



INSIGHT

THE RUSSIAN WAR AGAINST UKRAINE AND THE LAW OF THE EUROPEAN UNION

edited by Charlotte Beaucillon, Teresa Cabrita, Melanie Fink,
Stefano Montaldo *and* Jed Odermatt

ADMISSION ET PROTECTION DES INVESTISSEMENTS ÉTRANGERS À L'ÈRE DES SANCTIONS EUROPÉENNES CONTRE LA RUSSIE VISANT À PROTÉGER L'INTÉGRITÉ TERRITORIALE DE L'UKRAINE

ELISE RUGGERI ABONNAT*

ABSTRACT: The intensification of restrictive measures adopted by the European Union and its member states in the wake of Russia's offensive in Ukraine raises the question of their interaction with legal regimes applicable to foreign investments which follow diametrically opposed objectives. Indeed, recent trends show that foreign investment regimes, broadly defined therein as including domestic regimes for investment admission as well as international investment agreements, offer advantages which can be construed as undermining the effectiveness of European sanctions. The practice of "golden passports" and the possibility that investment treaties be used to challenge the legality of restrictive measures are two examples. However, these possible inhibiting effects should not be overstated. Not only EU restrictive measures are intended to comply with international agreements, but as previously shown in the context of the Ukraine Russia war, international investment agreements can be used to repair damages caused to investors during war time.

KEYWORDS: European sanctions – golden visas – golden passports – foreign investments – international investment agreements – investment arbitration.

I. INTRODUCTION

Loin des champs de bataille, le théâtre des hostilités entre Etats met en scène les seconds rôles de la confrontation armée sur de nouveaux fronts. Les parties non belligé-

* Maître de conférences en droit public, Université de Lille, elise.ruggeri@univ-lille.fr.



rantes, s'engagent sur le terrain de la coercition par le front juridique en adoptant des mesures de "contrainte[s] non armée"¹ comme les mesures de sanctions unilatérales. Un an et demi après l'offensive russe en Ukraine, les sanctions unilatérales adoptées par l'Union européenne à l'encontre de la Fédération de Russie et de certaines personnes ou entités offrant leur soutien matériel ou financier à son gouvernement² sont désormais une thématique récurrente de l'actualité. Plutôt largement acceptées dans leur principe sur le continent européen, le centre de gravité des mesures restrictives s'est rapidement déplacé vers l'évaluation de leur effectivité.

Quelques jours après le début de l'offensive armée, plusieurs chefs d'Etat européens aux côtés de nombreux pays alignés sur les sanctions se déclaraient ainsi résolus à garantir "la mise en œuvre effective des sanctions" et à priver les personnes sanctionnées "de la capacité de dissimuler leurs avoirs dans le monde entier".³ Prise entre le marteau et l'enclume, la volonté d'assurer l'effectivité des sanctions entend renforcer leur propension à modifier le comportement qu'elles entendent faire cesser tout en s'assurant que l'exécution de leur objectif "cadre avec celui consistant à préserver la paix et la sécurité internationale",⁴ c'est-à-dire qu'elle se conforme à l'état de droit et au droit international.⁵

Or, ces mesures restrictives néanmoins non-punitives prennent place dans un ensemble fourni d'engagements internationaux liant les Etats membres à la Russie qu'elles doivent respecter. Dans cet ensemble, figurent notamment les quelques dix-sept traités bilatéraux de protection des investissements (TPI) liant les Etats membres de l'Union européenne à la Russie⁶ dont l'objectif – diamétralement opposé à celui des mesures restrictives européennes – est de protéger toute atteinte à la jouissance et la propriété des investissements étrangers. Alors que les lignes directrices sur les mesures

¹ C Beaucillon, 'Sanctions internationales et contre-mesures' (2021) AFDI 104.

² Règlement d'exécution du Conseil UE 2022/336 du 28 février 2022 mettant en œuvre le règlement (UE) 269/2014 concernant des mesures restrictives eu égard aux actions compromettant ou menaçant l'intégrité territoriale la souveraineté et l'indépendance de l'Ukraine.

³ Déclaration 22/1423 du 26 février 2022 de la Commission européenne, Déclaration conjointe sur de nouvelles mesures économiques restrictives, ec.europa.eu.

⁴ C-72/15 *Rosneft* ECLI:EU:C:2017:236 para. 115.

⁵ D Dreyse, 'Les sanctions de l'Union européenne contre les Etats tiers' (2021) AFDI 136.

