Daniel MAINGUY

Droit de la « guerre atypique »

Réflexions sur les conflits non armés et non militaires (*lawfare*, guerre économique et informationnelle)

LGDJ un savoir-faire de Lextenso

Droit de la « guerre atypique »

Réflexions sur les conflits non armés et non militaires (lawfare, guerre économique et informationnelle)

Daniel Mainguy

Professeur à l'École de Droit de la Sorbonne
Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

LGDJ un savoir-faire de Lextenso

© 2023, LGDJ, Lextenso
1, Parvis de La Défense
92044 Paris La Défense Cedex
www.lgdj-editions.fr
EAN : 9782275139555

Sommaire

AVANT-PROPOS 1

INTRODUCTION 7

PARTIE 1

LES CONTOURS DE L'ÉLABORATION DU DROIT DE LA GUERRE ATYPIQUE

Chapitre 1. Le contexte du droit de la guerre atypique 37

Chapitre 2. Les figures du droit de la guerre atypique 101

Chapitre 3. Vers la « nationalisation » de la direction de toutes les formes de conflictualité ? 137

PARTIE 2

LES OUTILS JURIDIQUES DU DROIT DE LA GUERRE ATYPIQUE

Chapitre 1. Droit de la guerre atypique économique 155

Chapitre 2. Droit de la guerre atypique informationnelle 267

CONCLUSION, CONSTATS ET PROPOSITIONS 283

BIBLIOGRAPHIE SÉLECTIVE 293

INDEX ALPHABÉTIQUE 315

AVANT-PROPOS

Droit de la « guerre atypique » : la deuxième partie de la formule est l'objet de cet essai, le fruit de longues réflexions, et d'un parcours de recherche particulier. Il traite d'un thème utilisant une formulation peu usuelle sur laquelle quelques mots d'explication paraissent utiles. Au départ spécialiste de ce que j'appelle le droit des contentieux économiques, du droit de l'arbitrage, du droit des contrats d'affaires, j'ai été conduit à considérer les questions d'extraterritorialité de règles internes et j'avais commencé un travail sur le « droit de la guerre économique ». Cette recherche s'était révélée finalement assez vaine, sauf à reprendre des antiennes antiaméricaines assez classiques, peu étayées scientifiquement et par ailleurs datées. En effet, en poursuivant la réflexion, apparaissaient de très nombreux cas d'agressions, étatiques ou privées, contre des États ou des entités privées, qui éprouvaient les législations de pratiquement tous les États. Parmi ceux-ci se développent des attaques cyber, des campagnes de manipulation de l'information, des questions plus techniques également comme les actions dirigées contre des sociétés transnationales, par exemple pour complicité de crimes contre l'humanité ou pour violation d'un devoir de vigilance à l'objet flou, environnemental ou de protection des droits humains, ou encore sur le fondement d'application extraterritoriale de règles françaises, européennes ou américaines notamment, ou, enfin, la question de l'application des sanctions économiques et du traitement de certaines questions de protection des investissements.

Tous ces cas sont, au moins, *ressentis* comme des agressions et sont parfois mis en œuvre comme tels. Reprenant le projet sur une base assez simple, sinon simpliste, il s'agissait alors de considérer que s'il existe des conflits armés, il existe en pure logique des conflits non armés. Le droit des conflits armés, *lato sensu*, existe, est très construit, et fait l'objet de nombreuses applications, de sorte que, tout aussi parallèlement, il doit exister un droit, même lacunaire, des conflits non armés que je désigne comme « atypiques », c'est-à-dire qu'ils ne sont pas des conflits armés, typiques. La formule est inusitée, sinon inédite, la plupart des

