UNIVERSITE
PARIS-PANTHEON-ASSAS

INSTITUT
DES HAUTES ETUDES
INTERNATIONALES
DE PARIS

COURS ET TRAVAUX
N°26

# ARBITRAGE TRANSNATIONAL D'INVESTISSEMENT ET CONFLITS ARMES

Par
Fabrizio MARRELLA

Editions A. PEDONE
13, rue Soufflot-75005 Paris

2025

UNIVERSITE PARIS-PANTHEON-ASSAS

INSTITUT DES HAUTES ETUDES INTERNATIONALES DE PARIS

COURS ET TRAVAUX

– 26 –

# ARBITRAGE TRANSNATIONAL D'INVESTISSEMENT ET CONFLITS ARMES

Par

Fabrizio MARRELLA

Editions PEDONE

2025

« COURS ET TRAVAUX »

Fondements du droit constitutionnel européen, I. PERNICE, 2004

Nouveaux horizons pour le droit international des investissements dans le contexte de la mondialisation de l'économie, Th. W. WALDE, 2004

La Cour Européenne des Droits de l'Homme et la liberté religieuse, Y. BEN ACHOUR, 2005

Le droit relatif au maintien de la paix internationale, R. KOLB, 2005

Le droit international face au défi américain, G. NOLTE, 2005

La protection internationale des minorités nationales aux alentours du millénaire, P. KOVACS, 2005

La répression pénale des crimes internationaux, Ph. PAZARTZIS, 2007

International Law and Global War on Terror, M. O'CONNELL 2007

La non-reconnaissance collective des Etats, S. TALMON, 2007

L'Amérique latine et le traitement des violations massives des droits de l'homme, M. PINTO, 2007

Recent Developments in International Investment Law, A. REINISCH, 2009

Le droit international des échanges entre unité et pluralité, J. MATRINGE, 2009

The European Union in International Law, J. KLABBERS, 2012

Intégration européenne. Idées et alternatives, D. THÜRER, P.Y. MARRO, 2015

Cinq problématiques d'actualité en droit des investissements, Z. DOUGLAS, 2015

Les théories critiques de droit international aux Etats-Unis et dans le monde anglophone, R. BACHAND, n° 16, 2015

Emerging Economies and International Trade and Investment Law L. CHOUKROUNE, n° 17, 2017

Droit international des espaces morceaux choisis, G. DISTEFANO, n° 18, 2017

L'eau dans tous ses états juridiques, prospectives hydrauliques internationales F. QUILLERÉ-MAJZOUB, n°19, 2017

La protection des droits fondamentaux en matière de concurrence dans le droit de l'Union européenne : quelques éléments de réflexion K. KOWALIK-BAŃCZYK, n°20, 2018

Les droits de l'homme dans l'Europe en crise, Ed. DUBOUT, n°21, 2018

« A la paix comme à la guerre ? » Le droit international face aux exécutions extrajudiciaires ciblées O. CORTEN, n°22, 2021

Le nouveau droit de l'arbitrage et la médiation OHADA, G. KENFACK DOUAJNI, n° 23, 2021

La coopération structurée permanente (CSP). Enjeux politiques, juridiques et capacitaires n°24, 2022, A. DUMOULIN et Q. LOIEZ

L'essor et la chute du droit international humanitaire n°25, 2024, J. VON BERNSTORFF

Tous droits, Tous pays
© Editions A. PEDONE – PARIS – 2025
I.S.B.N. 978-2-233-01097-1

# PRÉFACE

Ce livre présente les résultats du cours de droit des relations économiques internationales dispensé en 2019 à l'IHEI de l'Université Paris-Panthéon-Assas ainsi que de recherches ultérieures effectuées à la Bibliothèque du Palais de la Paix à La Haye, à la Salle 102 du Panthéon, à l'IREDIES de l'Université Paris I Panthéon Sorbonne, à l'Université de Venise et à l'Universidad Autonoma de Madrid. Cette recherche a été enrichie par les débats eus avec mes étudiants et avec des praticiens de différents Etats.