⁶ Allemagne (entrée en vigueur le 5 août 1991); Autriche (entré en vigueur le 1 septembre 1991); Bulgarie (entré en vigueur le 19 décembre 2005); Danemark (entré en vigueur le 26 août 1996); Espagne (entré en vigueur le 28 novembre 1991); Finlande (entrée en vigueur le 13 mai 1999); France (entré en vigueur le 17 juillet 1991); Grèce (entré en vigueur le 23 février 1997); Hongrie (entré en vigueur le 29 mai 1996); Italie (entré en vigueur le 7 juillet 1997); Lituanie (entré en vigueur le 24 mai 2004); Luxembourg (entré en vigueur le 13 mai 1991); Pays Bas (entré en vigueur le 20 juillet 1991); République Tchèque (entré en vigueur le 6 Juin 1996); Roumanie (entré en vigueur le 20 juillet 1996); Slovaquie (entré en vigueur le 2 août 1996); Suède (entré en vigueur 7 juillet 1996). En outre, 5 Etats membres ont signé des TBI avec la Russie qui ne sont pas entrés en vigueur: Chypre (11 avril 1997); Croatie (20 mai 1996); Pologne (2 octobre 1992); Portugal (21 juillet 1994); Slovénie (8 avril 2000).

restrictives⁷ ne laissent rien entrevoir de cet arrière-plan normatif en matière d'investissement, son articulation avec les sanctions unilatérales européennes, rarement évoquée,⁸ interroge.

L'actualité montre en effet que le droit international des investissements étrangers entendu ici au sens large comme comprenant les régimes d'admission⁹ et de protection des investissements étrangers, offrent au moins deux "voies de traverses"¹⁰ susceptibles de diminuer l'effectivité des sanctions européennes.

Premièrement, selon la Commission européenne, l'agression russe en Ukraine est une situation qui renforce la nécessité de *repeal immediately*¹¹ les programmes de passeports dorés. En effet, par la pratique dite des "visas dorés" ou des "passeports dorés" des personnes dorénavant visées par les sanctions ont pu acquérir un permis de résidence ou la nationalité d'un Etat membre contre investissement et mettre à l'abri des avoirs économiques (II). Deuxièmement, dans la mesure où les sanctions visent précisément à restreindre l'utilisation et la jouissance des avoirs économiques, elles entrent "foncièrement en contradiction"¹² avec les engagements internationaux pris par les Etats membres à l'égard de la Russie en matière d'investissement. Il n'est donc pas exclu que les voies de recours arbitrales prévues par ces traités soient utilisées pour contester la licéité et l'effet des mesures restrictives afin d'obtenir des indemnités (III). C'est sans doute afin de neutraliser ce risque que l'Allemagne et le Royaume Uni se sont récemment prévalus de leur droit de refuser à tout investisseur russe le bénéfice des protections applicables aux investissements en vertu du Traité sur la Charte de l'énergie.¹³ Ces deux manifestations possibles d'une entrave à l'effectivité des sanctions sont toutefois sans incidence sur la question distincte de la force obligatoire des traités. Le conflit russo-ukrainien confirme à cet égard que, les normes de droit international y compris celles applicables aux investissements peuvent s'illustrer comme un outil de contrainte économique permettant l'indemnisation de certains préjudices causés par la guerre (IV).

⁷ Conseil de l'Union européenne, Lignes directrices concernant la mise en œuvre et l'évaluation des mesures restrictives (relatives aux sanctions) dans le cadre de la politique étrangère et de sécurité commune de l'UE, 15579/03, 3 décembre 2003, para. 11.

⁸ Pour une analyse détaillée voir: Y Nouvel, 'Les sanctions internationales au soutien de l'intégrité territoriale de l'Ukraine: leur conformité au droit international - Le cas des investissements' (2022) *Revue française de droit administratif* 606.

⁹ W Ben Hamida, 'L'admission des investissements et des investisseurs' in C Leben (dir.), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational* (Pedone 2015) 243.

¹⁰ C Beaucillon, 'Les sanctions internationales au soutien de l'intégrité territoriale de l'Ukraine' cit. 597.

¹¹ Recommandation de la Commission européenne du 28 mars 2022 'On Immediate Steps in the Context of the Russian Invasion of Ukraine in Relation to Investor Citizenship Schemes and Investor Residence Schemes', para. 7.

¹² Y Nouvel, 'Les sanctions internationales au soutien de l'intégrité territoriale de l'Ukraine' cit.

¹³ Voir les courriers de l'Allemagne (15 mars 2023) et du Royaume Uni (29 septembre 2023) adressés au secrétariat du Traité sur la Charte de l'énergie en ligne: www.energycharter.org.