auteurs évitant de retenir un terme spécifique, d'autres utilisant celui de « guerre », de sorte que le choix des termes « guerre », formule évidemment hyperbolique, et « atypique » supposait une explication, pour tenter de combler le « vide » existant entre les droits des conflits armés et le droit applicable aux « conflits » d'affaires, les conflits non armés et non militaires. Au fur et à mesure des recherches entreprises, de très nombreux cas de « guerre atypique » et d'hypothèses de traitement juridique de ces différents cas, des règles internes, diverses et d'intensité variable, françaises, européennes ou américaines notamment sont apparues, mais rien ou très peu de significatives questions véritablement internationales, sinon de manière indirecte à travers la figure du *lawfare,* très utilisée par les militaires, y compris pour des questions non militaires. Or cette figure très étonnante vise à présenter des situations, dans un conflit armé, où des règles de droit des conflits armés sont « utilisées » pour réinterpréter certaines de ces règles, proposer des règles alternatives (très clairement par les parties russes, chinoises, iraniennes, etc.). Elle a été également, au fil du temps, utilisée pour saisir des questions très différentes comme celles touchant à l'extraterritorialité de règles étrangères, ce qui n'est pas, *a priori*, une question militaire. Cette observation confortait ce faisant l'idée que le droit de la guerre est un pensé majeur dans les relations internationales, quelles qu'elles soient, publiques ou privées, et qu'il existe des cas d'agressions atypiques que les militaires saisissent. Inversant la proposition, le *lawfare* pourrait parfaitement être considéré comme une technique d'utilisation de règles de droit dans un but agressif, militaire ou non militaire, c'est-à-dire qu'il existe, à côté des cas de guerre typique, des hypothèses de guerre atypique non militaire ou militaire (que les militaires désignent souvent sous la formule « guerre hybride » apparue principalement à l'occasion de l'invasion de la Crimée en 2014). Par ailleurs, la considération du *lawfare* implique celle du droit lui-même, sous un angle « stratégique » ou dans un contexte de négation de la valeur ou de l'existence de règles, en une forme de « guerre du droit ». En revanche, il n'est pas question ici de présenter les conflits armés et non armés comme des formes voisines, ou pire, de proposer les seconds comme une alternative, moderne et aimable, aux premiers, obsolètes. Les conflits armés n'ont pas cessé et l'idée même d'une guerre de « haute intensité » redevient possible, après les conséquences de la fin de la Guerre Froide et la contestation de la suprématie du modèle occidental. L'existence de conflits non armés n'est en rien nouvelle. Sont nouveaux l'intensité et la multiplication des cas et le fait qu'à des types de conflits non armés interétatiques, voire militaires, s'ajoutent des cas de conflits non armés privés, lesquels sont parfois identiques, ce d'autant que la conception d'un litige privé dans le monde occidental est moins claire dans des États autoritaires. C'est la levée de cette ambiguïté qui explique le choix de la formule « guerre atypique ». Si par conséquent la guerre est effectivement la continuation de la politique par d'autres moyens, selon la célèbre formule

de Clausewitz, alors certains cas de guerre atypique sont, effectivement, des cas susceptibles d'être saisis par les autorités étatiques. Dès lors, l'objet de cette étude est bien de rechercher les éléments d'un droit de la guerre atypique, au-delà des cas spécifiques qui le composent.

À ce stade, deux étapes apparaissaient nécessaires. La première, la plus classique, consistait à visiter les différentes règles du droit de la guerre atypique ; la seconde, plus complexe, de tenter d'élaborer une forme de compréhension et de description générale du phénomène, en une sorte de « théorie du droit de la guerre atypique », assez risquée cependant car d'une part très faiblement étudiée jusqu'alors, et d'autre part insaisissable, permettant de poser le cadre global de la question. Ce sont les deux parties de l'ouvrage, dans un ordre inversé, une méthode de description générale puis une présentation des « outils » du droit de la guerre atypique, avec des renvois croisés, sans doute trop nombreux, entre les deux. Creusant encore, et s'agissant de la délimitation du sujet, il est apparu que la *summa divisio* initialement envisagée entre droit des conflits armés et droits des conflits non armés n'était pas pertinente et que ce n'étaient pas deux ensembles mais trois qui coexistaient : le droit des conflits armés, *a priori* non applicable à des conflits non armés sauf exceptions assez intéressantes d'ailleurs, le droit de la guerre atypique alors à déterminer, concernant des cas d'agression non armée dans lesquels des intérêts supérieurs d'un État sont concernés de manière directe ou indirecte et le reste, subsidiaire, le droit du commerce international, le droit international privé, le droit ordinaire des affaires, etc., qui est ainsi exclu de l'étude. Creusant un peu plus, observant l'existence de principes directeurs du droit de la guerre, tirés des coutumes de la guerre reprises dans le droit de La Haye ou de Genève, formant d'ailleurs l'essentiel du *jus cogens*, l'hypothèse de l'existence de principes directeurs du droit de la guerre atypique devenait intéressante, à partir des coutumes du droit du commerce international et du droit international des investissements, ce d'autant qu'ils étaient appliqués, plus ou moins consciemment, notamment en matière d'arbitrage international, ne serait-ce que pour poser des règles internationales, sur la base de coutumes internationalement reconnues, intégrant éventuellement un *jus cogens* du droit international de la guerre atypique et permettant de valider, ou d'invalider, des règles ou actions internes, ce qui apparaîtra certainement comme la proposition la plus originale et la plus risquée.

J'ai eu la chance, à ce moment, de rencontrer Mikaël Schinazi, dont la thèse *The Three Ages of International Commercial Arbitration*[1], permet en premier de comprendre la naissance et le développement de l'institution de l'arbitrage commercial international. Elle permet surtout en second d'identifier un lien direct

