

Les effets des conflits armés internationaux sur les traités en matière d'investissements

Fabrizio MARRELLA¹

C'est un honneur et un grand plaisir pour moi de rendre hommage à un homme d'exception : un juriste et un professeur éminent, un juge à la Cour internationale de Justice, un fin praticien du droit international, un Diplômé de l'Académie de droit international de La Haye devenu Membre de son prestigieux *Curatorium*, l'un des plus grands juristes arabes dont le cours à l'Académie de La Haye² a montré comment la lettre et l'esprit du droit international, ses valeurs universelles, permettent de comprendre le monde.

Une des questions les plus sophistiquées - et des moins traitées par la doctrine - du droit international est celle de comprendre les effets des conflits armés internationaux sur les traités en matière d'investissements. C'est donc à ce sujet que je souhaite intervenir dans ces Mélanges.

Dans son cours prononcé en 1937 à l'Académie de droit international de La Haye, Lord Mc Nair, Professeur à l'Université de Cambridge, résumait l'état des questions par ces mots :

« plus loin nous remontons dans l'étude des textes, plus tranchante et inconditionnelle est la généralisation d'après laquelle le fait de guerre abroge tous les traités d'une espèce quelconque auxquels les belligérants sont Parties Contractantes; peu à peu, en effet, avec le temps, cette généralisation s'affaiblit, battue en brèche par des exceptions de divers ordres »³

Ce même auteur, au fil de ses différents écrits sur le droit de traités, se penche sur la sorte des traités économiques pour observer que :

“The correct view is believed to be that a pre-war commercial treaty between two opposing belligerents is *ipso facto* abrogated by the outbreak of war,

¹ Professeur de droit international, Université « Cà Foscari » de Venise ; Professeur invité à l'Université de Paris I Panthéon Sorbonne. Docteur en Droit de l'Université de Paris I, Panthéon Sorbonne ; Docteur en Droit de l'Université de Bologne ; Diplômé de l'Académie de droit international de La Haye.

² M. Bennouna, “Le droit international entre la lettre et l'esprit”, *RCADI*, 2016, t.383, p. 9-231.

³ A. Mc Nair, « Les effets de la guerre sur les traités », *RCADI*, v.59, 1937-1, p. 527 à 585. P.528 : « L'Anglais Phillimore donne de l'ancienne règle l'explication suivante : ‘ Autrefois, il était d'usage parmi les nations que les belligérants, quand la guerre éclatait, fissent une proclamation publique et solennelle pour déclarer que les obligations des traités conclus entre eux cessaient d'exister (voir Leibnitz, *Praefatio ad Codicem Diplomaticum Juris Gentium*). Cette coutume a vieilli. En son lieu s'est établie la maxime générale que la guerre *ipso facto* (*von selbst*) abroge les traités entre les belligérants ».

unless it can be reasonably inferred from any stipulations contained in it that the parties intended those stipulations to revive automatically after a war between them.”⁴

Donc, et c'est la vision classique, pour Mc Nair, il faut *présumer*, en cas de conflit armé inter-étatique, sauf preuve contraire, *l'abrogation ou au moins la suspension des traités de commerce*. Ce qui, toutefois, ne touche pas les *vested rights*, soit les droits acquis des sujets privés, *avant* la guerre :

“when a proprietary right has been created or declared by a treaty to be vested in the national of one party the outbreak of war between the parties has no effect upon that right. This is in reality a question of the effect of war upon the vested rights of individual nationals and not of the effect of war upon treaties, but that distinction has not always been observed”.⁵

Ainsi, lors de l'arbitrage dans l'*affaire des Pêcheries côtières de l'Atlantique Nord*, le Gouvernement britannique affirmait que les droits que les États-Unis tiraient du Traité de paix de 1783 en matière de pêcheries avaient été abrogés par la guerre de 1812. Mais le Tribunal, dans sa sentence arbitrale du 7 septembre 1910, n'a pas suivi cet argument et a déclaré que :

“International Law in its modern development recognizes that a great number of treaty obligations are not annulled by war, but at most suspended by it”.⁶

1. Le revirement dans la Résolution de Christiania de l'IDI

L'Institut de droit international s'intéresse à cette question au début du XX^{ème} siècle et, grâce aux rapports de N. Politis, élabore la Résolution de Christiania en 1912 concernant le « Règlement concernant les effets de la guerre sur les traités ».

