritimes assimilés, au sein desquels l'État « exerce »³⁴, ou même « pourrait exercer »³⁵, sa « juridiction » ou des droits souverains conformément au droit international. En somme, ni les traités chypriotes ni les traités turcs de protection des investissements étrangers n'excluent d'emblée une applicabilité dans les zones où l'un ou l'autre État exerce, exercera ou pourrait exercer les pouvoirs tirés de ses compétences.

Enfin, la troisième et dernière hypothèse concerne le cas où une entité territoriale exerce un contrôle effectif sur un territoire revendiqué par une autre entité

²⁹ Ce qui, au demeurant, peut engendrer des problèmes qui ne se limitent pas à la protection des investissements. Par exemple, les représentants de l'entité non reconnue internationalement risquent de ne pas se voir reconnaître les privilèges et immunités diplomatiques. V. par ex., en matière fiscale, l'affaire britannique *Caglar c. Billingham (Inspector of Taxes)*, décision du *Special Commissioner*, 7 mars 1996, *International Law Reports*, vol. 108, 1998, p. 510.

³⁰ V. par ex. TBI Chypre/Bulgarie du 12 nov. 1987 ; TBI Chypre/Hongrie du 24 mai 1989 ; TBI Chypre/Roumanie du 26 juill. 1991.

³¹ V. par ex. TBI Chypre/Grèce du 30 mars 1992, art. 1, § 4 ; TBI Chypre/Arménie du 18 janvier 1995, art. 1, §5.

³² V. par ex. TBI Chypre/Syrie du 10 juin 2007, art. 1, § 5 ; TBI Chypre/Libye du 30 juin 2004, art. 1, §3.

³³ TBI Chypre/Qatar du 11 nov. 2008, art. 1, § 4 ; TBI Chypre/Albanie du 5 août 2010, art. 1, §4.

³⁴ TBI Turquie/Libye du 25 nov. 2009, art. 1, §5.

³⁵ Art. 1, §6, TBI Turquie/Italie du 22 mars 1995.

qui aspire à la souveraineté. Cette troisième hypothèse concerne des entités qui exercent un contrôle effectif sur une zone territoriale sans disposer d'un titre territorial, ce qui fait obstacle aux aspirations d'une autre entité en lien avec le même territoire. Cette situation correspond au contrôle israélien sur les territoires qui ont trait au droit d'autodétermination du peuple palestinien³⁶. D'une part, Israël mène une politique de colonisation et refuse son statut de puissance occupante³⁷. De l'autre, Palestine bénéficie d'une reconnaissance internationale grandissante, qui lui vaut aujourd'hui le statut d'État observateur non membre des Nations Unies³⁸ et l'adhésion au Statut de Rome de la Cour pénale internationale³⁹. Dans le contexte de l'accord intérimaire israélo-palestinien sur la Cisjordanie et la bande de Gaza, la Palestine s'est vue transférer des « compétences et responsabilités » sur des affaires civiles⁴⁰ au sein de sa « juridiction territoriale » qui s'étend sur le territoire terrestre, le sous-sol et les eaux territoriales définis par l'Accord⁴¹. Dans son volet externe, ces compétences ont permis⁴² à la Palestine de conclure jusqu'à aujourd'hui cinq traités bilatéraux d'investissement⁴³. Dans le même temps, 43 traités bilatéraux d'investissement lient Israël avec ses principaux partenaires économiques. Deux parmi eux ont par ailleurs conclu à la fois un traité avec Israël et avec la Palestine⁴⁴.

Cette concurrence de traités, couplée avec une situation territoriale incertaine, impose de s'intéresser à la définition du territoire dans les traités susceptibles de s'appliquer dans les zones contestées, avant de s'intéresser à l'applicabilité de tel ou tel traité. En premier lieu, les traités d'investissement israéliens pourraient étendre leur effet sur les zones contrôlées par Israël au-delà de sa souveraineté territoriale. Dans une telle hypothèse, l'invocabilité du traité conclu entre l'État de la nationalité de l'investisseur et Israël serait possible et permettrait la protection des investissements étrangers même lorsque, hypothèse la plus courante, l'État de la nationalité de l'investisseur n'a pas conclu de traité d'investissement avec la Palestine. En second lieu, les traités d'investissement palestiniens pourraient avoir un champ d'application spatial partiellement identique aux traités d'investissement conclus par Israël. Quel serait alors le traité applicable lorsque l'État de la nationalité de l'investisseur a conclu à la fois un traité d'investissement à la fois avec Israël et avec la Palestine ? Cette hypothèse

³⁶ CIJ, avis consultatif, 9 juillet 2004, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, Rec. p. 136, §118.

³⁷ CIJ, avis consultatif, 9 juillet 2004, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, préc., §113.

³⁸ Nations Unies, Assemblée générale, résolution 67/19, 29 nov. 2012, doc. ONU A/RES/67/19.

³⁹ V. par ex. CPI, n°ICC-01/18-131, *Situation dans l'État de Palestine*, Réponse du bureau du Procureur, 30 avril 2020.

⁴⁰ Accord signé le 24 sept. 1995 à Taba, puis une seconde fois à Washington, le 28 sept. 1995 (dit accord Oslo II), chap. I, art. 1.

⁴¹ Chap. III, art. XVII, 2.a. de l'accord.

⁴² Chap. I, art. IX, 5.b. de l'accord.

⁴³ TBI Palestine/Egypte du 28 avril 1998 ; TBI Palestine/Allemagne du 10 juill. 2000 ; TBI Palestine/Jordanie du 4 déc. 2012 ; TBI Palestine/Russie du 11 nov. 2016 ; TBI Palestine/Turquie du 5 sept. 2018.

⁴⁴ TBI Israël/Allemagne du 24 juin 1976 ; TBI Israël/Turquie du 14 mars 1996. Le traité avec l'Allemagne n'est, à ce jour, pas entré en vigueur.

concerne uniquement les traités avec l'Allemagne et de la Turquie (en pratique seul ce dernier traité, le traité avec l'Allemagne n'étant pas en vigueur).

Certains traités conclus par Israël, y compris celui avec la Turquie, ne donnent aucune définition du territoire⁴⁵. D'autres traités incluent une référence au « territoire »⁴⁶, national⁴⁷, ou, plus souvent, étatique⁴⁸. En somme, les traités bilatéraux d'investissement israéliens laissent une large latitude à l'interprétation de l'étendue du territoire comme champ d'application du traité. À s'en tenir au seul traité conclu par la Palestine avec l'Allemagne, qui également liée par un traité d'investissement avec Israël, il définit son champ d'application spatial en référence au territoire soumis à l'administration de l'Autorité palestinienne⁴⁹. Une interprétation systématique de l'engagement allemand, dans les deux traités successifs, devrait alors conduire à une inapplication du traité conclu avec Israël sur les territoires palestiniens⁵⁰. Ainsi, lorsqu'un investisseur étranger réalise une activité économique au sein d'une des zones contestées, la détermination du traité d'investissement applicable, permettant l'invocation du traitement juste et équitable, peut dépendre de la conclusion ou non par l'État de la nationalité de l'investisseur d'un traité d'investissement avec la Palestine. Si un tel traité est conclu, son existence devrait exclure l'invocation par les investisseurs ressortissants de cet État du traité avec Israël portant sur le même territoire. En matière commerciale, ce genre de raisonnement relatif à l'identification du traité applicable dans des zones soumises au champ d'application de différents accords commerciaux a conduit la Cour de justice de l'Union européenne, dans l'affaire *Brita*, à déclarer inapplicable sur ces zones un accord commercial entre Israël et les Communautés européennes. En effet, les Communautés avaient également conclu un accord de même nature avec l'Autorité palestinienne⁵¹. Le raisonnement de la Cour est fondé sur le droit international général, seul ensemble normatif applicable aux trois entités concernées, à l'instar des affaires concernant le Sahara occidental⁵².

En somme, la définition du territoire dans les traités bilatéraux d'investissement ne renseigne pas sur le territoire sur lequel l'État exerce sa souveraineté, puisque tel n'est pas l'objet de cette définition. Compte tenu de la

⁴⁵ V. par ex. TBI Israël/Turquie du 14 mars 1996 ou encore le TBI Israël/Chine du 10 avril 1995.

⁴⁶ V. par ex. TBI Israël/Chypre du 13 oct. 1998, art. 1, §5 ; TBI Israël/Albanie du 29 janv. 1996, art. 1, §5.

⁴⁷ TBI Israël/Argentine du 23 juill. 1995, art. 1, §5.

⁴⁸ V. par ex. TBI Israël/Éthiopie du 26 nov. 2003, art. 1, §6 ; TBI Israël/Corée du Sud du 7 févr. 1999, art. 1, §5.

⁴⁹ Art. 1, §4, TBI Palestine/Allemagne du 10 juill. 2000.

⁵⁰ Rappr. CJUE, arrêt 21 déc. 2016, C-104/16 P, *Conseil de l'UE c. Front populaire pour la libération de la saguia-el-hamra et du rio de oro (Front Polisario)*, ECLI:EU:C:2016:973, § 97 et 107.

⁵¹ CJUE, arrêt, 25 févr. 2010, C-386/08, *Brita GmbH*, Rec. 2010, p. I-01289.

⁵² CJUE, arrêt 21 déc. 2016, C-104/16 P, *Front Polisario*, préc., § 75, lui-même fondé sur CIJ, avis consultatif, 16 oct. 1975, *Sahara occidental*, Rec. 1975, p. 12, qui reprend le raisonnement de la Cour dans l'avis consultatif *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*, Rec. 1971, p. 16 (21 juin 1971).

définition elliptique du territoire dans ces traités, l'application de ceux-ci sur un espace d'étendue différente par rapport à celui de l'État demeure possible.

Une fois le territoire litigieux identifié, il devient possible d'apprécier l'applicabilité des différents traités potentiellement applicables sur la zone contestée.

B — Apprécier l'applicabilité de traités différents

L'identité du traité invocable par l'investisseur qui s'estime lésé dépend en premier lieu de sa nationalité. En second lieu, il s'agit de déterminer s'il peut s'agir du traité conclu entre l'État de sa nationalité avec l'État qui dispose du titre territorial sur la zone contestée (1), ou bien de celui avec l'entité qui exerce un contrôle effectif sur cette zone (2). En fonction de la nature des dommages subis par l'investisseur se posera alors la question de l'opportunité d'une procédure arbitrale à l'encontre de l'État souverain, ayant éventuellement perdu le contrôle de son territoire, ou bien à l'encontre de l'État qui y exerce un contrôle effectif.

1 — L'applicabilité du traité du souverain territorial

L'invocabilité du traité entre l'État de la nationalité de l'investisseur et l'État souverain sur un territoire est la première hypothèse envisagée en rapport avec les zones contestées. Dans une telle situation, si les investisseurs lésés sont ressortissants de l'État qui détient le titre territorial sur la zone contestée et qui en a perdu le contrôle, ils ne pourront pas formuler des demandes en réparation sur la base d'un traité bilatéral d'investissement contre l'État de leur nationalité, qui coïncide dans cette hypothèse avec l'État d'accueil des investissements. Si les investisseurs sont ressortissants d'un État autre que celui ayant perdu le contrôle d'une partie de son territoire, la question de l'applicabilité du traité d'investissement de l'État de leur nationalité avec cet État pourrait se poser. Pour prendre l'exemple de la Crimée et des autres régions ukrainiennes sous contrôle russe, il serait possible que des investisseurs autres que ceux de nationalité ukrainienne s'estiment lésés et forment des demandes en réparation si l'État de leur nationalité a conclu un traité d'investissement avec l'Ukraine⁵³.