Je remercie le directeur honoraire de l'IHEI, le professeur Carlo SANTULLI, pour m'avoir confié ce sujet passionnant dans le cadre des travaux de l'IHEI.

Je suis également reconnaissant aux actuelles directrices de l'IHEI, la professeure Niki ALOUPI et Mme Pascale MARTIN-BIDOU, ainsi qu'à la directrice des études de l'IHEI, Claire CRÉPET DAIGREMONT pour l'opportunité de la publication de cet ouvrage. Merci aussi à Jérôme BENZIMRA-HAZAN, Théo ABADIE et Timothée ANDRO pour leur relecture attentive et patiente.

Je tiens à exprimer ma sincère gratitude aux professeurs Dominique CARREAU, Pascal DE VAREILLES-SOMMIÈRES (Paris I), Natalino RONZITTI (LUISS, Rome), Carlos ESPÓSITO MASSICCI, Francisco J. GARCIMARTIN ALFEREZ (Autonoma, Madrid), Ignacio DÍEZ-PICAZO (Complutense, Madrid), ainsi que Bernardo M. CREMADES (Madrid) et Emmanuel JOLIVET (ICC), pour leurs remarques et critiques constructives lors de la rédaction du présent ouvrage. Enfin, *last but not least*, je remercie Bénédicte PEDONE RIBOT d'avoir accepté de publier ce manuscrit, pour son soutien et pour sa confiance.

Fabrizio MARRELLA
Paris-Venise, décembre 2024

## TABLE DES MATIÈRES

*Préface* ..... 3

PREMIÈRE PARTIE :
LES MÉTAMORPHOSES DE LA GUERRE ET SES EFFETS SUR LES RÈGLES PRIMAIRES DU DROIT INTERNATIONAL DES INVESTISSEMENTS

I. LES CONFLITS ARMÉS ET LEURS EFFETS SUR LA STABILITÉ ET LA JUSTICIABILITÉ DU DROIT DES RELATIONS ÉCONOMIQUES INTERNATIONALES

A. Les deux modèles classiques de la guerre ..... 19
1. Les conflits armés internationaux (CAI) ..... 21
a. La notion ..... 22
b. Le début d'un CAI ..... 22
c. La fin d'un CAI ..... 23
2. Les conflits armés non internationaux (CANI) ..... 26
a. La notion de CANI ..... 27
b. Le début d'un CANI ..... 32
c. Les situations de violence ne pouvant pas être qualifiées de CANI ..... 37
d. La fin d'un CANI ..... 39
e. Les conflits armés internationalisés ..... 39
i. Le cas du conflit armé interne avec intervention d'une puissance étrangère ..... 39
ii. Le cas du conflit armé interne qui se déroule sur plusieurs Etats ..... 42
iii. Le cas de l'usage de la force sur mandat du Conseil de sécurité de l'ONU ..... 43
iv. Le cas des guerres de libération nationale ..... 44
v. Le cas de conflit interne avec une reconnaissance de belligérance ..... 45
vi. Le cas où le conflit interne est une guerre de sécession ..... 45
3. Pour conclure : un tableau récapitulatif ..... 46
B. Les trois autres modèles de « guerre » à l'époque contemporaine ..... 47
1. La « guerre mondiale contre le terrorisme » ..... 47
a. Le modèle de base de ce type de guerre ..... 48
b. La guerre mondiale contre le terrorisme déclenchée par les Etats-Unis depuis le 11 septembre 2001 ..... 50
c. La guerre transnationale unilatérale contre le terrorisme et la protection des investissements étrangers ..... 53
d. L'investisseur, un dommage collatéral dans la guerre contre le terrorisme ? ..... 56
i. Le cas où l'Etat d'accueil a donné son consentement ..... 57
ii. Le cas où l'Etat d'accueil n'a pas donné son consentement ..... 58
2. La guerre au titre de la responsabilité de protéger (R2P) ..... 59
3. La cyberguerre ..... 60