Dans cette résolution, l'on trouve à l'art.1, un revirement des principes exprimés par Mc Nair car :

« L'ouverture et la poursuite des hostilités ne portent pas atteinte à l'existence des traités, conventions et accords, quels qu'en soient le titre et l'objet, conclus entre eux par les États belligérants. Il en est de même des obligations spéciales nées desdits traités, conventions et accords. »

Font exception, bien sûr, les « pactes d'associations internationales, aux traités de protectorat, de contrôle, d'alliance, de garantie, de subsides, aux traités établissant un droit de gage ou une sphère d'influence et, généralement, aux traités de nature politique ». Ce sont ces derniers traités donc qui tombent à cause de la guerre.

⁴ P.718. L'éminent auteur observe aussi ce qui suit : “*Capitulations*. It is believed, though the question is now unlikely to arise, that the outbreak of war does not *ipso facto* terminate a bilateral treaty of the kind usually known as ‘Capitulations’, and that these treaties are intended to, and do, create a permanent status. They exist for the protection of nationals and their property in certain countries, and the need for that system of protection would continue during a state of war, though the withdrawal of consular officers might necessitate its administration by those of a neutral State.”, p.715.

⁵ *The Law of treaties*, p. 711. V. aussi B. Martin, “Private Property, Rights, and Interests in the Paris Peace Treaties”, *B.Y.*, 1947, pp. 273–300.

⁶ Sentence arbitrale du 7 septembre 1910, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XI, p. 167.

Mais comment exécuter un traité conçu dans une période de paix lors d'un conflit armé ? Ne disait-on que *inter arma silent leges* ? Or, l'IDI, à l'art.4 de sa résolution invite à un sain pragmatisme :

« Les traités restés en vigueur et dont l'exécution demeure, malgré les hostilités, pratiquement possible, doivent être observés comme par le passé. Les États belligérants ne peuvent s'en dispenser que dans la mesure et pour le temps commandé par les nécessités de la guerre. »

Ce graduel changement de route, provoqué par la doctrine innovatrice de l'IDI – sans avoir trop à se préoccuper de la coutume internationale⁷ -, peu à peu développe un nouveau paradigme dont on voit la trace, *inter alia*, dans le célèbre traité de « International Law » de Oppenheim où Lauterpacht écrivait, en 1952, que:

“The doctrine was formerly held, and is even nowadays held by a few writers, that the outbreak of war *ipso facto* cancels all treaties previously concluded between the belligerents, excepting only those concluded especially for war. But the vast majority of modern writers on International Law have abandoned this standpoint, and the opinion is pretty general that war by no means annuls every treaty. But unanimity as to what treaties are or are not cancelled by war does not exist. Neither does a uniform practice of the States exist, cases having occurred in which States have expressly declared that they considered all treaties annulled through war. Thus, the whole question remains as yet unsettled.”⁸

La voie étant tracée, l'on aurait pu systématiser ces problèmes lors de la rédaction de la convention de Vienne sur le droit des traités du 1969. Mais l'on sait bien que ce « traité sur les traités » indique seulement que ladite convention ne couvre pas ces questions (Art. 73)⁹ selon le choix *ratione materiae* de la CDI.

Néanmoins, même après la Convention de Vienne de 1969, l'argument *lex specialis derogat legi generali* se manifeste pour *refuser* l'applicabilité des traités entre parties belligérantes en cas de conflit armé. Une chose est le droit de la paix, autre chose est le droit de la guerre. Et l'on assume que le droit des conflits armés (ou droit international humanitaire, DIH), comme ensemble de *leges speciales*, prévaut

⁷ A. Curti Gialdino, *Gli effetti della guerra sui trattati*, Milano, Giuffrè, 1959, p. 86 ss., avec une analyse ponctuelle des traités de paix, et Ch. Rousseau, *Le droit des conflits armés*, Paris, Pedone, 1983, p.221 s. retrouvent la solution opposée, soit celle de l'effet extinctif.

⁸ Oppenheim, L., *International Law: A Treatise*, vol. II, *Disputes, War and Neutrality*, 7e éd. sous la direction de H. Lauterpacht, Londres, Longmans, 1952, par. 99, p. 302 et 303. V. aussi : A. de La Pradelle, « Effect of War on Private Law Treaties », *I.L.Q.*, 1948-9, pp. 555-76 ; G. Scelle, « De l'influence de l'état de guerre sur le droit conventionnel (à propos d'un récent arrêt de Cassation) », in *Clunet*, 1950, pp. 26-84.