L'applicabilité du traité entre l'État de la nationalité de l'investisseur et l'État souverain sur un territoire contesté peut être appuyée par deux arguments. Le premier, général, a trait au sort que réserve le droit international coutumier aux traités internationaux en cas de succession d'États. Le second, de portée restreinte, concerne en particulier les territoires occupés, dont le statut implique des obligations de la puissance occupante pendant l'occupation, supposée temporaire.

En premier lieu, en cas de succession d'États qui n'est pas le produit d'un fait internationalement illicite, les engagements internationaux de l'État successeur devraient *a priori* s'appliquer sur l'« ensemble de son territoire »⁵⁴. Telle est la

⁵³ À ce jour, l'ensemble des requêtes formulées devant des tribunaux arbitraux ont été déposées par des investisseurs de nationalité ukrainienne, sur la base du traité d'investissement russo-ukrainien (v. *infra*, I, B).

⁵⁴ Art. 29 de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969 et art. 15 de la Convention de Vienne sur la succession d'États en matière de traités de 1978. Les deux articles sont complémentaires, en ce sens qu'ils se réfèrent à des moments différents d'une situation d'évolution territoriale (*Sanum*

conséquence du principe généralement reconnu en droit international⁵⁵ de variabilité des limites territoriales des traités⁵⁶. Cette règle ne devrait toutefois pas s'appliquer lorsque la succession est le produit d'un fait ou d'une situation internationalement illicite. L'article 6 de la Convention de Vienne sur la succession d'États en matière de traités de 1978 — de nature supplétive⁵⁷ — traduit cette idée lorsqu'il précise que la Convention s'applique uniquement « aux effets d'une succession d'États se produisant conformément au droit international, et plus particulièrement aux principes du droit international incorporés dans la Charte des Nations Unies ». L'économie générale de la Convention véhicule par ailleurs l'idée que l'État successeur ne se substitue pas aux droits et obligations de l'État prédécesseur sans son consentement. *A fortiori*, une telle substitution ne devrait pas avoir lieu en cas d'occupation illégale du territoire. Si ce raisonnement est admis, les traités conclus par une puissance occupant un espace, dont le titre territorial appartient à un autre État, ne devraient pas être applicables en rapport avec cet espace.

En second lieu, l'interprétation de l'article 43 de la Convention de La Haye de 1907 pourrait appuyer la continuité d'application des traités d'investissement de l'État souverain sur un territoire par la puissance occupant ce territoire. Selon cet article, la puissance occupante doit respecter les « lois en vigueur dans le pays »⁵⁸. Elle ne peut s'y soustraire que pour des raisons de sécurité ou lorsque cette obligation est incompatible avec d'autres obligations découlant des Conventions de Genève⁵⁹. Le

Investments Ltd. c. Laos, sentence sur la compétence, 13 déc. 2013, CPA n°2013-13, §225 et s.). Comme la Convention de Vienne de 1969, celle de 1978 a vocation à codifier le droit international coutumier en la matière (ONU, Bureau des affaires juridiques, section des traités, « Précis de la pratique du Secrétaire général en tant que dépositaire de traités multilatéraux », 1999, doc. ST/LEG/7/Rev.1, p. 86).

⁵⁵ Sr H. Waldock, rapporteur général, « Succession d'États en matière de traités », CDI, comptes rendus analytiques de la 24^e session, 1159^e séance, *Ann. CDI* 1972-I, spéc. p. 52, §10.

⁵⁶ L'article 29 de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969 ne traite pas spécifiquement la question de mutation territoriale (CDI, Projet d'articles sur le droit des traités et commentaires, comm. *ad art.* 25, §6, *in* Rapport de la CDI sur sa 18^e session, *Ann. CDI*, 1966-II, p. 233). Toutefois, parce qu'il retient une définition fluctuante du territoire de l'État, il peut être considéré comme applicable dans une telle hypothèse (K. von der Decken, « Article 29 : Territorial Scope of Treaties », *op. cit.*, spéc. § 26-33).

La règle de l'article 15 la Convention est supplétive, c'est-à-dire qu'elle peut être mobilisée lorsque les États impliqués dans la succession n'auraient pas manifesté une volonté différente (CDI, Projet d'articles sur la succession d'États en matière de traités et commentaires, comm. *ad art.* 15, §18, *Ann. CDI* 1974-II, p. 221). Le faible nombre d'États parties à cette convention (23) traduit la difficulté de consensus sur les règles qu'elle est supposée codifier. Il a par ailleurs fallu attendre 1996 pour que soit atteint le nombre d'adhérents (15) que la Convention fixait comme condition pour son entrée en vigueur.

⁵⁷ Sur le caractère supplétif de cette convention, v. B. Stern, « La succession d'États », *RCADI*, t. 262, 1996, p. 9-438, p. 126 et s., ainsi que la note immédiatement précédente.

⁵⁸ Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, 18 oct. 1907, annexé à la Convention de 1899 (IV) de La Haye concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre : « L'autorité du pouvoir légal ayant passé de fait entre les mains de l'occupant, celui-ci prendra toutes les mesures qui dépendent de lui en vue de rétablir et d'assurer, autant qu'il est possible, l'ordre et la vie publics en respectant, sauf empêchement absolu, les lois en vigueur dans le pays ».

⁵⁹ Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre du 12 août 1949 (n°4), art. 64, qui fait référence à la possibilité d'abrogation ou de suspension de la législation pénale du territoire occupé en cas de menace pour la sécurité de la puissance occupante ou d'obstacle à l'application de la Convention. Malgré cette référence aux seules lois pénales, le commentaire de cet article évoque l'idée selon laquelle la continuité du système juridique concerne le système juridique du

terme « lois » est interprété de manière large pour inclure non seulement la loi formelle, mais également la loi matérielle⁶⁰, dont font partie les engagements internationaux⁶¹.

L'application dans les relations entre investisseur étranger et puissance occupante du traité d'investissement entre le souverain territorial et l'État de la nationalité de l'investisseur a été soutenue par certains auteurs⁶², sur la base d'un argument tiré d'un « consentement indirect » de la puissance occupante, conséquence supposée des obligations découlant l'article 43 de la Convention de la Haye de 1907. Ce raisonnement n'est toutefois pas convaincant. D'une part, il paraît difficile d'admettre que l'État occupant consentirait au règlement d'un différend sur le fondement d'un engagement conclu par un autre État, sans un accord collatéral par l'effet duquel il accepterait cette obligation⁶³. D'autre part, ce raisonnement semble incompatible avec l'effet des différentes clauses des traités bilatéraux d'investissement. Certes, ces traités peuvent comprendre des clauses qui peuvent être invocables dans l'ordre juridique de l'État souverain, soit par le législateur, dans le cadre de la procédure préalable à la ratification des traités, à l'instar du système juridique états-unien⁶⁴, soit par le juge étatique, au moment de l'appréciation de l'applicabilité du traité⁶⁵, à l'image du système juridique français⁶⁶, où les traités bilatéraux d'investissement se sont vus refuser au moins une fois l'effet direct⁶⁷. En telle hypothèse, les clauses d'effet direct du traité pourraient effectivement être qualifiées comme faisant partie de la loi

territoire occupé dans son ensemble [J. Pictet (dir.), *Commentaires des Conventions de Genève du 12 août 1949*, vol. IV, comm. *ad art.* 64].

⁶⁰ E. Benvenisti, *The International Law of Occupation*, Princeton University Press, 1993, rééd. 2004, p. 17.

⁶¹ N. Burke, « A Change in Perspective: Looking at Occupation Through the Lens of the Law of Treaties », *NYU Journal of Law & Policy*, vol. 41, 2008, p. 103-129, p. 115 ; Th. Meron, « Applicability of Multilateral Conventions to Occupied Territories », *AJIL*, 1978, p. 542, p. 550. Le même constat devrait être vrai pour les États dans lesquels les rapports entre le droit international et le droit interne traduisent une tradition dualiste. Or, l'ensemble des clauses d'un traité bilatéral d'investissement n'est pas généralement considéré comme étant d'effet direct, ce qui peut empêcher leur invocabilité devant les organes internes de l'État contractant. Sur cette question, v. *infra* les notes 65-68.

⁶² O. Mayorga, « Occupants, Beware of BITs: Applicability of Investment Treaties to Occupied Territories », *Palestine Yearbook of International Law*, vol. 19, 2016, p. 136-176, p. 161.

⁶³ V. comm. *ad art.* 31, Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969, Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, première et deuxième sessions, 26 mars-24 mai 1968 et 9 avril-22 mai 1969, doc. A/CONF.39/11/Add.2, 1971, p. 50-51.

⁶⁴ SCOTUS, *Medellin v. Texas*, n°06-984, 25 mars 2008, 522 US 491 (2008).

⁶⁵ En droit français, pour les parties privées, l'invocabilité d'un engagement international dépend de la reconnaissance de son effet direct par le juge étatique. Cette condition n'est toutefois pas exigée pour l'État lié par un engagement international qui choisit d'invoquer cet engagement devant le juge. V. par ex., en matière d'extradition, CE, Ass. 15 oct. 1993, n°142578, *Royaume-Uni et Gouverneur de la Colonie royaume de Hong-Kong*, Lebon p. 268, *GAJFDIP*, 1^{re} éd. 2015, n°22, comm. N. Hajjami. Rapp. J. F. Delile, *L'invocabilité des accords internationaux devant la CJUE et le Conseil d'État français*, Bruylant, 2016.

⁶⁶ V. ainsi en France CE, 22 sept. 1997, n°161364, *Mlle Cinar*, Lebon p. 319 ; CE, 11 avril 2012, n°322326, *GISTI*, Lebon p. 142, comm. F. Latty, *GDJFDIP*, 2015, n°55. Rapp. AN (France), Commission des affaires européennes, « Rapport d'information sur le règlement des différends investisseurs-État dans les accords internationaux », présenté par S. Dagoma, n°3467, 2 févr. 2016.

⁶⁷ CE, 21 déc. 2007, n°280264, inédit : « [...] les stipulations de l'article 3 de l'accord entre le gouvernement de la République française et le gouvernement de la République algérienne démocratique et populaire sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements, signé à Alger le 13 février 1993 ne crée d'obligations qu'entre les deux États signataires ; que M. A ne peut donc utilement s'en prévaloir [...] ».

matérielle d'un territoire dont l'État occupant doit assurer la continuité lorsqu'il contrôle une partie de ce territoire. Or, l'appréciation de l'effet direct d'un engagement international s'apprécie stipulation par stipulation⁶⁸. Ainsi, si les organes compétents de l'État contractant peuvent considérer que les clauses conventionnelles relatives à la protection matérielle de l'investisseur produisent un effet direct et sont ainsi invocables devant les juridictions étatiques, en revanche les clauses du traité qui organisent le règlement des différends entre investisseur et État, ou encore celles qui peuvent régir le règlement des différends entre États, ne sont en principe pas d'effet direct⁶⁹. La raison de ce défaut d'effet direct peut être recherchée dans l'absence d'une telle volonté, manifestée par les États contractants lors de la négociation, consacrée dans le traité, ou par les organes étatiques des États contractants impliqués dans le processus de ratification du traité. Dans tous les cas, ce défaut fragilise l'hypothèse de l'applicabilité des traités bilatéraux d'investissement de l'État souverain sur un territoire occupé par un autre État.