1. M. Schinazi, *The Three Ages of International Commercial Arbitration*, Cambridge University Press, 2022.

entre d'une part, le droit des conflits armés et l'arbitrage comme mode choisi de résolution pacifique des litiges, via l'institution de la Cour permanente d'arbitrage de La Haye, dans les Conventions de La Haye de 1899 et 1907, et d'autre part la concomitance des dates voire des acteurs, notamment français, dans la mise en œuvre du droit de l'arbitrage commercial international, de sorte qu'un même esprit de résolution des litiges, armés ou non armés, en période de tensions fortes, justifiait la promotion de cet outil, dans un cadre validant l'hypothèse de ces principes directeurs. Même si ces questions remontent à un siècle, leur saisie permettait de poursuivre, voire de persévérer, la situation internationale étant globalement voisine aujourd'hui, marquée par la guerre en Ukraine, qui ne fait qu'identifier de manière violente une situation de « démondialisation » entamée depuis au moins le milieu des années 2000. C'est l'occasion ici de remercier également Carine Jallamion, à la fois pour son travail sur l'histoire de l'arbitrage et nos conversations, Thomas Clay, défenseur acharné de l'arbitrage international, M. le Commissaire en chef Stéphane Lesnard, Mme la directrice des affaires juridiques du ministère des Armée Laurence Marion, M. le Général Thierry Burkhard, Chef d'État-Major des Armées, pour nos rencontres et leurs encouragements, Maître Jérémie Fierville avec lequel nous avons organisé une conférence sur le thème « arbitrage et lois de blocage » qui a conduit, avec ses autres invités, à des réflexions nourries ayant largement débordé le seul cadre initialement prévu, Lise Chatain pour sa patience, ses relectures et ses conseils, mais également tous ceux qui ont pu donner leurs avis, et les auteurs des innombrables articles et commentaires, français ou étrangers, juridiques ou non, qui ont contribué à forger l'idée de ces développements et dont les références figurent en toute fin. Il convient de concéder ici qu'il a fallu visiter des domaines et disciplines extrêmement variés, tous ne relevant pas de ma spécialité d'origine, de telle manière que, quoique toutes précautions scientifiques ayant été prises, il n'est pas impossible que des imprécisions puissent être ici ou là décelées : je prie le lecteur de les excuser et de tenir compte du fait qu'il s'agit ici d'un essai.

J'insiste sur les aspects « militaires » qui irriguent une partie de ce travail et qui tiennent une place importante notamment dans la première partie, non pas pour en « militariser » les conclusions, mais parce que le droit de la guerre, typique, est un ensemble solide, structuré, étudié, partagé, qui fonde un ensemble de règles dont certaines, au moins au regard de ses principes et ses modes normaux de résolution des conflits, sont parfaitement adaptables à la matière, ici désignée comme droit de la guerre atypique. Le lecteur curieux pourra lire le très récent ouvrage de Laurent Cohen-Tanugi, *Droits sans frontières, géopolitique de l'extraterritorialité*[2], qui traite de questions voisines, mais d'un point de vue différent, en ce sens qu'il

2. L. Cohen-Tanugi, *Droits sans frontières, géopolitique de l'extraterritorialité,* Odile Jacob, 2023.

part des malentendus transatlantiques en matière d'application extraterritoriale des règles internes pour proposer une conception du droit international autour de cette question. Une autre manière, apparemment plus traditionnelle, consiste à envisager certaines de ces questions du point de vue du droit des entreprises, par exemple face aux violations des droits humains[3] ou aux questions de conflits de lois[4].

L'objet était alors de justifier les termes « guerre atypique », *a priori* inédits. Ce caractère inédit, d'ailleurs, était l'une des inquiétudes à la fois sur son choix et sur la construction de ce travail. Au lecteur de juger : cet ouvrage formule une proposition générale, à savoir que le droit de la guerre atypique peut être défini, circonscrit, de manière à permettre son étude, à la fois de manière interne (quel que soit d'ailleurs le droit interne considéré) et surtout dans un contexte international. De manière inversée alors, face à telle situation de guerre atypique, il s'agit d'identifier les moyens juridiques, internationaux, de critiquer ces actions, les sanctionner et obtenir réparation. C'est dans cet esprit qu'on trouvera des présentations de formes de guerres atypiques, de ses acteurs, mais également de ses « outils juridiques », dans l'esprit non pas d'en réaliser un inventaire exhaustif, ce qui serait impossible, ou d'une forme de « manuel de droit » ce qui serait hors de propos, mais d'identifier des cadres d'observation dans les deux grandes directions que sont les outils du droit de la guerre économique et informationnelle, sans ignorer, au contraire, les principales règles techniques, internes ou internationales, de ces deux branches, à travers les questions posées par l'application de sanctions économiques, leur contenu, leur valeur, ou de la prolifération des règles à vocation extraterritoriale, impliquant la visite des principales règles françaises, européennes et américaines en la matière. Ces deux cas sont souvent les plus connus et les plus emblématiques, notamment depuis les affaires *BNP Paribas* ou *Alstom* en 2014, qui ont suscité, en France, un émoi considérable. Or, l'appréciation de ces règles s'effectue de manière plus subtile qu'une simple réaction émotive ou nationale, ce d'autant que les règles extraterritoriales françaises ou européennes ne manquent pas et que les sanctions économiques, quelles que soient leurs formes, prolifèrent dans un contexte de contestation généralisée de ces règles entre nouveaux « blocs » relativement homogènes, un contexte de guerre atypique donc. Dans le même esprit, les campagnes de manipulation de l'information ou les attaques cyber ne peuvent plus être résumées à des rançongiciels et autres escroqueries de quelque envergure qu'elle soit, ou l'action d'influenceurs éventuellement complotistes ou harceleurs sur les réseaux sociaux, mais comme des outils agressifs massifs qui

3. V. M. du Bouexic de Pinieux, *Entreprise et dignité humaine*, Th. Paris I, 2023, travail très riche, connu trop tard pour être parfaitement exploité ici.