## II. LES EFFETS DES CONFLITS ARMÉS SUR LES RÈGLES « PRIMAIRES » DU DROIT INTERNATIONAL DES INVESTISSEMENTS

A. Les effets des conflits armés sur les traités en matière d'investissements et d'arbitrage ..... 65
1. La position classique : l'effet extinctif de la guerre interétatique sur les traités ..... 65
2. La position moderne : le projet d'articles de la CDI sur les « effets des conflits armés sur les traités » de 2011 ..... 69
3. Le principe du maintien des traités d'amitié, de commerce et de navigation ainsi que des TBI ..... 71
a. L'application du principe entre Etats belligérants ..... 71
b. Un indice objectif : les clauses de guerre (« *war clauses* ») ..... 73
i. Les clauses de non-discrimination en cas de conflit armé ..... 75
ii. Les clauses de compensation pour pertes (« Extended War clauses ») ..... 75
c. L'application du principe aux investisseurs des Etats tiers dans un Etat en guerre ..... 77
4. Le maintien des conventions multilatérales en matière d'arbitrage transnational comme le CIRDI et la Convention de New York de 1958 ..... 79
B. Quelle compétence des tribunaux d'investissement en cas de conflit armé ? ..... 84
1. Introduction ..... 84
2. Arbitration without privity coûte que coûte ? Les limites et le nécessaire partage des compétences avec les tribunaux arbitraux interétatiques en cas de conflit armé international ..... 85
a. Le succès de la théorie du consentement dissocié dans l'arbitrage d'investissement en dehors d'un conflit armé international ..... 87
b. Les limites du consentement dissocié dans l'arbitrage d'investissement : l'interférence du contexte de conflit armé international et du DIH sur la volonté des Etats ..... 89
c. L'arbitre comme mandataire des Hautes Parties contractantes d'un TBI ? ..... 95
d. Le paradigme de l'affaire de l'or monétaire pris à Rome en 1943 aux activités armées dans le territoire du Congo ..... 96
3. La compétence ratione personae ..... 101
a. Un arbitrage international entre l'investisseur d'un Etat en guerre et un Etat d'accueil ennemi ? ..... 102
b. Un arbitrage entre l'investisseur d'un Etat occupé et la puissance occupante ? ..... 105
4. La compétence ratione loci : peut-on soumettre à l'arbitrage mixte les investissements dans des territoires contestés pendente bello ? ..... 106
a. Le tribunal arbitral des *Treaty Claims* tire son pouvoir de la volonté des Etats exprimée dans un traité international sur l'investissement conclu en temps de paix ..... 108
b. Une confirmation récente : l'affaire des *pêcheries du Sahara occidental* ..... 111
c. L'incompétence *de iure* des tribunaux arbitraux d'investissement fondés sur le traité d'investissement de la puissance occupante en raison de leur inapplicabilité dans les territoires occupés ..... 114
d. Les arbitrages mixtes et les territoires contestés : *quo vadis* arbitrabilité ? ..... 116
5. La compétence *ratione temporis* ..... 121