2 — L'applicabilité du traité de l'État qui contrôle le territoire

L'hypothèse d'applicabilité d'un traité bilatéral d'investissement entre l'État de la nationalité de l'investisseur et celui qui contrôle un territoire, sans y être souverain, peut être également envisagée. L'investisseur étranger qui estime avoir subi des dommages pourra se tourner contre l'État occupant le territoire vers lequel est dirigé l'investissement si l'État de sa nationalité a conclu un traité avec cet État. Cette hypothèse s'avère donc particulièrement intéressante pour les investisseurs ressortissants d'un État ayant perdu le contrôle de son territoire. Ainsi, en ce qui concerne le cas de la Crimée, où la souveraineté ukrainienne n'est pas éteinte et où l'occupation russe est supposée provisoire, toutes les demandes de réparation formulées à ce jour se dirigent contre l'État occupant, la Russie, et sont exclusivement formulées par des nationaux ukrainiens — devenus étrangers, du fait de l'occupation — sur le fondement du traité bilatéral d'investissement Ukraine/Russie. L'invasion russe d'autres régions de l'Ukraine depuis février 2022 pourrait amorcer un mouvement analogue.

L'intérêt de l'invocabilité du traité de l'État de la nationalité de l'investisseur avec une puissance occupante ne s'épuise pas toutefois aux ressortissants de l'État

⁶⁸ CE, Ass., 11 avril 2012, n°322326, *GISTI et FAPIL*, Lebon p. 142 : « [...] une stipulation doit être reconnue d'effet direct par le juge administratif lorsque, eu égard à l'intention exprimée des parties et à l'économie générale du traité invoqué, ainsi qu'à son contenu et à ses termes, elle n'a pas pour objet exclusif de régir les relations entre États et ne requiert l'intervention d'aucun acte complémentaire pour produire des effets à l'égard des particuliers ; que l'absence de tels effets ne saurait être déduite de la seule circonstance que la stipulation désigne les États parties comme sujets de l'obligation qu'elle définit ». V. également AN, « Rapport d'information sur le règlement des différends investisseurs-Etat dans les accords internationaux », préc., p. 78 et s. V. par ex. la négation de l'effet direct des articles 2, 3-2, 3-3, 5, 19, 20 et 27 de la Convention de New York du 26 janv. 1990 relative aux droits de l'enfant par le juge administratif français (CE, 24 août 2011, n°320321, *Zaman*, Lebon T.) et la reconnaissance d'un effet direct de l'article 3-1 de la même convention par le même juge (CE, 22 sept. 1997, n°161364, *Cinari*, Lebon p. 319), permettant, dans ce second cas, l'annulation pour excès de pouvoir d'une décision de refus de séjour en France.

⁶⁹ V. par ex. Sénat (États-Unis), Committee on Foreign Relations, Executive Report 111-8, « Investment Treaty with Rwanda », 22 déc. 2010, §IV, B [govinfo.gov].

ayant perdu le contrôle d'une partie de son territoire : il peut également concerner les ressortissants d'autres États ayant conclu un tel traité avec l'État occupant ce territoire. L'empêchement, en 2018, par la Turquie des activités de forage menées par une entreprise de forage italienne dans la zone économique exclusive de la République de Chypre, dans un espace maritime sous contrôle turc, aurait pu ainsi servir d'appui à des demandes de réparation, inspirées par le précédent en Crimée, formulées devant des tribunaux arbitraux sur le fondement du traité d'investissement Italie/Turquie⁷⁰.

Les tribunaux arbitraux saisis des demandes de réparation par des investisseurs ukrainiens dans le cas de la Crimée se sont reconnus tous compétents, en considérant le traité bilatéral d'investissement Ukraine/Russie comme applicable⁷¹. Le raisonnement ayant conduit ces tribunaux à une telle appréciation s'inspire de la jurisprudence en matière de responsabilité internationale relative à des violations des droits de l'homme. Dans cette jurisprudence, l'attribution d'un fait internationalement illicite à un État qui exerce le contrôle effectif d'un territoire a été fondée sur l'idée que ce contrôle soumet ce territoire à la « juridiction » de cet État, au sens de l'article 1^{er} de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme. Ainsi, dans l'affaire *Loizidou*, la Cour européenne de droits de l'homme a condamné la Turquie pour des violations de l'article 1^{er} du Protocole n°1 de la Convention, survenues dans le territoire occupé du nord de l'île de Chypre, qui, sans faire partie du territoire turc, est soumis au contrôle effectif de la Turquie⁷². Guidés par des considérations similaires, liées au contrôle effectif d'un territoire, les tribunaux arbitraux saisis des différends soumis par les investisseurs ukrainiens en Crimée ont alors reconnu l'applicabilité des traités russes sur le territoire de la Crimée.

L'écueil principal auquel se heurte l'applicabilité des traités d'investissement d'un État sur un territoire qu'il contrôle sans y être souverain concerne l'obligation de non-reconnaissance des situations produites par un fait internationalement illicite. Au regard de l'appréciation par un tribunal arbitral de sa propre compétence, la question peut être abordée sous l'angle du rattachement territorial de l'investissement. Ce

⁷⁰ Rappr. D. Ruggero di Bella, « Could ENI Bring an Arbitral Claim Against Turkey for Obstructing Oil Exploration in Cyprus' Waters? The Extra-Territoriality of BITs Against Occupying Powers », *Kluwer Arbitration Blog*, 27 mai 2018.

⁷¹ *Aéroport Belbek LLC et Igor Valerievich Kolomoisky c. Russie*, CPA n°2015-07 et *PJSC PrivatBank et Finance Company Finilon LLC c. Russie*, CPA n°2015-21, sentences sur la compétence, 24 février 2017, non publiées [*LA Reporter*, 9 mars 2017] ; *NJSC Naftogaz et al. c. Russie*, CPA n°2017-16, sentence sur la compétence, 22 février 2019, non publiée [*LA Reporter*, 1 mars 2019] ; *JSC Oshadbank c. Russie*, CPA n°2016-14, sentence du 26 nov. 2018, non publiée, citée dans l'arrêt annulant la sentence, CA Paris, 30 mars 2021, n° 19/04161, *Russie c. Oshadbank* ; *Everest Estate LLC et al. c. Russie*, CPA n°2015-36, sentence sur la compétence, 20 mars 2017, non publiée [communiqué de presse CPA, 5 avril 2017] ; *Stabil LLC et al. c. Russie*, CPA n°2015-35 et *PJSC Ukernafta c. Russie*, CPA n°2015-34, sentences sur la compétence, 26 juin 2017, non publiées [communiqué de presse CPA, 4 juill. 2017]. Le tribunal arbitral constitué depuis 2015 dans le cadre de l'affaire *Lugzor LLC et al. c. Russie* (CPA n°2015-29) n'a pas encore rendu ou publié de sentence, mais le tribunal annonçait la future déclaration de sa compétence dans un communiqué de presse du 13 déc. 2017.

⁷² Cour EDH, *Affaire Loizidou c. Turquie*, n°15318/89, 23 mars 1995, objections préliminaires, spéc. §58 et 62 ; 18 déc. 1996, fond, spéc. §52.

rattachement est souvent exigé dans les traités bilatéraux d'investissement⁷³. Or, tant la convention sur le CIRDI⁷⁴ que le traité d'investissement Russie/Ukraine sont muets concernant cette exigence. Ce dernier traité se contente de définir le « territoire » d'application du traité comme « le territoire de la Fédération de la Russie ou celui de l'Ukraine, ainsi que les zones économiques exclusives et le plateau continental, telles que ces notions sont définies en droit international »⁷⁵.

La définition lacunaire du territoire dans le traité bilatéral d'investissement applicable laisse ainsi une marge d'appréciation au tribunal arbitral concernant l'exigence de territorialité de l'investissement protégé. Cette définition n'exclut pas ainsi une interprétation du traité conduisant à inclure dans son champ d'application des situations dans lesquelles l'État lié par le traité exerce sa « juridiction » dans un espace et dans un champ temporel où il n'est pas souverain. Une interprétation téléologique du traité en question, guidée par l'objectif conventionnel de protection des investissements, pourrait favoriser une telle extension de son effet au-delà des espaces couverts par la souveraineté de l'État.

L'extension de l'effet spatial des traités bilatéraux d'investissement d'un État sur des espaces autres que ceux sous sa souveraineté peut être appuyée par deux séries d'arguments. Le premier argument a trait à l'objectif affiché par les accords bilatéraux de protection et de promotion des investissements, qui, pris en considération, pourrait imposer l'extension de leur effet sur des espaces autres que ceux sous la souveraineté de l'État. Le second argument est une conséquence, à rebours, du principe de non-reconnaissance des situations illégales en droit international.

Le premier argument irrigue le raisonnement du tribunal arbitral saisi de l'affaire *Sanum c. Laos*⁷⁶ en rapport avec le traité bilatéral d'investissement conclu entre la Chine et Laos. Selon le tribunal, le traité, pouvait étendre son effet sur le territoire de Macao, même s'il est entré en vigueur en 1993, date à laquelle Macao n'était pas sous souveraineté chinoise⁷⁷. Le fondement de l'extension de l'effet du traité repose sur son objectif, interprété de manière littérale, abstraction faite de l'intention des parties. Selon le tribunal, « l'objectif [d'un traité bilatéral d'investissement] est double : protéger l'investisseur et développer la coopération économique. [...] L'extension du traité [...] Chine/Laos ne peut pas être contraire à ce double objectif. [...] plus le

⁷³ C. R. Zheng, « The Territoriality Requirement in Investment Treaties: A Constraint on Jurisdictional Expansionism », *Singapore Law Review*, 2016, p. 139-172, p. 140. V. *supra*, I, A, 1.

⁷⁴ V. toutefois le rapport du 18 mars 1965 des Administrateurs de la Banque mondiale sur la Convention CIRDI (Partie B, III, §12), qui évoque l'idée que « l'adhésion d'un pays à la Convention [...] stimulerait un flux plus important d'investissements privés internationaux sur son territoire, qui est un des objectifs primaires de la Convention » [notre traduction du texte anglais].

⁷⁵ Art. 1, §4, TBI Russie/Ukraine du 27 nov. 1998.

⁷⁶ *Sanum Investments Ltd. c. Laos*, sentence sur la compétence, 13 déc. 2013, CPA n°2013-13, §239-242.

⁷⁷ Sous souveraineté chinoise depuis la rétrocession par le Portugal en 1999, Macao dispose du statut de région administrative spéciale en vertu duquel il bénéficie d'une autonomie interne (art. 1 et 12, Loi fondamentale de la région administrative spéciale de Macao entrée en vigueur le 20 déc. 1999). De plus, il peut, en vertu de l'article 112 de sa Loi fondamentale, conclure ses propres engagements internationaux, dont des traités d'investissement. Il a ainsi conclu deux traités bilatéraux d'investissement, avec les Pays-Bas, le 22 mai 2008, et avec le Portugal, le 17 mai 2000.

champ d'application du traité est étendu, mieux ses objectifs sont remplis [...]: un plus grand nombre d'investisseurs — qui ne seraient pas autrement protégés — sont protégés au niveau international, et la coopération économique profite à un territoire plus vaste qui ne bénéficierait pas d'un tel avantage autrement »⁷⁸. Si cet objectif est présumé commun à tous les traités d'investissement et peut être souvent rappelé dans le préambule ou dans une autre disposition de ces traités, auquel cas l'interprétation systématique va dans le même sens que l'interprétation téléologique, l'extension fonctionnelle de l'effet de ces traités au-delà de l'espace couvert par la souveraineté de l'Etat serait possible également dans d'autres situations, y compris celle de l'occupation ou de l'annexion internationalement illicite.