4. L. d'Avout, *L'entreprise et les conflits internationaux de lois*, Recueil des cours, t. 397, 2019.

peuvent atteindre une ampleur telle qu'ils peuvent, et doivent sans doute, être saisis à une tout autre échelle. Le tout aboutit à formuler un certain nombre de constats simples et de propositions pour l'avenir, à supposer donc que la guerre atypique et son droit soient pris au sérieux.

Paris, juin 2023
Daniel Mainguy

INTRODUCTION

1. La guerre, encore et toujours. La guerre, la vraie, symétrique, brutale, féroce, totale, de haute intensité, est revenue sur le devant de la scène européenne[1], en Ukraine mais aussi en Arménie et tout récemment en Israël, dans toutes ses dimensions, terre, air, mer, espace, cyber, etc., une guerre se présentant comme nouvelle alors qu'elle a commencé depuis presque dix ans en 2014, voire du point de vue russe, depuis 2004. Aux opérations militaires proprement dites s'ajoutent de nouveaux aspects conflictuels, économiques, informationnels et juridiques, sans réelle nouveauté non plus d'ailleurs, sinon dans leur intensité.

Cet événement militaire singulier et extraordinaire, où ne manquent ni la vigueur de combats violents, ni les crimes de guerre, ni les menaces d'emploi d'armes nucléaires, ni l'emploi de sociétés militaires privées, milices ou *proxies*, ni des actions cyber ou de désinformation en tous genres dont rendent compte presque quotidiennement les médias, ni la contemplation parfois malsaine des combats, en direct ou presque, sur les réseaux sociaux, a bousculé tous les autres par son ampleur, son illégitimité et son illicéité, les dégâts, les victimes, combattants ou civils, les mouvements de population, son coût considérable, son extension en une forme sinon de conflit, du moins de tensions mondiales originales, mais également les formes de cette guerre, l'implication globale des populations, des deux côtés, mais peut-être aussi d'à peu près toute personne, entité, État, dans le monde.

Il télescope un ensemble d'autres événements, avec ou sans lien direct avec la guerre en Ukraine, les transformations technologiques et sociales du monde,

1. V. « 24 février 2022, un an après », *RDN* 2023/2, n° 857, p. 13 s., et 2023/3, n° 858, p. 13 s. *Adde*, O. Kempf, *Guerre d'Ukraine,* Economica, 2022, coll. « Le Rubicon », *Ukraine un an après : premières leçons et perspectives,* Équateur, 2023, *Ukraine, le choc de la* guerre, Équateur, 2022, M. Goya et J. Lopez, *L'ours et le renard,* Perrin, 2023, C. Marangé, « Approches historiques et politiques de la guerre en Ukraine », *in* B. Durieux (dir.), *Guerre en Ukraine : un an après, quelles leçons ?*, Colloque École militaire, en ligne www.diploweb.com et www.irsem.fr. V. aussi, sur les causes, dans la pensée stratégique russe : D. Minic, *Pensée et culture stratégiques russes. Du contournement de la lutte armée à la guerre en Ukraine*, éd. Maison des sciences de l'homme, 2023 (v. également, avec A. Jubelin, Podcast, *Le collimateur,* Podcast, 25 avr. 2023).

dont l'ampleur est devenue significative depuis les années 2000, puis avec la crise du Covid-19, qui a fait trembler la croyance en la fluidité du commerce mondialisé, notamment dans des domaines sensibles, alimentaires, pharmaceutiques, de matières premières rares, la digitalisation du monde et l'émergence de la « datasphère », et finalement le renouveau en 2014 puis en 2022 des sanctions économiques unilatérales, ou régionales, contre la Russie ou certaines entités russes.

Cet événement rencontre également un certain nombre de pratiques agressives intéressant des relations interétatiques mais aussi des relations entre un État et des entreprises, par des opérations difficiles à saisir, certaines d'origine étatique mais difficilement attribuables, sauf via des fuites opportunes d'informations[2], par exemple par des cyberattaques, des manipulations de l'information, ou l'utilisation de sociétés militaires privées. S'ajoutent des relations entre un État et des entreprises, d'autres plus « classiques », et extérieures à la question ukrainienne, dont la question de l'application extraterritoriale de règles étrangères mais aussi, dans ce cadre, le renouveau des sanctions économiques. Un vaste éventail d'opérations, non armées, en général non militaires par ailleurs, mais dans lesquelles un État ou les intérêts d'un État sont concernés apparaît donc, auquel il faut ajouter des questions plus floues d'influence ou de contre-influence, des constructions juridiques diverses, des opérations de sécurisation de sources d'approvisionnement en matériaux sensibles, de protection d'activités et d'investissements, d'informations, de secrets, eux-mêmes sensibles à des degrés divers, sans que, au-delà de leur constat et de leur qualification, le traitement juridique de ces opérations soit clairement établi. Une globalité d'opérations diverses, sans lien apparent, ressentie sinon désignée par le terme « guerre », accompagne ou se substitue donc à des opérations connues, armées, militaires.