a. L'investissement précédant l'entrée en vigueur du TBI ..... 123
b. La violation précédant l'entrée en vigueur du TBI..... 125
c. De l'application *ratione temporis* du TBI entre la Russie et l'Ukraine dans leur conflit armé..... 127
C. Les effets des conflits armés sur les principes et standards applicables au fond..... 129
1. L'unité de l'ordre juridique international et l'inévitable interférence du DIH dans l'interprétation du droit international des investissements..... 130
a. La clause de « protection et sécurité pleines et entières » comme *Generalklausel*, une « notion à contenu variable »..... 133
b. La fragmentation et l'unité de l'ordre juridique international ..... 136
c. Convergence : l'interprétation systémique et intégrationniste du droit international des investissements..... 137
d. Divergences et conflits de normes : *quae lex specialis derogat iuri generali*?.... 141
2. Le standard de « protection et sécurité pleines et entières » (Full protection and security) et la guerre ..... 144
a. Le foisonnement des règles de « protection et sécurité pleines et entières » entre principes généraux du droit et coutume internationale..... 146
b. Le standard de « la protection et sécurité pleines et entières » en droit conventionnel..... 146
i. L'origine « occidentale » de la clause de « pleines et entières sécurité et protection » ..... 148
ii. L'évaluation par la Cour internationale de Justice dans l'affaire ELSI ..... 152
iii. Une jurisprudence arbitrale fluctuante..... 153
c. L'articulation entre la clause de la « protection et sécurité pleines et entières » et les autres clauses de traitement et protection des investissements..... 158
d. La « protection et sécurité pleines et entières » et le DIH en cas de conflit armé interétatique..... 160
i. Le principe de distinction..... 162
ii. Le principe de proportionnalité..... 166
iii. Le principe de précaution ..... 167
3. L'interdiction des expropriations illégales et la nécessité militaire ..... 168
a. La propriété de l'ennemi ..... 170
b. Le pillage ..... 173
i. Conflits armés internationaux ..... 174
ii. Conflits armés non internationaux ..... 175
c. La sentence sur *les réclamations civiles de l'Erythrée* et le droit de propriété des étrangers ennemis en temps de guerre ..... 176
d. L'expropriation dans les « *Crimea arbitrations* », *l'affaire Krimenergo* ..... 179
4. Le refus des bénéfices conventionnels (Denial of benefits) ..... 179
D. Le cas de l'occupation militaire d'un territoire : de la non-applicabilité des TBI de la Puissance occupante. ..... 183
1. L'occupation militaire ne vaut pas conquête ni succession ..... 184
2. Le début et la fin du régime de l'occupation belligérante en droit contemporain... 188
a. Le début..... 189
b. La fin..... 191

3. Les obligations internationales de la Puissance occupante ..... 192
a. Le principe de conservation de l'ordre juridique et des institutions de l'Etat occupé en cas d'occupation belligérante ..... 197
b. Les biens du gouvernement de l'Etat occupé ..... 201
c. La protection de la propriété privée dans les territoires occupés ..... 201
4. Le respect des traités en matière d'investissement pendant l'occupation militaire. 203
a. Le principe de conservation des traités de l'Etat occupé ..... 203
b. La thèse de l'application extraterritoriale des TBI de la Puissance occupante et sa contrariété avec le droit international ..... 205
c. La position des investisseurs des Etats tiers (non belligérants) en territoire occupé ..... 209
5. L'occupation par les insurgés dans le cadre d'un conflit armé non international ... 213
E. La garantie des investissements contre le risque politique ..... 213
1. La garantie du risque politique par l'Etat d'origine ..... 213
2. La garantie internationale de l'AMGI/MIGA ..... 215
3. L'assurance maritime privée et les guerres ..... 216
4. La garantie des investissements dans le contentieux arbitral ..... 219

DEUXIÈME PARTIE :
LES EFFETS DE CONFLITS ARMES
SUR LES RÈGLES « SECONDAIRES » DU DROIT INTERNATIONAL
ET LES CONTRADICTIONS DE LA PRATIQUE ARBITRALE

I. LES EFFETS DES CONFLITS ARMÉS
SUR LA RESPONSABILITÉ INTERNATIONALE

A. L'attribution de la responsabilité internationale à un Etat ..... 225
1. Le comportement des organes de l'Etat (art.4) ..... 228
2. La responsabilité de l'Etat en ce qui concerne les violations commises par des personnes ou des entités habilitées à exercer des prérogatives de puissance publique (art.5) ..... 233
3. La responsabilité de l'Etat en ce qui concerne les actes commis par excès de pouvoir ou comportements contraires aux instructions (art.7) ..... 235
4. La responsabilité de l'Etat en ce qui concerne les violations commises par des personnes ou des groupes agissant de facto sur ses instructions ou ses directives ou sous son contrôle (art.8) ..... 236
5. La responsabilité de l'Etat en ce qui concerne les violations commises par des personnes ou des groupes privés qu'il reconnaît et adopte comme son propre comportement (art.11) ..... 239
6. L'attribution rétroactive à un Etat des faits des organes d'un mouvement insurrectionnel victorieux (art.10) ..... 241
a. Le changement de régime (art.10, par.1) ..... 242
b. La formation d'un nouvel Etat (art.10, par.2) ..... 244
7. La responsabilité atténuée de l'Etat en cas de dommages résultant d'émeutes ou d'une insurrection qui échouent ..... 246
a. L'expérience des révolutions au Venezuela ..... 249