Le second argument en faveur de l'applicabilité des traités d'investissement d'un Etat occupant un territoire sur ce dernier est tiré de l'arbitrage commercial⁷⁹. Dans l'espèce en question, le défendeur était la « République du Transkei »⁸⁰, bantoustan sud-africain pendant la période de l'apartheid, autoproclamé Etat, dont la reconnaissance était toutefois interdite par le Conseil de sécurité de l'ONU⁸¹. Le défendeur objectait à la compétence du tribunal arbitral la contrariété à l'ordre public international de l'arbitrabilité du différend, dans la mesure où elle reviendrait à enclencher une procédure arbitrale à l'encontre d'une entité non reconnue internationalement. Le tribunal arbitral a considéré que l'argument n'était pas présenté de bonne foi par le défendeur⁸². Certes, l'arbitrage commercial et l'arbitrage d'investissement ne se confondent pas, et la compétence du tribunal arbitral est strictement liée à la définition du champ d'application du traité d'investissement applicable. Il est intéressant de retenir toutefois de cette affaire commerciale que le tribunal arbitral a écarté l'argument de l'entité défenderesse, selon lequel le demandeur aurait pu présenter ses allégations devant les juridictions internes de son ordre juridique. Le tribunal a considéré qu'une telle proposition était contraire à l'obligation de non-reconnaissance des situations internationalement illicites⁸³ et que son acceptation conduirait à renforcer la légitimité internationale de l'entité défenderesse plus que la soumission à l'arbitrage du différend l'opposant à la partie privée⁸⁴. Autrement dit, l'entité qui contrôle un territoire par l'effet d'un fait internationalement illicite se verrait « gratifiée » pour son comportement illégal si le tribunal arbitral se déclarait incompétent.

⁷⁸ *Sanum Investments Ltd. c. Laos*, sentence sur la compétence, 13 déc. 2013, CPA n°2013-13, §240 [notre traduction du texte anglais].

⁷⁹ CCI, aff. n°6474/1992, *Fournisseur d'un Etat européen c. République du Transkei*, sentence partielle sur la compétence, 22 avril 1992, *Yearbook Commercial Arbitration*, vol. XXV, 2000, p. 279-311.

⁸⁰ Le nom du défendeur est occulté dans la version publiée de la sentence 6474. Il apparaît toutefois dans les décisions du Tribunal fédéral suisse rendues en rapport avec cette sentence (ATF, 13 oct. 1992, 4P.126/1992 et 4P.128/1992 ; ATF, 25 nov. 1993, 4P.104/1993), non publiées, mais rapportées par B. Laurent, J-Ch. Honlet, « Les incidences politiques de la souveraineté sur l'arbitrage : reconnaissance et continuité des Etats », *Revue de l'arbitrage*, vol. 2003, n°3, p. 777-804, p. 792.

⁸¹ Conseil de sécurité des Nations Unies, résolution 402 adoptée le 22 déc. 1976, par laquelle le Conseil « approuve » la résolution 31/6 A de l'Assemblée générale des Nations Unies du 26 oct. 1976.

⁸² CCI, aff. n°6474/1992 (2000), préc., §19.

⁸³ *Ibid.*

⁸⁴ CCI, aff. n°6474/1992 (2000), préc., §22.

Ce raisonnement semble transposable en matière d'arbitrage d'investissement. Il semble par ailleurs avoir guidé les tribunaux arbitraux saisis des plaintes des investisseurs de nationalité ukrainienne dans les différends les opposant à la Russie concernant la protection des investissements en Crimée⁸⁵. À supposer que la volonté de la Russie ait été celle d'exclure la Crimée du champ d'application la concernant, la volonté conjointe des deux parties, exprimée dans le traité bilatéral, consiste à rendre applicable le traité à la Crimée. Si la situation des ressortissants des deux États — Russie et Ukraine — est différente de celle des ressortissants d'États tiers, on peut souligner que, dans les deux situations, l'un des deux États liés par un traité bilatéral ne peut pas, de manière unilatérale, soustraire au champ d'application spatial du traité ce que la volonté commune a voulu y inclure. Seules les parties conjointement, et non séparément, peuvent retirer des droits qu'elles ont établis conjointement.

Une fois le traité pertinent identifié, le tribunal arbitral devra apprécier si des conditions qui tiennent aux limites de sa compétence personnelle ou matérielle sont de nature à faire échec à cette compétence.

II — SE DECLARER COMPETENT

La résolution d'un différend d'investissement qui se rapporte à une zone contestée présuppose le respect des limites de la compétence du tribunal arbitral. Selon la jurisprudence arbitrale, un organe arbitral établi par traité doit vérifier sa propre compétence même lorsque les parties au différend porté devant lui n'expriment pas d'objection à sa compétence⁸⁶. Cette vérification devra souvent composer, d'une part, avec une démarche dilatoire, ou abstentionniste, de l'État exerçant le contrôle effectif sur le territoire contesté par rapport à la procédure enclenchée par un investisseur étranger, lorsque les réclamations de l'investisseur se dirigent contre cet État. D'autre part, cette vérification pourra tenir compte de l'effet de l'éventuelle sentence pour l'État ayant perdu contrôle d'une partie de son territoire sans avoir renoncé au titre territorial concernant cet espace. En premier lieu, il sera démontré que la résolution préalable du différend territorial sous-jacent au différend d'investissement n'est pas une condition à la compétence du tribunal arbitral en matière d'investissement : il est donc possible de résoudre ce différend dans les limites de la compétence matérielle du tribunal arbitral (A). Sera également démontré, en second lieu, le défaut d'incidence pour la compétence du tribunal arbitral de l'absence à l'instance d'une des parties au

⁸⁵ V. ainsi *PJSC Ukrnafta c. Russie*, CPA n°2015-34 et *Stabil c. Russie*, CPA n°2015-35, sentences non publiées, rapportées in J. Hepburn, R. Kabra, « Further Russia Investment Treaty Decisions Uncovered, Offering Broader Window Into Arbitrators' Approaches to Crimea Controversy », *LA Reporter*, 17 nov. 2017). Le raisonnement du tribunal arbitral apparaît dans les décisions rendues par le Tribunal fédéral suisse rejetant les recours de la Russie, 16 oct. 2018, n°4A_396/2017, *PJSC Ukrnafta c. Russie* et n°4A_398/2017, *Stabil c. Russie*.

⁸⁶ La jurisprudence arbitrale reprend ici une idée déjà consacrée par la jurisprudence de la Cour internationale de justice dans l'*affaire du plateau continental de la mer Égée*, arrêt du 19 déc. 1978, Rec. p. 3. V. ainsi *Metal-Tech Ltd c. Ouzbékistan*, CIRDI n°ARB/10/3, sentence, 4 oct. 2013, § 123 ; *Wintershall Aktiengesellschaft c. Argentine*, CIRDI n°ARB/04/14, sentence, 8 déc. 2008, § 65 et s ; *Gustav F. W. Hamester GmbH & Co KG c. Ghana*, CIRDI n°ARB/07/24, sentence, 18 juin 2010, § 94 ; *Ioan Micula, Viorel Micula, SC European Food S, S.C. Starmill S.R.L. and S.C. Multipliek SRL c. Roumanie*, CIRDI n°ARB/05/20, décision sur la compétence et sur la recevabilité, 24 sept. 2008, § 65.

différend territorial ; il est ainsi possible de résoudre le différend d'investissement dans une zone contestée sans déborder les limites de la compétence personnelle du tribunal (B).

A — La résolution du différend territorial, condition à la compétence du tribunal arbitral ?

Dans l'exercice du pouvoir tiré de sa compétence, le tribunal arbitral saisi d'une demande de réparation en vertu d'un traité bilatéral d'investissement par rapport à des investissements dans une zone contestée doit répondre à des questions pour se déclarer compétent ou pour déclarer recevables les demandes qui lui sont soumises. La première parmi celles-ci concerne l'éventuelle objection, relevée d'office ou invoquée par la partie défenderesse, d'inapplicabilité d'un traité d'investissement sur le territoire litigieux, en raison du caractère internationalement illicite du contrôle de ce territoire par l'État défendeur, et donc de l'existence d'un différend territorial sous-jacent au différend et non résolu. En creux, cette question permet de s'interroger sur le rôle de l'arbitrage d'investissement dans le règlement d'un différend territorial : peut-il avoir un effet positif pour la résolution de cet autre différend, ou bien, au contraire, l'engagement d'une procédure arbitrale en matière d'investissement peut contribuer au « gel » du conflit territorial interétatique ? La jurisprudence arbitrale relative aux investissements en Crimée ne permet pas d'y répondre, le raisonnement des tribunaux arbitraux étant indifférent à la légitimité des assertions territoriales dans la zone contestée. Cette jurisprudence révèle toutefois l'efficacité du mécanisme d'arbitrage pour la mise en œuvre de la responsabilité de l'État pour des agissements ayant engendré des dommages à des investisseurs couverts par le traité d'investissement applicable⁸⁷.

Le raisonnement du tribunal arbitral peut s'analyser en deux volets. D'un côté, il s'agit de déterminer si le traité invoqué est applicable sur le territoire vers lequel se dirigent les investissements. Il s'agit ainsi de vérifier, au vu des éléments évoqués plus haut⁸⁸, si l'interprétation du champ d'application spatial du traité invoqué par l'investisseur requérant permet d'inclure des espaces que l'État défendeur contrôle *de facto*, sans disposer de titre territorial⁸⁹. De l'autre, il s'agit pour l'arbitre de surmonter l'écueil relatif à l'obligation de non-reconnaissance de situations internationalement illicites⁹⁰. Conçue comme une obligation collective de la communauté internationale, cette obligation a été reconnue à différentes occasions par l'Assemblée générale des

⁸⁷ S. Wuschka, « Investment Tribunals Adjudicating Claim Relating to Occupied Territories — Curse or Blessing ? », in A. Duval, E. Kassoti (éds.), *The Legality of Economic Activities in Occupied Territories*, Routledge, 2018, p. 235-252, p. 237.

⁸⁸ V. *supra*, I.

⁸⁹ R. Happ, S. Wuschka, « *Horror Vacui*: Or Why BITs Should Apply to Illegally Annexed Territories », *op. cit.*

⁹⁰ V. Th. Christakis, « L'obligation de non-reconnaissance des situations créées par le recours illicite à la force ou d'autres actes enfreignant des règles fondamentales », in Ch. Tomuschat, J.-M. Thouvenin, *The Fundamental Rules of the International Legal Order*, M. Nijhoff, 2006, p. 127-166.

Nations Unies⁹¹ ainsi que par la Cour internationale de justice⁹². Cette obligation a vocation à sanctionner un comportement internationalement illicite⁹³ et « vise non seulement la reconnaissance officielle de ces situations, mais aussi l'interdiction de tous actes qui impliqueraient une telle reconnaissance »⁹⁴.

L'obligation de non-reconnaissance concerne des actes qui introduisent une violation grave d'une norme impérative du droit international général⁹⁵. Est entendue comme telle « une norme acceptée et reconnue par la communauté internationale des États dans son ensemble 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 général (*jus cogens*) ayant le même caractère »⁹⁶. En droit international contemporain, certaines parmi ces normes concernent les modes d'acquisition de territoire par les États. En effet, si certains modes originaires d'acquisition d'un titre territorial sont toujours admis aujourd'hui, à l'instar de l'acquisition de terres sans maître, de la cession (volontaire), ou encore — hypothèse plus rare — d'un accroissement géologique de territoire, l'incorporation de territoire est, en revanche, internationalement licite uniquement si elle n'est pas le produit d'une annexion par l'effet d'emploi de la force ou d'une menace d'emploi de la force⁹⁷. Pour les mêmes raisons, la prescription

⁹¹ V. par ex. « Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies », résolution 2625 (XXV), AGNU, 16 déc. 1970 ; « Définition de l'agression », résolution 3314 (XXIX), AGNU 14 déc. 1974 ; « Intégrité territoriale de l'Ukraine », résolution 68/262, AGNU, 27 mars 2014.