II. L'ADMISSION DES INVESTISSEMENTS ÉTRANGERS VIA LA PRATIQUE DES VISAS ET DES PASSEPORTS DORÉS

Depuis plusieurs années, les institutions européennes s'alarment de l'existence des programmes dits des "passeports dorés" et des "visas dorés" qui permettent d'acquérir une nationalité ou un permis de résidence contre investissement.¹⁴ Les préoccupations associées aux programmes des passeports dorés se sont faites plus pressantes avec l'avènement de la guerre en Ukraine. Y voyant une atteinte à l'efficacité des sanctions, plusieurs dirigeants des Etats membres aux côtés des pays alignés sur les sanctions comme le Royaume Uni, les Etats Unis ou le Canada ont déclaré vouloir s'"engag[er] à prendre des mesures visant à limiter la vente de citoyenneté, au moyen des fameux 'passeports dorés', qui permettent aux Russes fortunés liés au gouvernement russe de devenir citoyens de nos pays et d'accéder à nos systèmes financiers".¹⁵

A côté des Etats membres de l'Union qui ont aboli de tels programmes sous la pression politique, Malte fait figure d'exception. Le maintien des programmes de passeports dorés – néanmoins suspendus pour les ressortissants russes et biélorusses – a conduit la Commission européenne à introduire une procédure d'infraction. Elle considère que l'octroi de la nationalité par un Etat membre en échange d'un investissement, sans que les bénéficiaires ne fassent état "d'un lien réel"¹⁶ avec l'Etat membre, est contraire au principe de coopération loyale et porte atteinte à l'intégrité du statut de citoyen de l'Union européenne.

Dans la mesure où une présence continue sur le territoire n'est pas requise pour obtenir un passeport doré et que la réalisation d'un investissement est le seul critère d'attribution de la nationalité, l'exigence d'effectivité qui a pu être appliquée par la Cour internationale de Justice dans l'arrêt *Nottebohm* en droit international¹⁷ est manifestement absente. Il n'en reste pas moins que la preuve d'un lien de rattachement effectif est loin d'être systématiquement requise en droit international,¹⁸ les Etats ayant seuls la compétence pour déterminer les conditions dans lesquelles ils octroient ou non la nationalité.

¹⁴ Discours sur l'état de l'Union de la présidente Von der Leyen au Parlement européen, 16 septembre 2020, voir ec.europa.eu.

¹⁵ Déclaration 22/1423 du 26 février 2022 cit.

¹⁶ Commission européenne, Communiqué de presse du 22 septembre 2022 - Programme de citoyenneté par investissement: la Commission saisit la Cour de justice d'un recours contre MALTE (22 septembre 2022) ec.europa.eu.

¹⁷ CIJ *Nottebohm (Liechtenstein c/ Guatemala)* [6 avril 1955] p. 23. Selon la CIJ, la nationalité constitue "un fait social d'allégeance, un fait social de rattachement, une solidarité effective d'existence, d'intérêts, de sentiments jointe une réciprocité de droits et de devoirs".

¹⁸ Selon la CDI, dans l'arrêt *Nottebohm*, la Cour "n'entendait pas énoncer une règle générale". Voir, CDI, 'Projet d'articles sur la protection diplomatique et commentaires y relatifs' in *Annuaire de la Commission du droit international* (Vol. 2 No. 2 2006) 28.

Il appartiendra ainsi au juge de l'Union de déterminer si "lorsqu'il n'existe aucun domicile, aucune résidence prolongée dans ce pays"¹⁹ au moment de la naturalisation, la nationalité acquise via des passeports dorés deviendrait inopposable. Ce raisonnement qui ne serait pas exempt de toute critique,²⁰ supposerait de réintroduire un critère d'effectivité que le juge européen semblait avoir lui-même exclu.²¹ Dans l'attente d'une clarification juridique, le contexte de la guerre en Ukraine et le souci d'efficacité des mesures restrictives pourraient néanmoins accélérer une décision politique des Etats membres de retirer ces programmes.

Tout aussi problématique du strict point de vue de "l'effectivité" des sanctions, le sort des programmes de résidence contre investissements est lui aussi incertain. Bien que la Commission dispose d'une compétence pour régler les conditions d'entrée et de séjour des ressortissants des pays tiers, les arguments en faveur de leur abolition supposeraient de pouvoir appréhender comme un tout une grande diversité de programmes de visas contre investissements dont les Etats membres et l'Union ont amplement bénéficié sur le plan économique.