b. La Résolution de Neuchâtel de l'IDI (1900) ..... 251
c. L'affaire des Réclamations britanniques dans la zone du Maroc espagnol..... 252
d. La Résolution de Lausanne du 1er septembre 1927 ..... 257
e. Le IV Rapport sur la responsabilité internationale des Etats (1972) par le professeur Roberto AGO ..... 258
8. Les défenses de l'Etat en arbitrage mixte en cas de guerre : les circonstances typiques excluant l'illicéité..... 265
a. La force majeure..... 265
b. L'état de nécessité ..... 266
c. Les exceptions de sécurité ..... 271
B. L'attribution de la responsabilité internationale à une organisation internationale ... 274
1. Le traitement des investisseurs dans le cadre des opérations de paix du « Chapitre VII » de l'ONU..... 275
2. Les Articles sur la responsabilité des organisations internationales de 2011..... 280
3. L'administration territoriale par les Nations Unies et d'autres institutions internationales autorisées par les Nations Unies : la Résolution de l'IDI du 2021 . 282
4. L'affaire *Bedri Selmani c. Kosovo* ..... 285

II. LES CONTRADICTIONS DE LA PRATIQUE INTERNATIONALE RÉCENTE

A. L'arbitrage d'investissement, violence et conflits armés non internationaux (CANI) 288
1. La force majeure dans la jurisprudence du Tribunal des Conflits Iran-Etats-Unis . 289
2. *AAPL c. Sri Lanka* (CIRDI) : l'arbitrage de la contre-insurrection ..... 296
3. *AMT c. Zaïre* (CIRDI) : le cas des soldats errants ..... 301
4. *Wena Hotels c. Egypte* (CIRDI) : des hôtels et des Etats hôtes ..... 303
5. *Aucoven c. Venezuela* (CIRDI) : l'autoroute de l'enfer..... 304
6. *RSM c. République Centrafricaine* (CIRDI) ..... 305
7. *Lesi Dipenta c. Algérie* (CIRDI) : force majeure et contrats d'Etat ..... 307
8. *Pantechniki c. Albania* (CIRDI) : soyez réalistes, ne demandez pas l'impossible ! 311
9. *Ampal-America c. Egypte* (CIRDI) : des terroristes et des gazoducs..... 313
10. *Cengiz c. Etat de Libye* (CCI) : les effets de la R2P..... 314
11. *Strabag SE c. Etat de Libye* (CIRDI) : arbitrage et CANI..... 319
a. L'arbitrage..... 319
b. Le recours en annulation ..... 322
12. *Olin Holdings Ltd. c. Etat de Libye* (CCI) : à la recherche du lien de causalité ... 323
13. *Unión Fenosa Gas c. Egypte* (CIRDI) : l'Etat et l'état de nécessité..... 324
14. Arbitrage et CANI au Yémen..... 328
a. *Société DNO Yemen and others v The Ministry of Oil and Minerals* (of the Republic of Yemen) (CCI)..... 329
*i. La sentence arbitrale* ..... 329
ii. Le recours en annulation..... 330
b. *Gujarat c. Yémen* (CCI) ..... 332
B. L'arbitrage d'investissement pendant et après un conflit armé interétatique (CAI).. 334
1. Les arbitrages des investisseurs ukrainiens contre la Fédération de Russie..... 338
a. L'arbitrage de l'Aéroport Belbek (CPA)..... 344