⁹ « Les dispositions de la présente Convention ne préjugent aucune question qui pourrait se poser à propos d'un traité du fait d'une succession d'États ou en raison de la responsabilité internationale d'un État ou de l'ouverture d'hostilités entre États ». V. aussi l'art.75 et en général: Lord Mc Nair, A. Watts, *The Legal Effects of War*, 4 ed., Cambridge, CUP, 1966; B. Broms, « The Effects of Armed Conflicts on Treaties », *Ann. IDI*, 1981, v.59, p.271 ss.; P. Reuter, *Introduction au droit des traités*, 3 éd. par Ph. Cahier, Paris, PUF, 1985 ; K. Bannelier, « Les effets des conflits armés sur les traités », *Mélanges J. Salmon*, Bruxelles, 2007, p.125-159 ; L. Caflisch, « The Legal Effect of Armed Conflicts on Treaties: a stocktaking », *Mélanges Treves*, 2013, p.31-54 ; A. Aust, *Modern Law of Treaties*, 3 ed., Cambridge, 2013, p.271; Quoc Dinh N., P. Daillier, *Droit international public*, 9 ed. par M. Forteau, A Miron et A. Pellet, Paris, LGDJ, 2022, p. 376 ss..

en cas de conflit normatif avec sur celles du droit de la paix. Cependant, dans la pratique, l'on voit que s'il n'y a pas de conflit les deux ensembles des règles peuvent co-exister. C'est pourquoi cette approche radicale et exclusiviste du DIH¹⁰ a progressivement changé pour laisser la place à une , plus moderne, approche « intégrationniste » entre le DIH et autres branches du droit international.

Comme l'on verra par la suite, l'approche intégrationniste est possible même pour ce qui concerne les TBI, surtout lorsque ces traités contiennent des « clauses de guerre »¹¹. La présence de ces clauses, selon nous, indique expressément la volonté des États d'appliquer les TBI même en cas de conflit armé.

2. La position moderne : le projet d'articles de la CDI sur les « effets des conflits armés sur les traités » de 2011

La question des effets de la guerre sur les traités revient à l'attention de l'IDI en 1985 et l'IDI a adopté une nouvelle et plus complète résolution en cette matière¹². Cet acte de *soft law* aura une importante influence sur les travaux qui vont bientôt commencer au sein de la Commission du droit international de l'ONU (CDI). En effet, la CDI a inclus ce thème dans son programme de travail en 2004 (UNGA Res 59/41, du 16 décembre 2004).

Un premier rapport a été rédigé par le rapporteur spécial, le Professeur Ian Brownlie de l'Université de Oxford en 2005 et, en 2008, l'ILC a adopté, en première lecture, un projet de 18 articles sur les effets des conflits armés sur les traités. En 2010, le Professeur Lucius Caflisch de l'Institut de hautes études internationales et du développement de Genève, le nouveau rapporteur spécial, a proposé plusieurs modifications à la série initiale d'articles après que ces articles ont été commentés par les États. Ainsi, la CDI a adopté, le 17 mai 2011, l'ensemble du projet d'articles sur les effets des conflits armés sur les traités en seconde lecture et les 2 et 3 août 2011 a adopté les commentaires afférents au projet d'articles susmentionné. Conformément à l'article 23 de son statut, la CDI a décidé de recommander à l'Assemblée générale : a) de prendre note du projet d'articles sur les effets des conflits armés sur les traités dans une résolution, et de l'annexer à la résolution ; b) d'envisager, à une date ultérieure, d'élaborer une convention sur la base des projets d'articles. Mais il n'y a pas eu de convention internationale depuis, s'agissant d'un autre exemple de « codification light »¹³ du droit international.

En passant au texte de ce projet d'articles de la CDI, l'art.3, pose le suivant « principe général » :

« L'existence d'un conflit armé n'entraîne pas *ipso facto* l'extinction des traités ni la suspension de leur application :

¹⁰ V. par exemple Mc Nair, op. cit. et R. Quadri, « Cours général de droit international public », *RCADI*, Vol.113, 1964-III, pp. 237-483.

¹¹ R. Dolzer, Ch. Schreuer, U. Kriebaum, *Principles of International Investment Law*, 3 ed., Oxford, OUP, 2022, p. 303 ss.

¹² IDI, « Les effets des conflits armés sur les traités », Résolution du 28 août 1985. Rapporteur : M. Bengt Broms. https://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/1985_hel_03_fr.pdf.

¹³ S. Villalpando, « Gli strumenti della codificazione del diritto internazionale pubblico nell'età della codificazione *light* », dans SIDI, *La codificazione del diritto internazionale*, Napoli, ES, 2019, pp. 259-278.