⁹² CIJ, avis consultatif, 9 juillet 2004, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, Rec. p. 136, § 146.

⁹³ S. Talmon, *Kollektive Nichtanerkennung illegaler Staaten*, Mohr Siebeck, Jus Publicum, vol. 154, 2006, p. 259 et s., spéc. p. 273 et s.

⁹⁴ CDI, comm. *ad* art. 41, §2, para. 5, projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, *in* Rapport de la Commission de droit international sur les travaux de sa 53^e session, 23 avril-1 juin et 2 juillet-10 août 2001, Doc. A/56/10, *Ann. CDI* 2001-II, p. 122.

⁹⁵ Tel l'effet du renvoi de l'article 41, §2, du projet d'articles sur la responsabilité de la CDI à l'article 40 du même texte. Dans certaines décisions, la Cour internationale de justice étend l'obligation de non-reconnaissance au caractère objectivement illicite d'une situation, indépendamment de la réponse à la question de savoir si l'illégalité découle de la violation d'une norme impérative du droit international général ou non [CIJ, avis consultatif, 21 juin 1971, *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*, Rec. 1971, p. 16, §117-127].

⁹⁶ CDI, Projet de rapport sur les travaux de sa 71^e session, chap. V : « Normes impératives, du droit international général (*jus cogens*) », concl. 2, doc. AGNU, A/CN.4/L.929, 10 juin 2019, réimpr. *in* Rapport de la CDI, 71^e session, doc. AGNU, 71^e session, suppl. n°10, A/74/10, spéc. p. 150. La Commission réitère ici le contenu de l'article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969.

⁹⁷ Art. I, Pacte *Briand-Kellogg*, signé le 27 août 1928, dont l'effet semble limité (CPJI, arrêt, 5 avril 1933, *Statut juridique du Groenland oriental, Norvège c. Danemark*, série A/B, n°53, p. 47 : « La conquête [...] agit comme une cause provoquant la perte de la souveraineté [...] lorsqu'il y a guerre entre deux États et que, à la suite de la défaite de l'un d'eux, la souveraineté sur le territoire passe de l'État vaincu à l'État victorieux ». Le principe a connu sa pleine reconnaissance après la Seconde Guerre mondiale, avec la Charte des Nations Unies, ouverte à la signature le 26 juin 1945 (chap. I, art. 2, § 4). V. ainsi « Déclaration relative aux principes de droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies », doc. AGNU, Résolution 2625 (XXV), 24 oct. 1970, p. 131, réitérant le principe de non-emploi de la force, que la Cour internationale de justice considère de droit international coutumier (CIJ, arrêt, fond, 27 juin 1986, *affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci, Nicaragua c. États-Unis*, Rec. p. 14, § 188).

acquisitive n'est plus acceptée aujourd'hui comme mode d'acquisition d'un titre territorial⁹⁸.

Par conséquent, la définition très large de l'obligation de non-reconnaissance, couplée avec la qualification de certains modes d'acquisition de territoire comme internationalement illicites, impose une certaine attention au tribunal arbitral saisi d'un différend qui a trait à des investissements localisés dans une zone contestée. Certes, l'autorité de la chose jugée de la sentence éventuellement rendue a un caractère relatif. Toutefois, le tribunal arbitral qui, afin de se reconnaître compétent, qualifierait l'Etat qui contrôle de manière illégale un territoire de titulaire du titre territorial y afférent, enfreindrait cette obligation.

Le consentement des parties étant nécessaire pour la publication des sentences arbitrales par la Cour permanente d'arbitrage, les sentences relatives à l'application du traité d'investissement russo-ukrainien en Crimée demeurent non publiées⁹⁹, faute de consentement¹⁰⁰ russe. Si les sentences arbitrales relatives aux investissements ukrainiens en Crimée n'ont pas fait l'objet de publication, l'exécution de certaines parmi celles-ci a été contestée devant les juges nationaux, ce qui a permis de dévoiler certains aspects du raisonnement du tribunal arbitral ayant conduit à la reconnaissance de sa compétence. Ainsi, selon le juge fédéral suisse, « le tribunal arbitral a expliqué de manière claire que le terme “territoire”, employé par l'article 1 §4 du traité bilatéral d'investissement de 1998, ne doit pas être interprété dans un sens restrictif du champ d'application territorial de l'accord, de manière à viser exclusivement les territoires sur lesquels s'étend la souveraineté de l'État partie conformément aux principes du droit international »¹⁰¹. En effet, le tribunal arbitral s'est abstenu de se prononcer sur la légalité de la présence russe en Crimée¹⁰² ou sur l'identité du titulaire du titre territorial. En revanche, il a interprété l'exigence d'un rattachement territorial des investissements pour inclure au « territoire » d'application du traité les zones sous contrôle effectif ou *de facto*¹⁰³. Cette extension de l'effet du traité a permis au tribunal à la fois de se

⁹⁸ V. par ex. CIJ, 13 déc. 1999, *Ile de Kasikili/Sedudu (Botswana c. Namibie)*, p. 1045-1109, spéc. §98. Rapp. R. Kolb, *La bonne foi en droit international public*, PUF, Institut universitaire de hautes études internationales de Genève, 2000, Partie II, section I, chap. I, 3, également *id.*, « La prescription acquisitive en droit international public », in P. Zen-Ruffinen (éd.), *Le temps et le droit*, Helbing & Lichtenhahn, 2008, p. 149-175. V. toutefois CIJ, arrêt, 23 mai 2008, *Souveraineté sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks et South Ledge (Malaisie c. Singapour)*, Rec. p. 12, § 17, *passim*. Rapp. G. Giraudeau, *Les différends territoriaux devant le juge international*, M. Nijhoff, 2013, p. 297-298.

⁹⁹ Il peut par ailleurs exister d'autres procédures arbitrales contre la Russie qui se déroulent loin du regard public, la confidentialité étant la règle et la publicité l'exception en matière d'arbitrage international.

¹⁰⁰ V. de manière générale, C. Santulli, *Droit du contentieux international*, *op. cit.*, §722.

¹⁰¹ Tribunal fédéral suisse, 16 oct. 2018, n°4A_396/2017, *PJSC Ukrnafta c. Russie*, § 4.3.2 [notre traduction du texte allemand].

¹⁰² Sur cette question, v. Th. Christakis, « Les conflits de sécession en Crimée et dans l'est de l'Ukraine et le droit international », *JDI* 2014, n°3, doct. 8 ; P. Dumberry, « Requiem for Crimea: Why Tribunals Should Have Declined Jurisdiction over the Claims of Ukrainian Investors against Russian under the Ukraine-Russia BIT », *Journal of International Dispute Management*, vol. 9, 2018, p. 506-533, spéc. p. 508.

¹⁰³ Il s'agit notamment des sentences sur la compétence dans les affaires *Belbek c. Russie*, CPA n°2015-07, *Privatbank c. Russie*, CPA n°2015-21, *Ukrnafta c. Russie*, CPA n°2015-34, et *Stabil c. Russie*, CPA n°2015-35 (J. Hepburn, « Full Jurisdictional Reasoning Comes to Light in Crimea-Related BIT Arbitration vs. Russia », *LA Reporter*, 9 nov. 2017 ; J. Hepburn, R. Kabra, « Further Russia Investment

reconnaître compétent et de contourner la question épineuse du titre territorial sur l'espace litigieux. Ce faisant, le tribunal arbitral semble n'avoir émis aucune réserve concernant l'illégalité de l'occupation du territoire en question, en rapport avec l'obligation de non-reconnaissance des situations illégalement acquises en droit international.

Si la préservation de l'« effet utile » du traité relative à la protection des investisseurs étrangers semble justifier une telle approche, une partie de la doctrine¹⁰⁴ a vu dans cette démarche des tribunaux arbitraux un instrument de consolidation des assertions territoriales de l'État occupant, qui serait incompatible avec la définition de l'occupation en droit international général — entendue comme une situation temporaire, qui en principe n'implique pas transfert du titre territorial du territoire occupé¹⁰⁵. Cette critique semble confondre deux définitions du territoire : celle qui a trait au territoire soumis à la souveraineté de l'État et celle qui vise le champ d'application spatial de ses normes, d'origine interne ou internationale¹⁰⁶. Certes, de manière abstraite, une application stricte du principe de non-reconnaissance, ayant comme effet le refus d'application des traités conclus par la Russie en Crimée, serait judicieuse : de toute manière, les avantages de l'extension de l'effet des traités russes en Crimée seraient d'effet temporaire, puisque les sanctions internationales contre la Russie contraindraient les investisseurs étrangers à ne plus y investir¹⁰⁷. De manière concrète toutefois, une telle position fait abstraction du cas des investisseurs ressortissants ukrainiens — ce que sont tous les investisseurs plaignants à ce jour¹⁰⁸ — qui ne seraient pas parmi ceux visés par les différentes mesures restrictives prises en rapport avec les actions compromettant l'intégrité territoriale de l'Ukraine¹⁰⁹. Dans le même temps, les sentences sont par ailleurs cohérentes par rapport au principe

Treaty Decisions Uncovered, Offering Broader Window Into Arbitrators' Approaches to Crimea Controversy », *LA Reporter*, 17 nov. 2017). Rappr. Tribunal fédéral suisse, 16 oct. 2018, n°4A_396/2017, *PJSC Ukrnafta c. Russie*, § 4.2 et s. et Cour d'appel de la Haye, 11 juin 2019, n°200.250.714/01, *Everest Estate LLC et al. c. Russie* [aff. CPA n°2015-36], spéc. § 6.2-6.3.

¹⁰⁴ Ch. Lülf, « The Protection of (Foreign) Investment during Belligerent Occupation – Considerations on International Humanitarian Law and International Investment Law », in B. Baade, L. Mührel, A. Petrov (éds.), *International Humanitarian Law in Areas of Limited Statehood. Adaptable and Legitimate or Rigid and Unreasonable?*, Nomos, 2018, p. 194-216, spéc. p. 215.

¹⁰⁵ V. par ex. CIJ, avis consultatif, 9 juillet 2004, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, Rec. p. 136, § 78. Rappr. J. Combacau, « Statut et condition internationale des espaces », in J. Combacau, S. Sur, *Droit international public*, LGDJ, Domat, 13^e éd., 2019, spéc. p. 464-465.

¹⁰⁶ V. *supra*, I, A.

¹⁰⁷ P. Dumberry, « Requiem for Crimea: Why Tribunals Should Have Declined Jurisdiction over the Claims of Ukrainian Investors against Russia under the Ukraine-Russia BIT », *op. cit.*, p. 532.

¹⁰⁸ *Aéroport Belbek LLC et Igor Valerievich Kolomoisky c. Russie*, CPA n°2015-07; *PJSC PrivatBank et Finance Company Finilon LLC c. Russie*, CPA n°2015-21; *Lugzor LLC et al. c. Russie*, CPA n°2015-29; *NJSC Naftogaz et al. c. Russie*, CPA n°2017-16; *JSC Oschadbank c. Russie*, CPA n°2016-14; *Everest Estate LLC et al. c. Russie*, CPA n°2015-36; *Stabil LLC et al. c. Russie*, CPA n°2015-35; *PJSC Ukrnafta c. Russie*, CPA n°2015-34. Les quatre dernières affaires sont déjà conclues par des sentences condamnant la Russie à réparer les dommages subis par les investisseurs. Enfin, l'entreprise *Energoatom* a annoncé le déclenchement de procédures contre la Russie dans le cadre du traité bilatéral d'investissement entre l'Ukraine et la Russie (L. Bohmer in *LA Reporter*, 28 mai 2021).