Outre que, le droit international coutumier reconnaît à l'Etat "le droit fondamental de choisir et de mettre en œuvre comme il l'entend son système politique, économique et social"²² et qu'il dispose d' "un droit [...] souverain de contrôler l'admission et l'entrée des étrangers – y compris les investisseurs– sur son territoire",²³ la notion critère d'effectivité mobilisée par la Commission pour abolir les passeports dorés n'a pas vocation à encadrer les conditions d'octroi des permis de séjour qui ont par nature un caractère temporaire. Ainsi, à moins de prouver l'intention frauduleuse – comme celle de contourner des sanctions – l'octroi d'un permis de résidence contre investissement n'est donc pas interdit (ces programmes de visas dorés ne sont d'ailleurs pas visés par la Commission dans son recours contre Malte). Si les Etats membres et ceux alignés sur les sanctions doivent en tout logique refuser le bénéfice de ces programmes aux personnes visées par les sanctions,²⁴ le retrait des permis de résidence à celles qui en ont bénéficié avant leur adoption doit être évalué au regard des risques de contrariété avec

¹⁹ *Nottebohm (Liechtenstein c/ Guatemala)* cit. 25.

²⁰ D Vladimirovich Kochenov, 'Policing the Genuine Purity of Blood: The EU Commission's Assault on Citizenship and Residence by Investment and the Future of Citizenship in the European Union' (2021) *Studia Europejskie Studies in European Affairs* 52.

²¹ La Commission devrait toutefois justifier en quoi l'exigence d'effectivité de la nationalité et le respect du principe de la coopération loyale ne constituent pas des "condition[s] supplémentaire[s]" pour la reconnaissance d'une nationalité en vue de l'exercice d'une liberté fondamentale reconnue par le droit de l'Union. Voir case C-369/90 *Micheletti e.a. c/ Delegación del Gobierno en Cantabria* ECLI:EU:C:1992:295 para. 16.

²² CIJ *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis)* arrêt [27 juin 1986] para. 258.

²³ W Ben Hamida, 'L'admission des investissements et des investisseurs' cit. 243.

²⁴ Celles-ci étant frappées d'une interdiction d'entrée sur le territoire de l'U.E.

le droit international. En effet, n'étant pas assimilé un ressortissant de l'Etat hôte,²⁵ tout investisseur accepté en territoire étranger – fut-il ou non admis via un "visa doré" – bénéficie des standards de protection coutumiers tel que le standard minimum de traitement²⁶ auquel s'ajoutent, le cas échéant, des standards conventionnels de protection prévus par les TBI tel que le droit de recourir à l'arbitrage.

Il s'ensuit que le retrait d'un permis de résidence octroyé à un investisseur protégé par un traité liant un Etat membre ou aligné à la Russie, peut contrevenir aux dispositions conventionnelles et faire l'objet d'un recours, dès lors que par cette mesure l'investisseur serait privé de l'utilisation ou de la jouissance de son investissement. Recours d'autant plus envisageables que de nombreux Etats ayant appliqué ces programmes ont conclu des TBI avec la Russie.²⁷

Plus généralement, l'exemple des visas dorés interroge sur la possibilité que les TBI liant les Etats membres à la Russie ou la Biélorusse soient utilisés comme un fondement de contestation de la licéité des sanctions par des personnes propriétaires d'investissement sur le territoire d'un Etat membre et par ailleurs ciblées par les sanctions.

III. RISQUE DE CONTENTIEUX ASSOCIÉ À L'ADOPTION D'UN RÉGIME DE SANCTIONS EUROPÉENNES

Aussi restrictives soient-elles, il est entendu que les sanctions européennes ne présentent pas un caractère pénal²⁸ et constituent un régime non-punitif²⁹ qui doit "respecter les obligations internationales de l'UE et de ses États membres".³⁰

Il est constant à cet égard que l'existence d'un conflit armé "n'entraîne pas *ipso facto* l'extinction des traités ni la suspension de leur application entre les États parties au con-

²⁵ Sauf disposition contraire, en leur qualité de nationaux de l'Etat d'accueil, les bénéficiaires de passeports dorés sortent du champ d'application des TBI à moins d'établir que la nationalité n'est pas effective. CIRDI, *Champion trading Company Ameritrade International, Inc. v Egypte*, ARB/02/9, décision sur la compétence, 21 octobre 2003.

²⁶ CJ *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgique c. Espagne)* arrêt [5 février 1970] para. 33. ("dès lors qu'un Etat admet sur son territoire des investissements étrangers ou des ressortissants étrangers, personnes physiques ou morales, il est tenu de leur accorder la protection de la loi et assume certaines obligations quant à leur traitement").

²⁷ La Bulgarie, la Turquie et le Royaume Uni sont liés par un TBI avec la Russie, Chypre est lié par un TBI avec la Biélorussie.

²⁸ D Dreyse, 'Les sanctions de l'Union européenne contre les Etats tiers' cit. 130.