- a) Entre les États parties au conflit ;
- b) Entre un État partie au conflit et un État qui ne l'est pas. »

À l'art.6 l'on trouve une importante grille d'indicateurs, voire des « facteurs indiquant une possibilité d'extinction, de retrait ou de suspension de l'application d'un traité » :

« Pour déterminer si un traité est susceptible d'extinction ou de suspension en cas de conflit armé ou s'il peut faire l'objet d'un retrait en tel cas, il sera tenu compte de tous les facteurs pertinents, notamment :

- a) De la nature du traité, en particulier de sa matière, de son objet et de son but, de son contenu et du nombre de parties au traité ; et
- b) Des caractéristiques du conflit armé, telles que son étendue territoriale, son ampleur et intensité, sa durée, de même que, dans le cas d'un conflit armé non international, du degré d'intervention extérieure. »¹⁴

Donc, l'on peut affirmer que la *théorie objectiviste* suivant laquelle les traités de droit de la paix sont automatiquement caducs en cas de conflit armé est désormais dépassée, s'agissant d'un « ancien régime ». C'est la *théorie subjectiviste* qui a gagné terrain, car le critère général de décision repose sur *l'objet* et le *but* du traité (en ligne droite avec la Convention de Vienne de 1969, art. 20, par. 2, et 31, par. 1)¹⁵.

3. La survivance des traités d'amitié, commerce et navigation ainsi que des TBI

La CDI nous a fourni une « liste indicative » de traités dont la matière implique qu'ils continuent de s'appliquer, en tout ou en partie, au cours d'un conflit armé. Donc, sauf une différente volonté des États contractants, il y a la présomption relative que ces traités ne sont pas automatiquement suspendus ou caducs, voire terminés à cause d'un conflit armé international. Il s'agit de :

- « a) Les traités portant sur le droit des conflits armés, y compris les traités relatifs au droit international humanitaire.
- b) Les traités déclarant, créant ou réglementant un régime ou un statut permanent ou des droits permanents connexes, y compris les traités établissant ou modifiant des frontières terrestres ou maritimes.
- c) Les traités multilatéraux normatifs.

¹⁴ Cette règle s'adresse aussi aux conflits armés non interétatiques. Elle sert de facteur de contrôle en faveur de la stabilité des traités car plus l'implication d'États tiers dans un conflit armé non international est grande, plus ces traités seront affectés.

¹⁵ Dans la pratique récente il suffit de mentionner les différents contentieux entre la République islamique d'Iran et les États-Unis d'Amérique à la CIJ (*de l'affaire relative au personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Teheran* – où la Cour, par son arrêt du 24 mai 1980, a constaté des violations successives et continues par l'Iran des obligations qui lui incombent, *inter alia*, au titre des conventions de Vienne de 1961 et de 1963 sur les relations diplomatiques et consulaires, du traité d'amitié, de commerce et de droits consulaires de 1955 et des règles du droit international général en la matière qui n'ont jamais cessé d'être applicable nonobstant la révolution iranienne de 1979 – à l'affaire des Plates-formes pétrolières dont a son arrêt du 12 décembre 1996, ou encore à celui, en cours, des *violations alléguées du traité d'amitié, de commerce et de droits consulaires de 1955*). V. surtout, ci-après, les différents arbitrages commencés par des investisseurs ukrainiens contre la Russie en plein conflit armé interétatique entre ces deux Pays.

- d) Les traités portant sur la justice pénale internationale.
- e) *Les traités d'amitié, de commerce et de navigation et les accords concernant des droits privés.*
- f) Les traités pour la protection internationale des droits de l'homme.
- g) Les traités relatifs à la protection internationale de l'environnement.
- h) Les traités relatifs aux cours d'eau internationaux et aux installations et ouvrages connexes.
- i) Les traités relatifs aux aquifères et aux installations et ouvrages connexes.
- j) Les traités qui sont des actes constitutifs d'organisations internationales.
- k) Les traités relatifs au règlement des différends internationaux par des moyens pacifiques, notamment la conciliation, la médiation, l'arbitrage et le règlement judiciaire.
- l) Les traités relatifs aux relations diplomatiques et consulaires ».¹⁶

Or, parmi ces différentes catégories des traités, nous intéressent tout particulièrement, ceux de la lettre *e* et *k*. Comme l'observait le premier Rapporteur, le Professeur Ian Brownlie, les traités *d'amitiés, commerce et navigation* sont une catégorie relativement ancienne qui contient sans doute les traités bilatéraux sur les investissements¹⁷. Or, d'après le Professeur Brownlie:

« Such treaties form a very important class of international transactions and form the precursors of the more recent bilateral investment treaties. The nomenclature is varied and such treaties are often denominated treaties of establishment or treaties of amity. They should not be confused with ordinary commercial treaties... This class of treaties includes other treaties concerned with the grant of reciprocal rights to nationals resident on the territory of the respective parties, including rights of acquisition of property, rights of transfer of such property and rights to acquire it by inheritance. Associated with the class are agreements concerning the acquisition and loss of nationality, and other matters of status including marriage and guardianship.