Le concept contemporain de « guerre » donc, c'est aujourd'hui la guerre, armée, en Ukraine ou ailleurs, et un ensemble diffus d'opérations agressives ou défensives visant à sécuriser des intérêts supérieurs. Juridiquement considéré, cet ensemble mal saisi met en lumière d'une part la permanence et l'actualité des règles du droit traditionnel de la guerre, mais également de nouvelles formes d'actions agressives, étatiques ou privées, non armées, où le droit des conflits armés n'est pas applicable, et dont les règles, voire leur juridicité même, sont à déterminer, ce qui est l'objet de cette réflexion.

---

2. V. les récentes révélations de *ForbiddenStories.org,* E. Branco, S. A. Aarup et A. Carrier, « Inside the stunning growth of Russia's Wagner Group », *Politico,* 18 févr. 2023, L. Harding, S. Simeonova, M. Ganguly et D. Sabbagh, « Vulkan files leak reveals Putin's global and domestic cyberwarfare tactics », *The Guardian*, 30 mars 2023.

2. Inapplication du droit international humanitaire à certaines formes de « guerre ». La « guerre », en premier, n'est pas un concept juridique précis[3] : un conflit armé, qui peut être interne ou international, limité dans le temps, conduit entre plusieurs groupes politiques constitués, étatiques ou non, désignés comme ennemis, ou « parties à un conflit armé », qui se reconnaissent comme telles[4]. Le droit « de la guerre » ne connaît que les notions de *jus ad bellum* s'agissant du droit d'engager un conflit armé, par l'usage de la force ou de légitime défense des articles 2(4) et 51 de la Charte des Nations unies, et le *jus in bello,* qui établit les conditions juridiques de la conduite d'un conflit et la notion même de « conflit armé »[5].

Tout le reste, les opérations armées mais « sous le seuil de la guerre », les opérations non armées comme des sanctions économiques, des attaques cyber, des manipulations de l'information, des attaques frontales contre une entreprise ou un secteur d'activité, sont, aussi agressives seraient-elles et conduites par un État, hors du droit de la guerre. Ce n'est pas la guerre, ce ne sont pas des conflits armés.

Les règles du droit international humanitaire sont en effet *a priori*[6] inapplicables aux cas d'opérations non armées et non militaires. À l'inverse, les opérations non-armées ou non-militaires reposent sur des règles juridiques qui relèvent, en général, en droit interne, de la catégorie du droit des affaires, privé ou public, souvent international, mais aussi des règles du droit pénal, interne, international ou étranger. C'est le cas de la mise en œuvre par des autorités étatiques de sanctions économiques contre des personnes physiques ou morales, l'ouverture par une entreprise d'un arbitrage d'investissements par hypothèse contre un État, l'appréciation de l'opportunité d'un investissement étranger en France, d'opérations de manipulation de l'information identifiables, à défaut souvent d'être attribuables, ou d'attaques cyber ou réputationnelles et, à l'inverse, des mesures de défense contre ces actions, etc., c'est-à-dire des formes de « guerre » dans les champs économiques, informationnels, cyber, principalement. Par exemple, une cyberattaque contre une entité française, un hôpital par exemple ou une entreprise,

3. Sur la difficulté de qualification : v. C. Faure et R. Stamminger (dir.), *Manuel de droit des opérations militaires,* MINARM, 2022, p. 81 s. (en ligne), L. Cameron, B. Demeyere, J.-M. Henckaerts, E. La Haye et H. Niebergall-Lackne, *Commentaire de la Première Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne*, CICR, 2e édition, 2016 (en ligne).

4. V. R. Aron, *Les dernières années du siècle*, Julliard, 1984.

5. C. Faure et R. Stamminger (dir.), *Manuel de droit des opérations militaires,* MINDEF, 2022, et infra, n° 14.

6. Pour des éléments de rattachement, sur le fondement de la question de la « participation directe à un conflit armé », v. *infra*, n° 16.

stratégiquement sensible ou non[7], peut être conduite par des gangs, ou bien par le *proxy* d'un État, voire les deux. Elle peut avoir un lien avec une opération militaire, ou non, ce qui est impossible à déterminer sauf à découvrir les voies d'une attribuabilité. Par ailleurs, l'attribution d'un fait agressif est tout à la fois le résultat d'un processus cognitif et d'une décision politique : nombre de cas d'agressions, armées ou non armées, sont parfaitement attribuables, mais non attribués faute de telle décision[8].

Il n'existe cependant pas de règles formant un droit international des opérations non militaires, malgré des tentatives non abouties de créer des règles internationales, par exemple en matière de *cyber-opérations*[9], sinon dans des domaines très particuliers, comme en matière de droit des investissements et, encore, sans que ce vocabulaire martial ne soit ni employé ni même approché[10].