¹⁰⁹ V. les règlements (UE) 208/2014, 269/2014, 692/2014 et 833/2014 et les décisions du Conseil 2014/145/PESC, 2014/119/PESC, 2014/386/PESC et 2014/512/PESC.

généralement reconnu en droit international de variabilité des limites territoriales des traités¹¹⁰. Enfin, la déclaration d'incompétence des tribunaux internationaux aurait un effet favorable à la Russie — échapper aux conséquences de son action internationalement illégale — et conduirait finalement les investisseurs étrangers à chercher satisfaction devant les juridictions internes russes, ce qui, *in fine*, impliquerait des effets de reconnaissance, sans reconnaissance formelle¹¹¹.

De surcroît, le contenu de l'obligation de non-reconnaissance est assez flou. Ainsi, admettre que le traité est applicable n'est pas nécessairement une violation de l'obligation. Deux réflexions peuvent soutenir cette idée. En premier lieu, en pratique, l'obligation de non-reconnaissance est une obligation d'abstention plus qu'une obligation d'action¹¹². On ne saurait ainsi reprocher à un tribunal arbitral de ne pas avoir stigmatisé expressément l'illégalité de la situation, pourvu qu'il la reconnaisse comme une simple situation de fait et non comme une situation légale. En second lieu, même pour des comportements qui peuvent constituer des reconnaissances *de facto*, telle la reconnaissance d'actes d'état civil — ce qui n'est pas le cas des sentences arbitrales en question — l'« exception *Loizidou* »¹¹³ devrait jouer au profit des personnes privées. Par-delà la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, il est légitime de se demander si cette idée pourrait avoir une certaine valeur coutumière.

En somme, il serait paradoxal de déduire de l'obligation de non-reconnaissance d'une situation illégale l'inapplicabilité des traités d'investissement russes à la Crimée, territoire sous contrôle effectif russe. La reconnaissance des effets de ce contrôle peut permettre la mise en œuvre de la responsabilité de la Russie pour les préjudices subis par les investisseurs étrangers par l'effet des agissements imputables à la Russie dans cette zone. On peut supposer que les tribunaux arbitraux, qui fonctionnent sous l'égide du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), de la Cour permanente d'arbitrage, comme dans les affaires relatives à la Crimée, ou sous celle d'autres institutions, sont attentifs à l'« ordre public international » ; si son respect n'est pas imposé par le traité constitutif du tribunal ou par le texte régissant son fonctionnement¹¹⁴, son inobservation peut fragiliser l'exécution de la sentence¹¹⁵.

¹¹⁰ D. Anzilotti, *Cours de droit international*, vol. I, 3^e éd., 1928, trad. fr. G. Gidel, Sirey, 1929, rééd. Panthéon-Assas, 1999, p. 184 ; K. von der Decken, « Article 29 : Territorial Scope of Treaties », *op. cit.*, spéc. § 26-33.

¹¹¹ V. en ce sens CCI, aff. n°6474/1992 (2000), préc.

¹¹² V. toutefois CIJ, avis consultatif, 21 juin 1971, *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*, Rec. 1971, p. 16.

¹¹³ Rappr. *supra*, I, B, 2, concernant l'affaire *Loizidou c. Turquie*, Cour EDH, n°15318/89, 23 mars 1995, objections préliminaires ; 18 déc. 1996, fond.

¹¹⁴ Les procédures arbitrales menées sous l'égide du CIRDI ne peuvent pas déroger à des normes impératives du droit international (Ch. Schreuer et al., *The ICSID Convention : A Commentary on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*, CUP, 2^e éd. 2009, comm. *ad art.* 42, § 273, p. 638).

¹¹⁵ V. ainsi dans une perspective interne française, l'article 1520-5° du Code de procédure civile. Rappr. M.-E. Ancel, P. Deumier, M. Laazouzi, *Droit des contrats internationaux*, Sirey, 2^e éd. 2020, §578 et s.

Les sentences admettant la compétence des tribunaux saisis des affaires relatives aux investissements ukrainiens en Crimée sont tantôt cohérentes par rapport à la jurisprudence internationale, judiciaire ou arbitrale, antérieure ou postérieure à ces affaires, tantôt discordantes par rapport à d'autres arrêts ou sentences rendus par des organes internationaux.

En premier lieu, ce raisonnement fait ainsi écho à la jurisprudence de la Cour permanente de justice internationale dans l'affaire de *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise*¹¹⁶, où la Cour avait jugé que la Pologne était responsable de l'expropriation de biens appartenant à des ressortissants allemands et situés sur un territoire sous souveraineté allemande, devenu ultérieurement polonais. Ce raisonnement rappelle par ailleurs celui du tribunal arbitral relatif au conflit entre l'Érythrée et l'Éthiopie, qui, en 2000, a condamné l'Éthiopie à des réparations relatives à l'expropriation de la propriété de ressortissants érythréens, qui avaient antérieurement été de nationalité éthiopienne¹¹⁷. En second lieu, le raisonnement des tribunaux arbitraux ayant conduit à la déclaration de leur compétence dans les affaires relatives à la protection des investissements en Crimée a été cité par la Cour européenne des droits de l'homme dans un arrêt rendu en 2020 au sujet du contentieux, interétatique cette fois-ci, entre l'Ukraine et la Russie relatif à la violation des droits garantis par la Convention en Crimée¹¹⁸. Comme les tribunaux arbitraux en matière d'investissement, la Cour de Strasbourg a considéré que l'étude de la légalité de la présence russe en Crimée n'était pas l'objet de la requête¹¹⁹. La Cour internationale de justice avait déjà suivi la même approche en 2019, à propos d'un contentieux relatif à des manquements, allégués par l'Ukraine, de la Russie à ses obligations découlant de la convention internationale pour la répression du financement du terrorisme et de celle sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, dont les effets seraient survenus en Crimée¹²⁰.

En revanche, ce raisonnement se distingue de celui emprunté par un tribunal arbitral constitué selon l'annexe VII de la Convention des Nations Unies de 1982 sur le droit de la mer, appelé à se prononcer sur les droits de l'État côtier sur certaines zones maritimes adjacentes à la Crimée. Par une sentence rendue en 2020, le tribunal a estimé que la question de la souveraineté territoriale sur la Crimée « n'est pas [...] »

¹¹⁶ CPJI, *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise*, exceptions préliminaires, 25 août 1925, CPJI, série A, n° 6 ; fond, 25 mai 1926, série A, n° 7.

¹¹⁷ Commission de réclamations Érythrée/Éthiopie (accord du 12 déc. 2000, art. 5), sentence finale sur les demandes de réparation de dommages présentées par l'Érythrée, 17 août 2009, RSA, vol. XXVI, p. 505-630, spéc. §251: «*The Commission recognizes the continued force of the rule of dominant and effective nationality in many circumstances. However, it believes that application of the rule must be qualified in situations, such as those presented here, involving claims centered on expulsion or deprivation of nationality by the respondent State. It cannot be that, in such situations, international law allows a State wrongfully to expel persons or deprive them of its own nationality, but then deny State responsibility because of the very social connections or bonds of nationality it wrongfully ended*».

¹¹⁸ Cour EDH, gde ch., arrêt, 16 déc. 2020 (publ. 14 janv. 2021), n°s 20958/14 et 38334/18, *Ukraine c. Russie (Re Crimée)*.

¹¹⁹ Cour EDH, 16 déc. 2020, *Ukraine c. Russie (Re Crimée)*, préc., spéc. § 244 et 341.

¹²⁰ CIJ, arrêt, exceptions préliminaires, 8 nov. 2019, *Application de la convention internationale pour la répression du financement du terrorisme et de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Ukraine c. Fédération de Russie)*, Rec. 2019, p. 558, spéc. § 29.

mineure et accessoire au différend relatif à l'interprétation ou l'application de la Convention », mais concerne « une condition préalable à la décision [...] sur un certain nombre de demandes soumises par l'Ukraine en vertu de la Convention [...] ». Le tribunal s'est ainsi déclaré incompétent pour se prononcer sur le différend soumis par l'Ukraine¹²¹. Considérant que la qualification de l'Ukraine d'« État côtier » dans ce différend exigeait de se prononcer sur le statut territorial de la Crimée, le tribunal a suivi une approche similaire à celle empruntée par un autre tribunal arbitral qui avait rendu, cinq ans plus tôt, une sentence concernant l'affaire opposant la République de Maurice et le Royaume-Uni et relative à l'aire marine protégée des Chagos. En l'espèce, le tribunal avait écarté pour des raisons similaires sa compétence sur certaines demandes formulées par Maurice. Selon le tribunal, la réponse à ces demandes présupposait de qualifier Maurice d'« État côtier »¹²², et donc de trancher une question de souveraineté territoriale — question hors champ de la compétence du tribunal — avant de procéder à l'interprétation du droit international de la mer applicable en l'espèce¹²³. Si ces deux sentences témoignent d'une plus grande prudence observée dans le contentieux relatif au droit international de la mer concernant l'applicabilité de traités internationaux en zone contestée, la jurisprudence en la matière n'est pas univoque. D'autres arrêts, sentences, ou ordonnances¹²⁴ en droit international de la mer illustrent la possibilité de distinguer l'*applicabilité* de la convention internationale relative au droit de la mer d'une *application* dans le respect d'autres normes du droit international qui permet de rendre cette application compatible avec celles-ci. Un tel raisonnement permet ainsi de concevoir la compétence du juge ou de l'arbitre international de manière plus extensive.

En définitive, dans un premier temps, l'applicabilité d'un traité bilatéral d'investissement en zone contestée est possible, sans préjudice de l'obligation de non-reconnaissance des situations internationalement illégales, lorsque la résolution du conflit territorial n'est pas une condition de la résolution du différend relatif aux investissements. La distinction entre territoire au sens du traité d'investissement et au sens du support d'un titre territorial permet cette applicabilité. Dans un second temps,

¹²¹ Tribunal arbitral *ad hoc* (annexe VII, Convention des Nations unies sur le droit de la mer), *Différend concernant les droits de l'État côtier dans la Mer noire, la Mer d'Azov et le détroit de Kertch (Ukraine c. Russie)*, sentence portant sur les objections préliminaires de la Russie, 21 févr. 2020, CPA n°2017-06, spéc. § 195 et 197.

¹²² Cette précaution semble compréhensible, sans être toutefois nécessaire, puisqu'il est toujours possible de considérer cette notion de manière autonome, comme pour toute notion, y compris celle d'État. V. ainsi, pour la Palestine : CIJ, avis consultatif, 9 juillet 2004, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, Rec. 2004, p. 136 ; CPI, chambre préliminaire I, 5 février 2021, *Situation dans l'État de Palestine*, décision relative à la demande présentée par l'accusation en vertu de l'article 19-3 du Statut pour que la Cour se prononce sur sa compétence territoriale en Palestine, n°ICC-01/18, § 93. Pour le Kosovo : CIJ, avis consultatif, 22 juillet 2010, *Conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo*, Rec. 2010, p. 403.

¹²³ Tribunal arbitral (art. 287 et ann. VII, art. 1, Convention des Nations Unies sur le droit de la mer), *sentence relative à l'aire marine protégée des Chagos (Maurice c. Royaume-Uni)*, 18 mars 2015, RSA vol. XXXI, p. 359-606, spéc. § 209-212.