²⁹ Conseil de l'Union européenne, Mesures restrictives (sanctions) – Mise à jour des meilleures pratiques de l'UE en ce qui concerne la mise en œuvre effective des mesures restrictives 27 juin 2022 1057/22 para. 32. Voir aussi, para. 44 "Le gel de fonds, contrairement à la confiscation, est sans effet sur la propriété des fonds concernés".

³⁰ Lignes directrices concernant la mise en œuvre et l'évaluation des mesures restrictives (relatives aux sanctions) dans le cadre de la politique étrangère et de sécurité commune de l'UE [2018], para. 11.

flit";³¹ ni, *a fortiori*, entre un État partie au conflit et un État qui ne l'est pas. Écartant toute présomption de discontinuité des traités en période de conflit armé, la Commission du droit international classe ainsi "les traités d'amitié, de commerce et de navigation et les accords concernant des droits privés" – avec lesquels les TPI ont une filiation bien établie – comme des traités susceptibles d'être maintenus en vigueur en raison de leur matière.³² La compétence des juridictions européennes pour contrôler la licéité des mesures restrictives³³ n'est ainsi pas exclusive des autres recours prévus par les engagements internationaux liant les États membres parmi lesquels figurent plusieurs dizaines de TBI conclus avec la Russie et la Biélorussie.

L'obligation faite aux États de régler pacifiquement leurs différends a pu les conduire à contester des mesures de sanctions unilatérales devant les juridictions internationales en application des engagements internationaux.³⁴ C'est ainsi que, tirant eux-mêmes des droits en vertu des traités, des investisseurs russes s'estimant lésés par l'effet des mesures de sanctions ont récemment menacé d'introduire des recours contre l'Allemagne³⁵ et le Canada³⁶ sur le fondement des TBI conclus avec la Fédération de Russie.

En effet, quel que soit leur degré d'impérativité et l'objectif poursuivi de préserver la paix et la sécurité internationales,³⁷ les mesures d'exécution des sanctions présentées ou non comme "contre-mesures licites"³⁸ sont [j]usticiables et sont de celles qu'un tribunal arbitral d'investissement peut connaître – pour autant qu'il soit saisi d'un différend d'investissement.

A la condition que les avoirs concernés et leurs propriétaires entrent dans la catégorie des investisseurs et des investissements protégés, le conflit existant entre les mesures restrictives européennes et les dispositions de protection des investissements serait relativement aisé à identifier. Certes, "[l]e gel de fonds, contrairement à la confiscation, est sans effet sur la propriété des fonds concernés",³⁹ toutefois, "le gel comme la

³¹ CDI, 'Projet d'articles sur les effets des conflits armés sur les traités et commentaires y relatifs – art. 39' in *Annuaire de la commission du droit international* (Vol. II No. 2 2011) 108.

³² *Ibid.* Annexe I, 125.

³³ *Rosneft* cit.

³⁴ Voir par exemple: CIJ *Certains actifs iraniens (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique)*, exceptions préliminaires [13 février 2019] para. 13; CIJ *Violations alléguées du traité d'amitié de commerce et de droits consulaires de 1955 (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique)* requête introductive d'instance [16 juillet 2018].

³⁵ S. Moody, 'Rosneft Prepares Investment Claim in Germany' (17 août 2023) Global Arbitration Review globalarbitrationreview.com.

³⁶ T. Jones, 'Russian Airline Threatens Treaty Claim Against Canada' (15 août 2023) Global Arbitration Review globalarbitrationreview.com.

³⁷ *Rosneft* cit. para. 115.

³⁸ *Appel concernant la compétence de l'OACI en vertu de l'article 84 de la Convention relative à l'aviation civile internationale (Arabie Saoudite, Bahreïn, Égypte et Émirats arabes unis c. Qatar)* arrêt [14 juillet 2020] para. 48.

³⁹ Conseil de l'Union européenne, Mesures restrictives (sanctions) – Mise à jour des meilleures pratiques de l'UE cit. para. 44.

saisie sont comparables en ce qu'ils constituent tous deux des mesures d'indisponibilité de biens et d'avoirs".⁴⁰ Or, les protections offertes par les TBI conclus avec la Russie protègent contre toute forme d'atteinte à la propriété de l'investissement y compris celles relatives à son utilisation et sa jouissance. Ainsi par exemple, les mesures restrictives contreviennent manifestement aux clauses de libre transfert des avoirs et, déposant même temporairement l'investisseur de ses avoirs, elles pourraient également être en contrariété avec la clause du traitement juste et équitable ou celle protégeant contre les mesures équivalentes à l'expropriation.⁴¹ Ces contrariétés seraient d'autant plus manifestes que contrairement à d'autres traités en matière d'échanges internationaux, les clauses d'exceptions permettant aux Etats d'invoquer leurs intérêts essentiels de sécurité se font plus rares dans les TBI.