77. The policy basis for according a special status to this category of treaties is essentially that of legal security for the nationals and other private interests involved, coupled with the condition of reciprocity. In other words, there is no compelling reason why the incidence of an armed conflict should dislodge the mutually beneficial status quo. It is therefore not surprising that there is a quantity of State practice confirming the position that such treaties are not terminated in case of an armed conflict.»¹⁸

Bien plus, il est intéressant de noter que la CDI considère que même *les traités visant à protéger les droits de l'homme* peuvent être considérés comme une extension naturelle du statut accordé aux *traités d'amitié, de commerce et de*

¹⁶ Art.6. C'est nous qui soulignons.

¹⁷ Comme l'a indiqué, très justement, C. Schreuer, dans « The Protection of Investments in Armed Conflict », *Trans. Disp. Mgmt*, 2012 : « 'As a rule, treaties dealing with the protection of foreign investment, such as bilateral investment treaties, continue to apply after the outbreak of armed hostilities.' »

¹⁸ Rapp., par. 75.

navigation et aux accords analogues concernant des droits privés, notamment les *traités bilatéraux relatifs aux investissements*.

4. La survivance des accords d'arbitrage et des conventions multilatérales sur l'arbitrage comme le CIRDI et la Convention de New York de 1958

Ces considérations rejoignent celles concernant les traités relatifs au règlement des différends entre États par des moyens pacifiques, notamment la conciliation, la médiation, l'arbitrage ou la saisine de la Cour internationale de Justice.

En doctrine, certains auteurs ont déjà expressément déclaré que les traités créant des mécanismes de règlement pacifique des différends internationaux demeuraient en vigueur¹⁹. Conformément à ce principe, des compromis d'arbitrage signés avant la Première Guerre mondiale ont reçu effet pour que les arbitrages qu'ils prévoyaient aient lieu après la guerre.

Donc si l'on suit une interprétation *stricto sensu* et *a minima*, l'on déduit que l'arbitrage interétatique prévu dans un TBI survie à un conflit armé entre les mêmes États qui en sont parties. Mais si cela est vrai, il s'ensuit que, même dans un rapport « dépolitisé » comme celui entre l'État hôte et l'investisseur d'un État ennemi, l'offre d'arbitrage mixte continue à produire ses effets de droit.

L'interprétation proposée rejoint la question de l'effet de l'ouverture d'hostilités sur une clause compromissoire dans un contrat. Ainsi, dans l'affaire *Dalmia Cement Ltd c. National Bank of Pakistan*, un arbitrage relevant du règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale (CCI), l'arbitre unique, le Professeur Pierre Lalive, évoquant les hostilités entre l'Inde et le Pakistan en septembre 1965, a déclaré ce qui suit :

« En conclusion, il n'y a aucun doute dans mon esprit que, lorsque le demandeur a saisi la Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale, il existait entre les parties un accord valide et contraignant de se soumettre à un arbitrage conformément au Règlement d'arbitrage de la CCI, même en supposant qu'il y ait eu un état de guerre entre l'Inde et le Pakistan. Il est donc inutile d'examiner si le fait de se soumettre à l'arbitrage implique un « rapport » avec un « ennemi » ou si les auteurs cités à l'appui de cet argument sont pertinents seulement pour ce qui est des arbitrages anglais ou locaux mais aussi pour ce qui est des arbitrages internationaux en application du Règlement de la CCI. Il serait également superflu de se demander si les Parties, lorsqu'elles ont accepté la clause compromissoire, ont envisagé ou ont pu envisager la possibilité qu'un « état de guerre » ou un conflit armé n'équivalent pas à une guerre puisse naître ou naisse entre le Pakistan et l'Inde. »

Par ces motifs, l'éminent arbitre a jugé que :

« la procédure d'arbitrage instituée par le demandeur relève de la compétence de la Cour d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale et que l'arbitre est compétent pour juger le différend conformément au paragraphe 3 de l'article 13 du Règlement de conciliation et d'arbitrage de la CCI »²⁰.