On peut raisonnablement penser que les opérations militaires dans le cyberespace conduites dans le cadre d'un conflit armé sont soumises aux règles du droit international humanitaire[11]. Beaucoup moins claire est la question du droit à la légitime défense d'un État victime d'une cyberattaque ou d'opérations de manipulation de l'information, fondée sur l'article 51 de la Charte des Nations unies. Elles sont en outre considérées en général comme situées « sous le seuil » de la guerre ; or la plupart des pays disposent de techniques de cyber-protection ou de cyberdéfense dans ce type de cas, ce qui démontre que c'est, au minimum, une préoccupation étatique, sinon militaire, bien organisée en France par exemple[12]. Il

7. En 2022, de nombreuses cyberattaques ont visé des hôpitaux, à Corbeil-Essonne, à Versailles, à Charleville-Mézières, à Saint-Dizier, sur la base de ransomwares, sans préjudice corporel *a priori*, mais également contre des administrations comme le Conseil départemental de Seine-Maritime, celui de Seine-et-Marne, la Région de Guadeloupe, sur la base de DoS, des entreprises, comme Thales (cyber exploitation et/ou ransomware : extraction de données et menace de les relâcher), Conforama (idem), la coopérative Euraden (Paysan Breton, DoS). V. *Panorama de la cybermenace 2022*, ANSSI, 2023 (en ligne). En mars 2023, l'Assemblée nationale et le Sénat étaient l'objet d'une cyberattaque. V. J. Eynard, *Cybersécurité*, *in* Rep. Dalloz, IP/IT et communication, 2021, qui cite (n° 1) un sondage, en 2019, révélant que plus de 80 % des entreprises interrogées avaient été victimes d'au moins une cyberattaque dans l'année écoulée et 22 % plus de quinze attaques de ce type.

8. V. J.-L. Gergorin et L. Isaac-Dognin, *Cyber. La guerre permanente,* éd. du Cerf, 2018, p. 80-82, à propos de l'attaque cyber dont le Centre National Démocrate a été victime, à la fois pour influencer le vote aux primaires démocrates de 2016 en faveur de Bernie Sanders et pour ensuite faire fuiter des courriels d'Hilary Clinton, est attribué sans équivoque à un groupe dit « *Fancy Bear* » ou « *APT 28* », qui serait le bras armé du GRU, le service de renseignement militaire russe dont le président Obama, averti, aurait imposé le silence afin de ne pas provoquer d'escalade.

9. V. Michael N. Schmitt, *Tallinn Manual 2.0 On The International Law Applicable To Cyber Operations*, Cambridge University Press, 2e éd., 2017.

10. V. *infra*, n° 147.

11. V. C. Faure et R. Stamminger (dir.), *Manuel de droit des opérations militaires, op. cit.*, p. 295 s. *Adde* : L. Simonet, « L'usage de la force dans le cyberespace et le droit international », *AFDI*, 2012, p. 117.

12. V. *infra*, n° 53.

existe encore moins de règles internationales unifiées permettant de régler des questions *a priori* plus marginales comme celles intéressant les opérations *économiques* mettant en jeu les intérêts d'un État[13]. Il existe cependant des *pratiques*, offensives ou défensives, par exemple en matière d'influence ou de contre-influence ou en matière économique, des montages contractuels ou sociétaires, des litiges, etc., de telle manière que la question est moins celle de l'identification de ces pratiques existantes que des règles éventuelles qui pourraient les encadrer.

3. La guerre (atypique) au-delà de la guerre (typique) ? L'existence de conflits armés permet *a contrario* d'imaginer celle de conflits non armés. Thierry Gomart par exemple propose vingt-quatre types différents de guerre[14] distingués entre trois grands cas, le cas de guerre « militaire » (nucléaire, conventionnelle, biochimique, écologique, spatiale, électronique, de partisans, terroriste), « supramilitaire » (diplomatique, de réseau, du renseignement, psychologique, technologique, de contrebande, de la drogue, virtuelle ou de dissuasion), et « non militaire » (financière, commerciale, des ressources, d'aide économique, réglementaire, de sanctions, médiatique et d'idéologie), inscrivant donc les hypothèses de guerre « atypique » ici décrites dans les champs supra ou extra-militaires. Cela étant, le projet de ces réflexions n'est pas de définir un concept de « guerre atypique », d'en décrire les contours, l'histoire, les contraintes, etc., mais, se fondant sur les descriptions existantes, tout en proposant un périmètre spécifique, d'identifier les règles juridiques qui pourraient s'appliquer dans et à cet ensemble.

L'association des ensembles « guerre typique », ou militaire, et « guerre atypique », non armée, emporte, par voie de conséquence, l'idée ou bien d'une unité ou bien au contraire d'une distinction normative entre ces deux grandes masses et ce faisant

13. V. cependant, s'agissant des contrats d'État, M. Audit, S. Bollée et P. Callé, *Droit du commerce international et des investissements étrangers*, LGDJ, 3e éd., 2019, n° 217.