¹²⁴ V. ainsi Tribunal arbitral, *Guyane c. Suriname*, SA, 17 sept. 2007, CPA n°2004-04, RSA vol. XXX, p. 1-444, spéc. § 403 ; TIDM, arrêt, 1 juill. 1999, *Saint Vincent et les Grenadines c. Guinée [aff. du navire « SAIGA » n°2]*, TDIM Rec. p. 10, spéc. § 159 ; TIDM, *Pays-Bas c. Russie [affaire de l'« Arctic Sunrise »]*, ord., 22 nov. 2013, TIDM Rec. p. 230, spéc. § 68-70.

toutefois, le tribunal arbitral doit également apprécier si la résolution du différend d'investissement est possible en l'absence d'une des parties impliquées au différend territorial sous-jacent.

B — L'absence des États impliqués au différend territorial, obstacle à la compétence du tribunal arbitral d'investissement ?

L'objet de la procédure arbitrale opposant investisseur et État d'accueil des investissements n'a pas comme objet les assertions territoriales sous-jacentes au différend d'investissement. Ainsi, l'absence de l'État de la nationalité de l'investisseur, tiers à l'instance (1), ainsi que le défaut de l'État d'accueil des investissements, partie défenderesse (2), n'impliquent pas *a priori* l'incompétence du tribunal arbitral.

1 — L'absence des « tiers indispensables à l'instance »

Un écueil pour l'application du traité entre l'État qui exerce le contrôle effectif sur un territoire et l'État de nationalité de l'investisseur peut être la règle du tiers indispensable à l'instance. Cette règle a été reconnue par la Cour internationale de justice dans l'affaire de l'Or monétaire¹²⁵. Elle est appliquée également par les tribunaux arbitraux¹²⁶. La règle se résume ainsi : le caractère relatif de l'autorité de la chose jugée, qui caractérise le contentieux international et qui permet souvent au juge ou à l'arbitre international de rendre une décision en l'absence de tiers intéressés, tout en évaluant leur comportement¹²⁷, n'est pas suffisant pour protéger les intérêts des tiers, non présents à l'instance, lorsque l'objet même des demandes concerne un droit qui ne pourrait être accordé à la partie demanderesse que s'il était nié, même partiellement, au tiers absent à l'instance¹²⁸. La Cour internationale de justice a affiné la portée de cette

¹²⁵ CIJ, arrêt (question préliminaire), 15 juin 1954, *Affaire de l'or monétaire pris à Rome en 1943 (Italie c. France, Royaume-Uni et États-Unis)*, Rec. 1954, p. 19 ; CIJ, arrêt (exceptions préliminaires), 26 juin 1992, *Affaire de certaines terres à phosphates à Nauru (Nauru c. Australie)*, Rec. 1992, p. 240 ; CIJ, arrêt, 30 juin 1995, *Affaire relative au Timor oriental (Portugal c. Australie)*, Rec. 1995, p. 90. Sur cette question, v. E. Lagrange, « Le tiers à l'instance devant les juridictions internationales à vocation universelle », in H. Ruiz Fabri, J.-M. Sorel (dir.), *Le tiers à l'instance devant les juridictions internationales*, Pedone, 2005, p. 9-72 ; B. Bonafé, « Indispensable Party », *Max Planck Encyclopedia of International Procedural Law*, févr. 2018 [ouplaw.com].

¹²⁶ CIJ, arrêt (exceptions préliminaires), 26 juin 1992, *Affaire de certaines terres à phosphates à Nauru (Nauru c. Australie)*, Rec. 1992, p. 240, spéc. § 55 ; CIJ, arrêt, 30 juin 1995, *Affaire relative au Timor oriental (Portugal c. Australie)*, Rec. 1995, p. 90, spéc. § 35.

¹²⁷ V. par ex. SA, 6 juin 1904, *Frontière entre la Guyane britannique et le Brésil (Brésil c. Royaume-Uni)*, RSA vol. XI, p. 21-23, p. 22 ; TIDM, arrêt, 14 mars 2012, *différend relatif à la délimitation de la frontière maritime entre le Bangladesh et le Myanmar dans le Golfe du Bengale*, aff. n°16, Rec. p. 4, § 367, où le tribunal se reconnaît compétent tout en rappelant le caractère relatif de l'autorité de la chose jugée. Pour une étude d'ensemble, v. N. Zamir, « The Applicability of the Monetary Gold Principle in International Arbitration », *Arbitration International*, vol. 33, 2017, p. 523-538 et P. Tzeng, « Investments on Disputed Territory : Indispensable Parties and Indispensable Issues », *op. cit.*, p. 124 et s.

¹²⁸ *Affaire de l'or monétaire pris à Rome en 1943 (Italie c. France, Royaume-Uni et États-Unis)*, préc., p. 33. Dans cette affaire, l'or était revendiqué par trois États, parmi lesquels seuls deux étaient parties à l'instance. Puisque les arrêts de la Cour ne lient pas les tiers, celle-ci ne peut pas rendre une décision obligatoire pour les parties au litige que si cette décision est obligatoire également pour les tiers. C'est ce type de raisonnement que peut conduire un organe judiciaire ou arbitral à se déclarer incompétent ou à prononcer l'irrecevabilité des demandes soumises.

règle¹²⁹ dans des contentieux relatifs à la responsabilité internationale de l'État, considérant que son applicabilité dépend de la réponse à la question de savoir si la responsabilité de l'État tiers à l'instance est une « condition préalable » à la détermination de la responsabilité d'une partie à l'instance.

En matière de règlement arbitral des différends internationaux, la compétence des tribunaux se confond, à la différence de celle des organes judiciaires internationaux, avec leur juridiction. En arbitrage interétatique, le consentement des parties impliquées au différend institue à la fois la juridiction et la compétence du tribunal arbitral. Ainsi, en matière de délimitation maritime, un tribunal arbitral s'est considéré incompétent « pour procéder à une délimitation touchant aux droits d'une partie qui n'est pas présente devant lui »¹³⁰. La règle des tiers indispensables au règlement d'un différend paraît ainsi comme une évidence en matière d'arbitrage interétatique. Même si l'arbitrage d'investissement est un arbitrage essentiellement transétatique, opposant le plus souvent un investisseur étranger et un État avec lequel l'État de la nationalité de l'investisseur a conclu un traité de protection des investissements — quoique les États peuvent avoir¹³¹ un accès égal à l'arbitrage, s'ils le souhaitent¹³² — il est intéressant de noter que la règle du tiers indispensable a été également appliquée par des tribunaux arbitraux d'investissement dans le cadre de contentieux arbitraux transétatiques¹³³. Ainsi, devant l'allégation d'un particulier, de nationalité états-unienne, selon laquelle le Royaume d'Hawaï avait enfreint ses obligations découlant du traité d'amitié, de commerce et de navigation de 1849 conclu avec les États-Unis, le tribunal arbitral a relevé d'office que les États-Unis avaient la qualité de tiers indispensable à l'instance et a, à ce titre, décliné sa compétence¹³⁴. En effet, selon le tribunal, le fond du différend concernait le caractère régulier ou non de l'incorporation du territoire hawaïen aux États-Unis en 1898¹³⁵.

Concernant plus précisément l'application de l'objection du tiers indispensable à la procédure en matière d'arbitrage d'investissement, celle-ci a pu être soulevée

¹²⁹ Sur cette question, v. la thèse de L. Palestini, *La protection des intérêts juridiques de l'État tiers dans le procès de délimitation maritime*, préf. M. Kohen, Bruylant, 2021, p. 259 et s.

¹³⁰ Tribunal arbitral *ad hoc*, *Affaire de délimitation des espaces maritimes entre le Canada et la France*, décision du 10 juin 1972, § 79.

¹³¹ V. par ex. article 36 de la Convention CIRDI. Sur l'interaction entre procédures transétatiques, opposant investisseur et État, et interétatiques, opposant les États contractants, dans les traités bilatéraux d'investissement, v. M. Potestà, « State-to-State Dispute Settlement Pursuant to Bilateral Investment Treaties : Is There Potential ? », in N. Boschiero et al (eds.), *International Courts and the Development of International Law*, Asser, 2013, p. 753-768.

¹³² Rapport du 18 mars 1965 des Administrateurs de la Banque mondiale sur la Convention CIRDI art. III(13), p. 41 « [T]he Convention permits the institution of proceedings by host States as well as by investors and the Executive Directors have constantly had in mind that the provisions of the Convention should be equally adapted to the requirements of both cases ».

¹³³ Contre l'application de la règle dans l'arbitrage transétatique, v. l'article de N. Zamir, « The Applicability of the Monetary Gold Principle in International Arbitration », *op. cit.*

¹³⁴ *Larsen c. Royaume d'Hawaï*, sentence, 5 févr. 2001, CPA n°1999-01, §6.2, para. 13 : « [...] under international law, there is a general principle that a non-national tribunal cannot deal with a dispute if its very subject matter will be the rights or duties of an entity not a party to the proceedings, or if as a necessary preliminary to dealing with a dispute it has to decide on the responsibility of a third party over which it has no jurisdiction ».

¹³⁵ *Larsen c. Royaume d'Hawaï*, préc., §12.18.

devant un tribunal arbitral dans l'affaire *Chevron et TexPet c. Ecuador*¹³⁶. Si le tribunal l'a rejetée, en se reconnaissant compétent, il a néanmoins reconnu que, selon la règle dégagée par la Cour internationale de justice dans l'arrêt de l'*Or monétaire*, évoquée plus haut, l'exercice du pouvoir tiré de la compétence du tribunal arbitral ne peut pas conduire à reconnaître des droits ou des obligations à la partie absente de l'instance, ce qui est le cas lorsque l'objet même de sa décision y porte¹³⁷.

En ce qui concerne, en particulier, l'application d'un traité d'investissement en zone contestée, est-ce que la qualification du territoire au sein duquel le traité devrait produire des effets pourrait être considérée comme une « condition préalable » à la reconnaissance de la compétence du tribunal arbitral ? Une telle qualification pourrait éventuellement fonder une objection à la compétence du tribunal. Ce raisonnement se heurte cependant à une série d'interrogations. Tout d'abord, s'agissant d'un arbitrage transétatique, se pose la question de savoir si la capacité processuelle d'une partie privée, physique ou morale¹³⁸, lui permet d'invoquer devant des tribunaux arbitraux des arguments qui ont trait à la souveraineté de l'État. Ensuite, il n'est pas certain que l'intérêt de la partie absente de l'instance, si celle-ci devait être l'État titulaire du titre territorial de la zone contestée, serait l'« objet même » de la demande formulée par le demandeur en matière de protection des investissements. En réalité, les conditions qui doivent être appréciées par le tribunal arbitral préalablement à la reconnaissance de sa compétence ont trait à des aspects spécifiques du traité, à savoir le rattachement de l'investissement à l'espace litigieux, abstraction faite de la question de la souveraineté territoriale. Ainsi, le tribunal arbitral n'est pas obligé de se prononcer sur le titre territorial et la reconnaissance de sa compétence ne porte pas préjudice aux intérêts de la partie absente à l'instance et à un futur règlement de différend territorial. La sentence rendue pourra ainsi tenir à la fois compte de l'obligation de non-reconnaissance des situations territoriales illégalement établies et écarter, avant qu'elle ne soit née, une objection relative à la règle du tiers indispensable à l'instance, en s'abstenant de se prononcer sur des questions autres que celles qui lui ont été soumises par le demandeur. Telle a été la position retenue par les tribunaux arbitraux dans les affaires relatives à la Crimée, où l'Ukraine a par ailleurs déposé des soumissions en qualité de partie non contestante¹³⁹. Alors que les tribunaux ont évacué la question de savoir si la Crimée faisait *partie du territoire* russe selon le traité d'investissement russo-ukrainien, ils ont relevé que les deux États convenaient que la Crimée faisait actuellement *partie du champ d'application* dudit traité¹⁴⁰.