¹⁹ Voir McIntyre, *Legal Effect of World War II on Treaties of the United States*, The Hague: Martinus Nijhoff, 1958, p. 74 à 86; McNair, *op. cit.*, p. 720.

²⁰ Sentence du 18 décembre 1976, *ibid.*, vol. 67, p. 629, par. 68.

En ce qui concerne les *traités multilatéraux*, même s'ils sont formellement suspendus *entre belligérants*, ils restent en vigueur dans les rapports *entre parties non belligérantes*, ainsi que dans les relations entre *chaque belligérants* et les *non-belligérants*.

De même, l'appartenance des États belligérants au groupe de la Banque mondiale n'a jamais été automatiquement suspendue ou annulée à cause d'un conflit armé²¹. Encore : la Convention CIRDI comme la Convention de New York – ô combien importantes pour le déroulement de l'arbitrage et la circulation globale des sentences – n'ont jamais été suspendues ou modifiées *ratione personae*. Leur objet ou leur but n'est pas de nature politique. Certes, dans la pratique, il peut y avoir des difficultés d'*exequatur* dans l'un ou l'autre *des Pays belligérants* mais cela n'empêche en rien l'*exequatur* dans les autres États contractants des mêmes traités. Et c'est un autre grand avantage de la Convention CIRDI comme de la Convention de New York de 1958 dont on n'en parle pas assez.

Pour sa part, le premier Rapporteur Brownlie a observé que :

« As a matter of principle and sound policy the principle of survival must apply to obligations arising under multilateral conventions concerning arbitration and the enforcement of awards. In *Masinimport v. Scottish Mechanical Light Industries Limited*, the Scottish Court of Session held that such treaties had survived the Second World War and were not covered by the 1947 Treaty of Peace with Roumania.²² The agreements concerned were the 1923 Protocol on Arbitration Clauses and the 1927 Convention on the Execution of Foreign Arbitral Awards.

The Court classified the instruments as “multipartite lawmaking treaties”. In 1971 the Italian Court of Cassation (Joint Session) held that the Protocol on Arbitration Clauses remained valid in spite of the Italian declaration of war on France, its operation having only been suspended pending cessation of the state of war²³.

109. The recognition of this family of treaties would seem to be justified and there are also links with other classes of treaty, including multilateral law-making treaties.”²⁴

Une autre règle intéressante élaborée par la CDI se retrouve à l'art. 9 :

« un État qui commet une agression au sens de la Charte des Nations Unies et de la Résolution 3314 (XXIX) de l'Assemblée générale des Nations Unies n'est

²¹ Pour ce qui concerne les traités multilatéraux créant des organisations internationales, la pratique montre qu'ils continuent à produire des effets même à l'égard des belligérants. Ainsi, Israël, l'Irak, l'Iran, les États arabes, le Koweït, les États issus de l'ex-Yougoslavie ou encore la Russie et l'Ukraine ont continué et continuent à faire partie de l'ONU, tout comme l'Éthiopie et l'Italie (jusqu'à son retrait en 1937) ont fait partie de la SDN.

²² *ILR*, vol. 74, p. 564.

²³ “*Lanificio Branditex v. Società Azais e Vidal*, *ILR*, vol. 71, p. 595. See also the Swiss Federal Tribunal decision concerning the Protocol on Arbitration Clauses: *Telefunken v. N. V. Philips*, *ibid.* (1952), p. 557.”

²⁴ *Ibidem*. Cfr. A. Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, 3 ed., cit., p. 272: “There is no presumption that hostilities however intensive or prolonged, will necessarily have the effect of terminating or suspending the operation of treaties between the parties to the conflict...The situation created by the outbreak of hostilities might be regarded, at least for treaty relations, as somewhat analogous to that of severance of diplomatic relations, treaties continuing to apply except as in so far as their continuation or operation is not possible during the period of hostilities. When the conflict is over the parties will need to assess to what extent it has affected their treaty relations. They may have to go through a joint process similar to that which some states carry out on the succession of a state.”

pas en droit de mettre fin à un traité, ni d'en suspendre l'application, si une telle mesure devait avoir pour effet de lui procurer un avantage. »

Si la présomption *iuris tantum* est que les traités d'amitiés, commerce et navigation, y compris, selon nous, les TBI ne sont pas suspendus *ipso facto* ni, *a fortiori*, terminés par le fait du déclenchement d'un conflit armé, voire *pendente bello*, les États en guerre, peuvent néanmoins manifester leur intention de suspendre ou terminer un traité donné. L'on comprend alors pour quoi, aux termes du paragraphe 1 de l'article 9 du projet d'articles de la CDI, cette intention de mettre fin à un traité, de s'en retirer ou d'en suspendre l'application doit faire l'objet d'une *notification*. Inversement, selon la CDI, en l'absence de notification, le traité reste en vigueur conformément à la règle générale énoncée à l'article 3, qui prévoit que l'existence d'un conflit armé n'entraîne pas *ipso facto* l'extinction des traités ni la suspension de leur application.