14. V. Th. Gomart, *Guerres invisibles. Nos prochains défis géopolitiques,* Tallandier, coll. « Texto », 2021, p. 29. Il reprend un tableau réalisé par deux officiers chinois, à bien des égards à l'origine d'une conception chinoise du *lawfare* (Q. Liang et W. Xiangsui, *La guerre hors limite*, 1999, trad. H. Denès, Payot, Rivages, coll. « Bibliothèque Rivages », 2003 et v. *infra*, n° 56), auxquels son ouvrage apporte un constat géostratégique complet et des éléments de réponse. *La guerre hors limites*, déjà ancien, est rédigé par deux colonels des forces aériennes de l'APL et se fonde sur l'observation de la conduite de la Première guerre du Golfe, en 1991, qui les avait convaincus de la supériorité opérationnelle de l'armée américaine, de sorte qu'ils réfléchirent à la manière, pour la Chine, de parvenir à une égalité sinon un dépassement, par d'autres voies, « hors limites », et notamment technologiques. Un peu plus de vingt ans après, leur constat reste valable : les États-Unis comptent sur leur puissance militaire pour le développement de la technologie, en elle-même, mais aussi dans le domaine spatial, tandis que la Chine propose, à l'inverse, un contournement par la primauté technologique, dans le domaine de l'intelligence artificielle, de la 5G et des réseaux en général, dont ceux des « Routes de la Soie », pour assurer une domination militaire, en essayant de surtout ne pas en déclencher. V. aussi sur la pensée russe du « contournement de la lutte armée » : D. Minic, *Pensée et culture stratégiques russes. Du contournement de la lutte armée à la guerre en Ukraine*, *op. cit.*

une *summa divisio* apparente entre un droit des conflits armés et un droit des conflits non armés, apparence qui s'avérera trompeuse[15]. Par ailleurs une comparaison entre conflit armé et non armé, sur des bases morales, technologiques ou économiques par exemple, est totalement hors de propos. Les cas de conflits non armés peuvent être violents, emporter des destructions, être systématiques voire coordonnés avec une guerre typique, mais ils n'ont strictement rien à voir avec un conflit armé au sens où l'envisage le droit des conflits armés. Il pourrait être aisé par exemple de considérer que, depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale, plus aucune guerre, au sens classique, c'est-à-dire dans laquelle tous les domaines sont employés (terre, air, mer, cyber, espace), n'est survenue de telle manière que, la compétition n'ayant pas cessé, la guerre atypique aurait remplacé la guerre typique. Une telle déclinaison de la formule « la guerre au-delà de la guerre » est fallacieuse. L'illusion, d'abord, de la fin de la guerre comme conséquence de la fin de l'histoire, vient de se dissiper cruellement, rappelant aux États européens notamment, que la vieille formule *si vis pacem para bellum* redevenait d'une terrible actualité. Elle est surtout fausse en ce que les moyens, les objectifs, les « forces » en présence, sont totalement différents. Par exemple, une sanction économique, technique sans doute la plus agressive des cas de guerre atypique, n'a pas pour finalité de détruire l'adversaire ou de le soumettre à la volonté de l'auteur de ces sanctions. Pour autant ces cas sont suffisamment sérieux pour être considérés en tant que tels : c'est en ce sens que la guerre atypique est une technique agressive originale, au-delà de la guerre armée, quand bien même cette dernière exercerait une attraction très importante.

La césure entre les règles du droit des conflits armés et celles d'un tel droit des conflits non armés est, en principe, rapidement effectuée, au moins en droit international public, du point de vue de leurs sources comme de leur contenu. S'agissant du droit des conflits armés, ces règles sont celles du droit de la guerre et du droit international humanitaire, mais s'agissant de celles du droit des conflits non armés, cet inventaire est plus difficile à saisir. Un nombre considérable de conventions internationales, multilatérales ou bilatérales, existe essentiellement en matière économique, dont les règles de l'OMC et de son Organe de Résolution des Conflits (ORD), succédant depuis 1994 au GATT établi en 1947, et qui ne traite que d'une petite série de questions qui pourraient concerner des conflits non armés, celles des litiges interétatiques concernant des violations des règles de l'OMC. Le processus de l'ORD est trop long et peu à même de proposer des solutions rapides et urgentes. Il est surtout incompétent pour traiter des litiges non étatiques et à bien des égards son rôle est devenu désuet depuis les évolutions géostratégiques mondiales voyant s'affronter sur tous les terrains, autre que ceux

15. V. *infra*, n° 4 s.

de la compétence de l'OMC cependant, les ambitions américaines et chinoises, ruinant toute approche multilatérale. De la même manière, la technique de l'arbitrage d'investissements, organisée par des conventions internationales comme la Convention de Washington de 1965 et la création du CIRDI (Centre international de résolution des différends en matière d'investissements), ou le Traité sur la Charte de l'Énergie, ou encore des traités bilatéraux d'investissements, propose des techniques de résolution de litiges économiques impliquant un État-hôte et un investisseur privé par voie d'arbitrage, mais sans correspondre nécessairement à un contexte d'agression économique en dehors de l'expropriation d'un investisseur[16]. Restent donc des règles coutumières, dont le principe de la souveraineté normative des États et donc le libre choix de ses règles internes, en matière économique et sociale[17], sous réserve au moins de certains principes relevant des règles du *jus cogens*, c'est-à-dire des règles internationales impératives, principalement les règles du droit international humanitaire[18], et dont découle par exemple la question de la validité internationale de l'application extraterritoriale de règles internes[19].