i. L'arbitrage ..... 344
ii. Le recours en annulation devant les juge hollandais (La Haye) ..... 346
b. L'affaire *PrivatBank and Finlon* (CPA) ..... 346
c. *Ukrnafta* (CPA) ..... 353
i. L'arbitrage ..... 353
ii. Le recours en annulation ..... 354
d. *Stabil* (CPA) ..... 354
i. L'arbitrage ..... 355
ii. Le recours en annulation en Suisse ..... 360
e. *Everest Estate* LLC (CPA) ..... 361
i. L'arbitrage ..... 361
ii. Le recours en annulation ..... 362
f. *Lugzor* (CPA) ..... 363
g. *JSC Oschadbank* (CPA) ..... 364
i. L'arbitrage ..... 364
ii. Le recours en annulation en France ..... 366
h. *NJSC Naftogaz* (CPA) ..... 370
i. L'arbitrage ..... 370
ii. Le recours en annulation aux Pays-Bas ..... 374
iii. L'exequatur aux Etats-Unis et au Royaume-Uni ..... 374
i. *JSC DTEK Krymenergo* (CPA) ..... 374
j. Les autres affaires ..... 379
2. Les arbitrages des investisseurs russes contre l'Ukraine ..... 379
a. Les arbitrages fondés sur le TBI Russie-Ukraine ..... 380
i. L'affaire *Tatneft* ..... 380
ii. L'affaire *VEB* (SCC) ..... 381
iii. *Tatarstan c. Ukraine* (PCA) ..... 381
iv. *Gazprom v. Ukraine* ..... 382
v. Les autres arbitrages en cours : *Russian National Commercial Bank (RNCB/RNKB Bank PJSC) v. Ukraine* ..... 382
b. Les arbitrages fondés sur d'autres TBI ..... 382
3. Enfin : la dénonciation du TBI avec la Russie par l'Ukraine ..... 383
4. D'autres exemples : les arbitrages récents d'investissements après la guerre du Haut-Karabakh ..... 383
5. Pour en finir ? Le « champ de bataille » de l'exequatur des sentences arbitrales et le rôle international du juge interne ..... 384
a. Sentences arbitrales CIRDI ..... 384
b. Sentences arbitrales autres que CIRDI ..... 389

CONCLUSION

INSTITUT
DES HAUTES ETUDES
INTERNATIONALES
DE PARIS

COURS ET TRAVAUX

N°26

**Le monde devient de plus en plus violent. On pense au conflit armé entre la Fédération de Russie et l'Ukraine, au cœur du continent européen, à la situation au Moyen-Orient ou encore en Afrique subsaharienne.**

**Le présent ouvrage traite pour la première fois exclusivement de l'arbitrage international des litiges liés aux investissements étrangers dans un contexte de conflit armé, national ou international. Les guerres du 21ème siècle ayant évolué pour dépasser les schémas traditionnels des conflits armés du 20ème siècle, les « nouvelles formes » d'utilisation de la force militaire, telles que la responsabilité de protéger, la « guerre contre le terrorisme » et la cyberguerre, doivent être prises en compte.**

**La première partie est consacrée aux effets des conflits armés sur les traités d'investissement et sur l'arbitrage mixte. Sont ainsi examinées les questions épineuses de compétence des tribunaux arbitraux d'investissement et de droit applicable au fond du litige en situation de guerre et d'occupation militaire.**

**La seconde partie traite des effets des conflits armés sur les règles secondaires de responsabilité. Ces éléments sont examinés sous l'angle du droit positif et de la pratique arbitrale, dans une perspective critique et prospective, dans le but de mieux comprendre le rôle du droit international humanitaire dans un contexte de contentieux arbitral.**

Créée par Prosper WEIL, la collection des « Cours et travaux » est dirigée par :

- Niki ALOUPI, directrice,
- Pascale MARTIN-BIDOU, codirectrice,
- et Claire CRÉPET DAIGREMONT, directrice des études.

Suivi éditorial :

- Timothée ANDRO et Claire CRÉPET DAIGREMONT

ISBN 978-2-233-01097-1

38 €