La notification prend effet à sa réception par l'autre État Partie ou les autres États Parties (art.9, par.2) à moins qu'elle ne prévoise une date ultérieure. Par contre, si le traité a un dépositaire, la date à prendre en considération est celle du dépôt. Le paragraphe 3 de l'article 9 du projet d'articles traite aussi la bizarrerie des *objections* aux notifications pour dire que si aucune objection n'est faite dans un délai raisonnable, l'État auteur de la notification peut mettre en œuvre la mesure qui y est proposée.

Encore, l'article 12 porte sur la « perte du droit de mettre fin au traité », de s'en retirer ou d'en suspendre l'application du fait d'un conflit armé. Ici, mais il nous semble un clair exemple de « codification progressive » du droit international, un État perd ce droit : a) s'il a expressément accepté de considérer que le traité reste en vigueur ou continue d'être applicable ; ou b) s'il doit, en raison de sa conduite, être considéré comme ayant acquiescé au maintien en application du traité ou à son maintien en vigueur. Certes, cette disposition est fondée sur l'article 45 de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969. Mais il exprime l'idée – ô combien idéaliste en temps de guerre ! - qu'un minimum de bonne foi doit prévaloir même dans ces circonstances.

Enfin, l'article 18, intitulé « Autres cas d'extinction, de retrait ou de suspension », prévoit que les présents articles de la CDI sont sans préjudice de l'extinction, du retrait ou de la suspension de l'application d'un traité résultant d'*autres causes*, notamment d'une *violation substantielle*, de la survenance d'une situation rendant l'*exécution impossible* ou d'un *changement fondamental de circonstances*. Ici ce sont des moyens classiques du droit des traités qui restent applicables en tant que *lex generalis*.

Or, cela étant, il faut considérer que la compétence de la plupart des tribunaux internationaux se limite à certains types de différends ou à ceux découlant de tel ou tel traité particulier.

Ainsi, en droit international du commerce, le Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends de l'OMC limite la compétence aux *réclamations découlant des seuls accords qui relèvent de l'OMC*. D'où le

fameux débat sur le « self contained systems » qui n'a jamais cessé²⁵. Mais l'Organe d'appel de l'OMC a déclaré dans sa toute première affaire, qu'«il ne faut pas lire l'Accord général [sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994] en l'isolant cliniquement du droit international public»²⁶. La voie donc d'une coordination entre le droit de l'OMC et le droit international des conflits armés semble ainsi tracée.

Plus probable mais plus difficile encore est de voir, *sic et simpliciter*, comment le droit international des investissements, en tant que branche du droit international, est intégré au droit international des conflits armés.

Certes, dans les TBIs, des clauses attributives de juridiction peuvent limiter la compétence du tribunal aux *litiges concernant les normes d'un traité d'investissement donné* (par exemple, l'«interprétation et l'application» du même traité d'investissement). Ainsi, à partir de cette donnée, les praticiens les plus orthodoxes en matière d'arbitrage d'investissement en tirent volontiers la conclusion suivant laquelle un tribunal arbitral dont la compétence est limitée aux seuls litiges relevant du traité d'investissement ne saurait connaître d'autres demandes ou demandes reconventionnelles fondées sur d'autres sources. Autrement dit, d'après cette théorie – suivant laquelle le TBI est un *self-contained régime* - les arbitres d'investissements ne seraient jamais des juges internationaux des tribunaux des droits de l'homme, de l'environnement, du droit pénal international ou encore, des violations alléguées des normes IHL *et similia*. Mais cette théorie, qui est une théorie pure de la fragmentation du droit international²⁷, est de plus en plus en déclin à la faveur des positions plus intégrationnistes dans la pratique la plus récente. Il suffit de penser à l'affaire *Urbaser c. Argentina*²⁸ ou à l'affaire *Philip Morris c. Uruguay*²⁹.