Cela ne veut pas dire que les Etats membres ou ceux alignés sur les sanctions européennes seraient privés d'arguments de défense.

La doctrine des "pouvoirs de police" reconnaissant à l'Etat le droit coutumier d'adopter des mesures pour préserver l'intérêt général⁴² comme des mesures de police administratives l'invocation de la doctrine des "mains propres" ou encore la faute contributive de l'investisseur,⁴³ offriraient des pistes intéressantes. En revanche, le souci de "dégager une approche commune pour résoudre ce type de conflit"⁴⁴ devrait conduire l'Union européenne et ses Etats membres à se détacher de l'assimilation faite entre les mesures restrictives et les contre-mesures "qui n'est pas la plus fertile"⁴⁵ y compris dans le cadre du contentieux de l'investissement. Non seulement la qualification des mesures restrictives en contre-mesures peut impliquer d'en reconnaître l'illicéité – ce

⁴⁰ D Ventura, 'Le gel des avoirs d'individus dans l'ordre juridique international: caractérisation et qualification d'une voie d'exécution en mutation' (2022) RGDIP 248.

⁴¹ Voir TBI France Russie art. 3(1) interdit "toute mesure injuste ou discriminatoire qui pourrait entraver la gestion, l'entretien ou la jouissance ou la liquidation des investissements"; Voir aussi l'art. 4 (3) "Les Parties contractantes ne prennent pas [...] [des] mesures dont l'effet est de déposséder les investisseurs [...] si ce n'est pour cause d'utilité publique et à condition que ces mesures ne soient ni discriminatoires ni contraires à un engagement [liant l'Etat hôte à l'investisseur]". Contrairement à d'autres TBI entre les Etats membres et la Russie, le TBI France-Russie octroie en outre une compétence étendue aux tribunaux arbitraux relative: "Tout différend entre l'une des Parties contractantes et un investisseur [...] portant sur les effets d'une mesure [...] relative à la gestion, l'entretien, la jouissance ou la liquidation d'un investissement réalisé par cet investisseur, en particulier, mais non exclusivement, sur les effets d'une mesure relative au transport et à la vente des marchandises, à la dépossession ou aux transferts visés à l'article 5 du présent Accord [...]" Journal Officiel de la République française N°0243 du 17 octobre 1991.

⁴² CIRDI, *Saur c Argentine*, ARB 04/4 décision sur la compétence et la responsabilité du 6 juin 2012 par. 398 et 401: "L'exercice des pouvoirs de police est légitime s'il est réalisé conformément aux normes d'application générale, de manière non discriminatoire, de bonne foi et en défense de l'intérêt général, et sans que l'Etat ne se soit préalablement soustrait à ses obligations".

⁴³ Assemblée Générale des Nations Unis, résolution Responsabilité des Etats pour fait internationalement illicite du 12 décembre 2001, A/RES/56/83, art. 39.

⁴⁴ Lignes directrices du Conseil relatives aux mesures restrictives cit. para. 12.

⁴⁵ C Beaucillon, 'Sanctions internationales et contre-mesures' cit. 110.

qui ne cadre pas avec leur objectif d'assurer le maintien de la paix et de la sécurité internationales – elle supposerait de revenir sur la thèse majoritaire d'après laquelle les Etats ne peuvent pas viser des investisseurs lorsqu'il adoptent de contre-mesures dans le cadre d'un différend interétatique.⁴⁶ Plus fondamentalement, elle nécessiterait de déterminer qui de l'Etat ou de l'investisseur, est, en droit international, le titulaire des droits reconnus par ces traités.⁴⁷

Certes, en poussant loin l'affirmation de l'autonomie du droit de l'UE "y compris à l'égard du droit international",⁴⁸ le recours à l'arbitrage par les personnes visées par les sanctions peut être interprété comme une atteinte à leur efficacité en ce qu'il pourrait conduire à une condamnation pécuniaire de l'Etat. Toutefois et contrairement ce que les juridictions européennes ont affirmé dans le contexte intra-européen, le souci d'"efficacité"⁴⁹ des normes européennes et le constat que le recours à l'arbitrage "entraîne [...] en réalité un contournement de [...] [ces] obligations [européennes]"⁵⁰ ne sauraient justifier une remise en cause des traités conclus avec des Etats tiers comme la Russie dont le respect est aussi un gage de légitimité des sanctions. Outre qu'ils n'ont rien d'illégal, les possibles effets inhibiteurs des traités d'investissement sur les sanctions ne doivent pas masquer les bénéfiques de leur réciprocité.