¹³⁶ *Chevron et TexPet c. Ecuador* (II), 3^{ème} sentence sur la compétence et sur l'admissibilité, 27 févr. 2012, CPA n°2009-23, § 4.60.

¹³⁷ *Ibid.*

¹³⁸ Sur cette notion en contentieux international, v. C. Santulli, *Droit du contentieux international*, *op. cit.*, §498 et s.

¹³⁹ J. Hepburn, « Full Jurisdictional Reasoning Comes to Light in Crimea-Related BIT Arbitration vs. Russia », *LA Reporter*, 9 nov. 2017.

¹⁴⁰ *Ibid.*

2 — Le défaut de l'État défendeur

Si les deux parties impliquées au différend territorial participent à la procédure d'arbitrage d'investissement sans soumettre un déclinatoire de compétence du tribunal arbitral¹⁴¹, il est possible de considérer qu'elles consentent à sa compétence. À part l'hypothèse où l'État de la nationalité de l'investisseur, tiers à l'instance, est absent, l'hypothèse du défaut de l'État d'accueil des investissements, partie défenderesse, est également envisageable. En effet, la partie défenderesse pourra décider de ne pas participer aux procédures arbitrales dirigées contre elle en rapport avec des investissements étrangers sur le territoire qu'elle occupe ou par rapport auxquels elle présente des assertions territoriales. La Russie a décidé de suivre cette approche dans un premier temps dans les procédures enclenchées par les investisseurs ukrainiens sur la base du traité bilatéral d'investissement conclu avec l'Ukraine.

Dans ce cas, le tribunal arbitral est tenu d'apprécier si le comportement de la partie défenderesse ou de ses représentants équivaut à un défaut de la partie par rapport à l'instance¹⁴². Le défaut d'une partie à l'instance n'obstrue pas cependant la poursuite de la procédure contentieuse en droit international¹⁴³, comme l'ont rappelé parfois les organes arbitraux internationaux¹⁴⁴. Ainsi, la partie demanderesse, représentée à l'instance, est en droit de demander au tribunal arbitral d'adjudger ses conclusions¹⁴⁵, dans les limites des informations dont le tribunal dispose¹⁴⁶. La décision du tribunal arbitral de procéder ainsi implique toutefois une présomption de non-acquiescement

¹⁴¹ L'objection de compétence peut être formulée non seulement devant les tribunaux arbitraux dont le texte régissant le fonctionnement prévoit cette possibilité (ainsi Règlement CNUDCI, art. 23, § 2 ; Convention de Washington, art. 41, § 2 ; règlement CIRDI, art. 41, §1), mais également devant ceux dont le texte constitutif ne la prévoit pas, dans la mesure où l'objection à la compétence du tribunal arbitral doit être considérée comme le corollaire du pouvoir du tribunal arbitral d'apprécier sa propre compétence [Tribunal arbitral États-Unis/Grande-Bretagne, SA du 28 nov. 1923, *Rio Grande Irrigation and Land Company, Ltd. (Grande-Bretagne) c. États-Unis*, RSA, vol. VI, p. 131-138, p. 135-136].

¹⁴² V. par ex. Tribunal CIRDI, sentence, 15 août 1980, *Benvenuti et Bonfant SARL c. Congo*, ARB/77/2, *International Law Reports*, vol. 67, 1984, p. 345-385, §1.15 : « En ce qui concerne la demande de [l'investisseur] au Tribunal de déclarer le Gouvernement en défaut, le Tribunal a considéré que le fait que le Gouvernement n'ait pas assisté à la réunion consultative préliminaire du 15 juin 1978 ne constituait pas un défaut au sens de l'article 45 de la Convention [de Washington] ou de l'article 42 du Règlement [CIRDI] et qu'il était en droit de déposer un déni de compétence dans le délai fixé pour le dépôt du contre-mémoire (article 41 du Règlement) » [notre traduction].

¹⁴³ V. par ex. art. 30, règlement CNUDCI. Rappr. art. 30, règlement d'arbitrage de la CPA.

¹⁴⁴ V. par ex. CPA, aff. n°2012-4, sentence partielle, 30 juin 2016, *Slovénie c. Croatie*, § 142 : « [...] selon un principe bien établi en droit international, un retrait unilatéral de la procédure de règlement des différends ne peut entraîner l'arrêt de celle-ci. [...] » [notre traduction du texte anglais].

¹⁴⁵ V. par ex. 45, §2, Convention CIRDI.

¹⁴⁶ Rappr. CIJ, 15 déc. 1949, *Affaire du détroit de Corfu (Royaume-Uni c. Albanie)*, fixation du montant des réparations, Rec. 1949, p. 244, spéc. p. 248 : « L'attitude adoptée par le Gouvernement albanais [partie défaillante] a pour effet de le soumettre aux dispositions de l'article 53 du Statut, applicable à la procédure par défaut. Cet article autorise, d'une part, le Gouvernement du Royaume-Uni à demander à la Cour de lui adjudger ses conclusions ; il prescrit, d'autre part, à la Cour, de s'assurer que lesdites conclusions sont fondées en fait et en droit. Tout en prescrivant ainsi à la Cour de procéder à un examen des conclusions de la Partie comparante, l'article 53 n'a pas pour effet de lui imposer la tâche d'en vérifier l'exactitude dans tous les détails [...]. Il suffit que, par les voies qu'elle estime appropriées, la Cour acquière la conviction que ces conclusions sont fondées ».

par la partie défaillante aux prétentions de la partie demanderesse¹⁴⁷. Cette décision de poursuite des procédures oblige surtout le tribunal arbitral à soulever d'office tous les moyens qu'aurait pu soulever la partie défaillante en rapport avec la compétence du tribunal¹⁴⁸, la recevabilité et le bien-fondé¹⁴⁹ des demandes soumises.

En ce qui concerne en particulier l'arbitrage d'investissement, le tribunal arbitral est tenu d'apprécier sa propre compétence. Cela est vrai même lorsque les deux parties sont présentes et n'ont pas objecté à sa compétence¹⁵⁰. Cette exigence s'impose *a fortiori* lorsqu'une des parties est déclarée en défaut.

Une manière pour le tribunal arbitral de décliner sa compétence concernant des investissements accueillis dans une zone contestée, en cas de défaut de la partie défenderesse¹⁵¹, concerne l'impossibilité d'établir la « territorialité » de l'investissement, prévue par la plupart des traités d'investissement. Il s'agit, dans ce cas, de l'absence non pas de matérialité de l'investissement dans la zone contestée, mais d'une impossibilité d'établir une connexion entre l'investissement prétendu protégé et l'économie de l'État d'accueil de l'investissement en question. En l'absence d'une définition claire des règles de ce rattachement dans le traité, une marge d'appréciation est laissée au tribunal arbitral concernant l'appréciation de cette condition. Cette appréciation peut ainsi conduire soit à la déclaration de la compétence du tribunal, sans exclure, dans un second temps, une déclaration d'irrecevabilité de la demande en l'absence de possibilité d'établir ce lien, soit à la déclaration de l'incompétence du tribunal.

Une autre manière pour le tribunal arbitral de décliner sa compétence serait tirée de la temporalité de l'investissement. Si la compétence *ratione temporis* du tribunal arbitral présuppose l'antériorité de l'entrée en vigueur du traité aux agissements préjudiciables à l'investisseur étranger¹⁵² — elle exige en tout cas la validité de l'accord lorsque survient le préjudice allégué — la compétence du tribunal peut également s'étendre, selon la volonté des parties contractantes, à des opérations d'investissement

¹⁴⁷ Art. 45, §1, Convention de Washington de 1965 ; art. 42, § 4, Règlement CIRDI ; art. 30, règlement CNUDCI. V. également art. 25, modèle de règles sur la procédure arbitrale, CDI, 10^e session, *Ann. CDI*, 1958-II, p. 86-91.

¹⁴⁸ V. par ex. Tribunal CIRDI, 6 juillet 1975, *Kaiser Bauxite Co. c. Jamaïque*, n°ARB/7/3, *International Law Reports*, vol. 114, 1999, p. 142-151, spéc. p. 145-146 ; Tribunal CIRDI, 31 mars 1986, *Liberian Eastern Timber Company (LETCO) c. Libéria*, n°ARB/83/2, *International Law Reports*, vol. 89, 1992, p. 313-352, spéc. p. 326-327, où le tribunal présume une objection à sa compétence par la partie défaillante.

¹⁴⁹ Tribunal CIRDI, 31 mars 1986, *Liberian Eastern Timber Company (LETCO) c. Libéria*, n°ARB/83/2, *International Law Reports*, vol. 89, 1992, p. 313-352, spéc. p. 324.

¹⁵⁰ *Metal-Tech Ltd c. Ouzbékistan*, CIRDI n°ARB/10/3, sentence, 4 oct. 2013, §123 ; *Wintershall Aktiengesellschaft c. Argentine*, CIRDI n°ARB/04/14, sentence, 8 déc. 2008, §65 et s ; *Ioan Micula, Viorel Micula, SC European Food S, S.C. Starmill S.R.L. and S.C. Multiplique SRL c. Roumanie*, CIRDI n°ARB/05/20, décision sur la compétence et sur la recevabilité, 24 sept. 2008, §65. Rapp. art. 41, § 2, règlement CIRDI.

¹⁵¹ Cette objection peut être naturellement aussi soulevée par l'État défendeur lui-même, s'il décide de participer à l'instance.

¹⁵² V. par ex. CIRDI, 24 sept. 2008, sentence sur la compétence et sur la recevabilité, *Ioan Micula, Viorel Micula, SC European Food S, S.C. Starmill S.R.L. and S.C. Multiplique SRL c. Roumanie*, n°ARB/05/20, §157.

question¹⁵⁶. Sans préjuger ou promouvoir la résolution du différend territorial sous-jacent, cette inapplication est sans incidence sur l'obligation de non-reconnaissance des situations internationalement illégales. Il est ainsi possible, et nécessaire au vu de ces considérations, de distinguer l'applicabilité du traité d'investissement en zone contestée de la reconnaissance de cette zone comme partie du territoire d'un État qui en exerce un contrôle en violation des règles du droit international. Enfin, la décision des tribunaux arbitraux saisis des différends relatifs à des investissements dans des zones contestées de se déclarer compétents pour trancher ces différends ne peut être mise en échec ni par l'objection du tiers indispensable à l'instance — la question de la souveraineté territoriale étant distincte de celle relative au champ d'application des traités d'investissement — ni par la défaillance de la partie défenderesse à l'instance, dans la mesure où le tribunal arbitral est obligé d'apprécier toutes les objections qu'aurait pu formuler cette partie si elle avait décidé de se représenter.

Plus généralement, l'étude a permis de mettre au jour les liens étroits qu'entretiennent le droit international de l'investissement, le droit international général et le droit des traités internationaux, particulièrement manifestes lorsque les différends territoriaux peuvent engendrer d'autres différends interétatiques ou transétatiques.

¹⁵⁶ *Sanum Investments Ltd. c. Laos*, sentence sur la compétence, 13 déc. 2013, CPA n°2013-13, *passim*.