Donc même si l'on reste dans le cadre strict d'un TBI, l'on a bien vu dans la pratique récente que les arbitres peuvent être confrontés à une demande reconventionnelle en matière de droits de l'homme (*Urbaser*) ou à des questions juridiques fondamentales associées à l'équilibre entre les droits des investisseurs

²⁵ V. Carreau, Juillard, R. Bismuth, A. Hamann, *Droit international économique*, 6 éd., Paris, Dalloz, 2018, p.83 ss. ; L. Bartels, «Applicable law in WTO dispute settlement proceedings», *Journal of World Trade*, 2001, p. 501 et 502; D. Palmeter et P. C. Mavroidis, «The WTO legal system: sources of law», *AJIL*, 1998, p. 398 et 399; J. Pauwelyn, «The role of public international law in the WTO: how far can we go?», *ibid.*, 2001, p. 554 à 566; G. Marceau, «WTO dispute settlement and human rights», *EJIL*, 2002, p. 757 ; P. Picone, A. Ligustro, *Diritto dell'Organizzazione mondiale del commercio*, Padue, Cedam, 2002, Ch. XIII .

²⁶ États-Unis – Normes concernant l'essence nouvelle et anciennes formules, WT/DS2/AB/R, adopté le 20 mai 1996, p.19. V. aussi, parmi d'autre, l'affaire *Corée – Mesures affectant les marchés publics*, WT/DS163/R, adopté le 19 juin 2000, par. 7.96, où le Groupe spécial a déclaré que « [l]e droit international coutumier s'applique d'une façon générale aux relations économiques entre les Membres de l'OMC. Il s'applique dans la mesure où les Accords de l'OMC ne contiennent pas de clauses qui les excluent de son champ d'application. »

²⁷ V. en général P. M. Dupuy, « L'unité de l'ordre juridique international », *RCADI*, t. 297, 2002, 9-489.

²⁸ *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/26. Le Tribunal arbitral était composé par le Professeur Andreas Bucher (Président), par le Professeur Pedro J. Martínez-Fraga (nommé par l'investisseur) et par le Professeur Campbell McLachlan (nommé par l'État défendeur).

²⁹ *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay*, ICSID Case No. ARB/10/7. Le Tribunal arbitral était composé par le Professeur Piero Bernardini (Président), par le Professeur Gary Born (nommé par l'investisseur) et par le Professeur James Crawford (nommé par l'État défendeur).

(*Philip Morris*) et la marge d'appréciation des États de régler en faveur de la santé publique.

Encore, et dans cette perspective, l'unité de l'ordre juridique international doit être retrouvée lorsque la clause attributive de juridiction des arbitres d'investissement dans un cas donné couvre « tout litige lié à l'investissement »³⁰.

Cette formule habilite les arbitres à traiter « toute question » y compris celles éventuelles rentrant dans le DIH, comme il est déjà arrivé dans quelques arbitrages concertants des conflits armés internes comme à l'époque du printemps arabe³¹ ou interétatiques comme dans la guerre entre la Russie et l'Ukraine³².

En conclusion, le fait que la compétence du tribunal dans un arbitrage d'investissements soit limitée n'implique donc pas que la portée du droit applicable dans l'interprétation et l'application de ces traités soit limitée. Une chose sont les questions de compétence et recevabilité, autre chose c'est le droit applicable au fond.

Il en reste qu'aujourd'hui il n'y a pas d'effet extinctif automatique des TBI à cause d'un conflit armé. Bref : l'arbitrage d'investissements est immortel.

³⁰ «any dispute related to the investment», v. C. Schreuer, «Jurisdiction and Applicable Law Clause in Investment Treaties», *McGill J, Disp, Resol*, 2014, 1. Cfr. J. Paulsson, «Jurisdiction and Admissibility», in G. Aksen, K.-H. Bockstiegel, M. J. Mustill, P. M. Patocchi, A. M. Whitesell (eds), *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution. Liber Amicorum in Honour of Robert Briner*, Paris, ICC Pub., 2005, pp. 601-617.

³¹ V. W. Ben Hamida, «L'arbitrage et le nouveau contexte politique en Tunisie», *ASA Bulletin*, 2011, pp. 838 – 854 ; M. Al-Rashid, U. Bardyn, et al., «Investment Claims Amid Civil Unrest: Questions of Attribution and Responsibility», in Nassib G. Ziadé (ed), in *Int. Arb. Rev.*, 2016, pp. 181 – 218.

³² I. Muryn, «Sixth Anniversary of the Crimea Crisis : Status Quo of the Crimea-related Investment Arbitration Cases against Russia», in J. Risse, G. Pickrahn, et al. (eds), in *German Arbitration Journal*, 2020, pp. 16 – 22.