Aucune des règles internationales existantes ne permet donc de saisir la globalité de cas types de ce qui pourrait constituer l'ensemble « conflits non armés ». La question demeure donc de savoir si, en dehors du droit des conflits armés, structuré et appliqué, des règles internationales peuvent émerger. On mesure que ces règles peuvent apparaître à travers la solution de litiges internationaux. L'absence d'un système général de règles emporte celle de modes internationaux dédiés de résolution des litiges, via les juridictions internationales qui ont pour objet la résolution de conflits interétatiques, les juridictions internationales en matière de droits de l'homme ou les juridictions pénales internationales, voire les juridictions pénales internes, mais également et peut-être surtout par la *pratique* de l'arbitrage international et des recours éventuellement engagés contre les sentences rendues[20].

La question de l'arbitrage international ne sera pas traitée ici de manière globale sinon pour identifier quelques questions spécifiques, y compris pour montrer comment l'institution arbitrale assure un lien direct et étroit entre le droit des conflits armés et le droit des conflits non armés[21] et ce, indépendant, ou au-delà, de la distinction classique entre arbitrage interétatique et commercial. L'institution arbitrale est en effet une des clés de la mise en œuvre de ces dernières règles dans

16. V. *infra*, n° 147. V. aussi à propos d'une sentence rendue en application d'un TBI entre la Russie et l'Ukraine, Cass. 1re civ., 7 déc. 2022, n° 21-15390, *D. actu.*, 9 janv. 2023, obs. J. Jourdan-Marques.

17. V. *infra*, n° 34, sur la Charte des droits et devoirs économiques des États.

18. V. *infra*, n° 32.

19. V. *infra*, n° 113 s.

20. V. F. Mégret, « Les institutions judiciaires internationales », *in* J.-B. Jeangène Wilmer et R. Chung (dir.), *Éthique des relations internationales*, PUF, 2013, chap. 10 et les réfs.

21. V. *infra*, n° 40.

la mesure où la juridicisation de litiges internationaux aboutit à une forme de pacification des discours, d'utilisation d'une langue juridique commune, voire de début de coopération, par l'existence d'un « accord sur les désaccords » ; et la manière de les décrire sinon de les régler, aboutit à une mise à égalité des parties, malgré l'asymétrie existante en termes de puissance. Le type même de technique assurant cette logique est l'arbitrage international qui défait les logiques étatiques, normatives ou juridictionnelles et assure une égalité entre les parties, l'accès à une « juridiction » neutre au regard des ordres étatiques, peut utiliser un droit a-national, assure par nature la réparation des dommages subis, et protège le secret des affaires[22], même si son recours suppose une manifestation de volonté, soit par la voie d'un compromis d'arbitrage, lorsque le différend apparaît, soit par une adhésion *a priori* à un tel mécanisme par une clause compromissoire ou une offre permanente d'arbitrage dans un traité ou une convention internationale.

Pris de ce point de vue, l'ensemble « droit des conflits non armés » se trouve à la croisée des règles spécifiques du droit international public[23] dont le droit des conflits armés de manière majeure, et du droit international privé[24] ou du commerce international[25], ces situations agressives ou défensives pouvant en outre être saisies dans un ensemble alternatif ou complémentaire au droit des conflits armés.

L'ensemble des opérations militaires, juridiques, économiques, informationnelles, cyber, développées depuis les opérations de « guerre » en Ukraine montre en effet que ce qui relevait de ces deux champs d'analyse radicalement distincts, le droit des conflits armés, chasse gardée des militaires et des diplomates, et le droit du commerce international et des règlements des litiges économiques, terrain réservé des juristes internationaux formés en général au droit privé, qu'ils soient avocats, arbitres ou magistrats, entre en résonance. On observe, outre les opérations armées du conflit, des actions non-armées, émanant d'États agressifs, dont la Russie et la Chine, parfaitement alignés depuis leur « *partenariat sans limite* » décidé en février 2022 et renforcé début 2023, ou d'entités non-étatiques, ou supposément non-étatiques, par des mesures économiques, cyber ou informationnelles. Inversement, l'opposition à la Russie s'opère depuis 2014 dans les mêmes domaines économiques, via les différents types de sanctions, gels de fonds de

22. V. E. Gaillard, *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, Les livres de poche de l'Académie de Droit international de La Haye, t. 329, Brill-Nijhoff, 2008.

23. V. par ex. : A. de Nanteuil, « La guerre en Ukraine et le droit international public » *JDI* 2022, p. 721.

24. V. par ex. : C. Kleiner, « L'application des "sanctions économiques" adoptées par l'Union européenne contre la Russie à la suite de l'invasion de l'Ukraine : éléments de droit international privé », *JDI* 2022, p. 749, A. d'Ornano, « Sur la guerre en Ukraine : considérations de droit international privé », *Rev. crit. DIP*, 2023, p. 259.

25. V. L. d'Avout, obs. *in* chron. Droit du commerce international, *D.* 2022, p. 1773.