IV. UTILISATION DU RÉGIME DE PROTECTION DES INVESTISSEMENTS À DES FINS OFFENSIVES

Aux lendemains de l'annexion de la Crimée par la Russie, l'Ukraine a encouragé ses ressortissants à introduire des requêtes d'arbitrage sur le fondement du TBI la liant à la Fédération de Russie. Cette stratégie dite de "*lawfare*" visait à permettre l'indemnisation des personnes et des entreprises ukrainiennes expropriées *de facto* du fait de l'annexion de la Crimée.⁵¹

⁴⁶ CIRDI, 01 *Corn Product International INC c. Mexique* ARB/04 décision sur la responsabilité du 15 janvier 2008; CIRDI, *Cargill Incorporated c Mexique* ARB(AF)/05/Z décision sur la responsabilité du 18 septembre 2009; Voir *contra* CIRDI, *Archer Daniels Midland and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. c. Mexique* ARB(AF)/04/5 sentence du 21 novembre 2007.

⁴⁷ Cette question de la titularité des droits est au demeurant décisive pour déterminer si l'argument de la légitime défense collective permettrait de suspendre en tout ou en partie les traités d'investissement qui bénéficient d'une présomption de continuité en cas de conflits armés (*Supra* note 24). Voir; CDI, projet d'articles sur les effets des conflits armés sur les traités et commentaires y relatifs (Vol 2. No. 2 2011).

⁴⁸ Case C-284/16 *Achmea* ECLI:EU:C:2018:158 para. 33.

⁴⁹ *Ibid.* para. 56.

⁵⁰ Case C-109/20 *PL Holding* ECLI:EU:C:2021:875 para. 47.

⁵¹ Voir les affaires portées devant la Cour permanente d'arbitrage (CPA): *Aéroport Belbek and Igor Valerievich Kolomoisky c Russie* affaire No. 2015-07; *PrivatBank and Finlon c Russie* affaire No. 2015-21; *Luzgor et al. c Russie* affaire No. 2015-29; *PJSC Ukrnafta c Russie* Affaire No. 2015-34; *Stabil et al. c Russie* affaire No. 2015-35; *Everest Estate et al. c Russie* affaire No. 2015-36; *Naftogaz c Russia* affaire No. 2017-16.

En dépit des obstacles juridiques concernant le champ d'application personnel et territorial du TBI liant l'Ukraine à la Russie qui pouvaient sérieusement mettre en doute son applicabilité au cas d'espèce, les tribunaux arbitraux se sont reconnus compétents pour trancher les différends d'investissement dont ils étaient saisis. Certains l'ont fait en évitant de se prononcer sur la licéité de l'annexion.⁵²

Leur emboitant le pas, les juridictions internes ont rejeté les recours en annulation présentés par la Russie considérant que c'est à bon droit que les tribunaux arbitraux s'étaient déclarés compétents.⁵³

Ces quelques affaires illustrent bien la possibilité que les voies de recours prévues par les TBI soient utilisées afin de contester tout type de mesure (en l'occurrence, l'effet d'une annexion de territoire) associée à des conflits interétatiques de plus grande ampleur dès lors que ces mesures portent atteinte à la propriété et la jouissance d'un investissement.⁵⁴

Surtout, compte tenu de l'importance des avoirs européens en Russie et du risque que d'autres territoires ukrainiens soient encore annexés, la possibilité que des investisseurs ukrainiens ou européens⁵⁵ en Russie ou en Ukraine (et pourquoi pas des Etats) utilisent les traités d'investissement existants avec la Russie par la voie offensive n'est pas négligeable et bel et bien envisagée.⁵⁶ Suivant la jurisprudence rendue par ces tribunaux, l'existence d'un contrôle *de facto* sur des territoires annexés en Ukraine suffi-

⁵² CPA sentence intérimaire (corrigée) du 27 mars 2017 2015-21 *PJSC CB PrivatBank and Finance Company Finilon LLC c Fédération de Russie* para. 144: "In this regard, the Tribunal notes that this Interim Award does not reach any view on the legality or illegality under international law of the incorporation of the Crimean Peninsula by the Russian Federation or on the sovereignty claims of Ukraine and the Russian Federation in respect of the Crimean Peninsula. None of the findings contained in this Interim Award are intended to take any position on such matters"; CPA sentence du 26 novembre 2018 2016-14 *Public Joint Stock Company "State Savings Bank of Ukraine" c Fédération de Russie* paras 208-212.

⁵³ Tribunal fédéral suisse 4A_398/2017 jugement du 16 octobre 2018 *Stabil LLC & autres*, voir aussi Cour de cassation 1ch. CIV. pourvoi No. 21-15.390 7 décembre 2022 *JSC Oschadbank*.

⁵⁴ *Qatar Airways* ainsi lancé plusieurs procédures d'arbitrage sur le fondement d'un traité d'investissement pour contester les mesures de sanctions prises par Bahreïn, les Emirats arabes unis, l'Arabie saoudite et l'Egypte. Voir T Jones, 'Qatar Airways Launches Treaty Claims over Blockade' (22 juin 2020) Global Arbitration Review globalarbitrationreview.com.

⁵⁵ L'entreprise allemande Wintershall a déclaré évaluer tous les recours possibles contre la Russie. Une telle procédure pourrait être introduite sur le fondement du TBI liant l'Allemagne à la Russie. Voir, L Bohmer, 'Wintershall says it is Looking into Legal Claims Against Russia in Relation to Expropriation of its Russian Assets' (14 février 2023) IAREporter www.iareporter.com.

⁵⁶ V Eckert, 'Wintershall Dea CEO Says Exiting Russia Gets Harder by the Day' (27 juillet 2023) Reuters www.reuters.com: "Wintershall Dea was looking into ways to recover at least some of the damages incurred, including arbitration and legal claims".

rait à les considérer partie du "territoire" russe au sens des traités d'investissement et ouvrir la voie à d'autres indemnités d'investisseurs lésés⁵⁷ en Ukraine.

Compte tenu des incertitudes sur l'avenir d'"un mécanisme international aux fins de la réparation des dommages, pertes ou préjudice résultant des faits internationalement illicites commis par la Russie en Ukraine ou contre l'Ukraine"⁵⁸ qui aurait vocation à permettre l'indemnisation des personnes physiques comme des personnes morales, cet important réseau d'accords en matière d'investissement pourrait, dans cette attente, être une pièce maîtresse de l'indemnisation des préjudices causés directement ou indirectement par la guerre.

V. CONCLUSION

Il semblerait finalement que dans cette confrontation non armée, les rapports entre sanctions unilatérales et droit des investissements étrangers soient comme un jeu à somme nulle. D'un côté, l'existence d'un réseau de TBI liant les Etats non alignés sur les sanctions à la Russie inhibe sans doute les chances de contractualisation des mesures restrictives. Bénéficiaires indirects des régimes de sanctions européennes, des Etats non alignés comme la Turquie sont devenus terre d'accueil de certaines personnes sanctionnées. Liés à la Russie par un TBI⁵⁹ ils n'ont que peu d'intérêt à s'aligner sur un régime qui contrevient à leurs engagements internationaux. De l'autre, dans ce face à face de contre-mesures, la possibilité d'être attaqué sur le fondement d'un traité de protection des investissements est tout aussi importante pour la Russie que pour les pays émetteurs de sanctions. Appartenant aux normes que les Etats sont tenus de respecter, les traités d'investissement liant les Etats émetteurs de sanctions à la Russie ont sans doute freiné les ambitions punitives de certains visant à permettre, en dehors de toute procédure judiciaire, la confiscation des biens et avoirs des personnes sanctionnées en Europe ou en Russie.⁶⁰ Les TBI obligent ainsi les décideurs politiques à bien évaluer l'opportunité de franchir la ligne qui risquerait assurément d'apporter son lot de contentieux.⁶¹

⁵⁷ CPA *PrivatBank and Finance Company Finlon LLC c. Fédération de Russie* cit. para. 186: "The Tribunal construes the term 'territory' for purposes of the Treaty to include territory over which a State exercises settled jurisdiction or control and on behalf of which it has assumed responsibility for international relations".

⁵⁸ Assemblée Générale des Nations Unis, résolution Agression contre l'Ukraine: recours et réparation du 7 novembre 2022, A/ES-11/L.6.

⁵⁹ Agreement between the Government of the Russian Federation and the Government of the Republic of Turkey regarding the Promotion and Reciprocal Protection of Investments (15 mai 2000).

⁶⁰ Reuters, 'Swiss Government: Confiscation of Russian Assets Found Unconstitutional' (15 février 2023) www.reuters.com.

⁶¹ Voir à ce titre la notification d'un différend relatif au TBI entre la Russie et le Canada ouvrant 6 mois de négociations préalables envoyée par le transporteur cargo russe "Volga-Dnepr" au Canada suivant la décision des autorités canadiennes de saisir un des avions cargo situé sur son territoire, www.aircargonews.net.

