

ÉTUDE DROIT ÉCONOMIQUE

ARBITRAGE

L'affaire dite du *sultanat de Sulu* ayant donné lieu à un arrêt de la cour d'appel de Paris du 6 juin 2023 et dont les suites sont toujours attendues, est exceptionnelle à plus d'un titre. Parmi les difficultés présentées, pas toutes traitées par le juge du recours contre la sentence arbitrale, on trouve, ici en vrac, des questions de compétence, de pouvoir de l'arbitre sur l'organisation de la procédure, la difficulté de qualification d'un contrat écrit dans une langue oubliée, la grande prudence du juge français face à un maelstrom diplomatique et juridique, mais aussi, derrière tout cela le risque de l'instrumentalisation même de l'institution arbitrale à des fins autres que celle de trancher un litige. Il nous est apparu intéressant de recueillir le point de vue de Madame Azalina Othman Said, ministre au Département du Premier ministre (droit et réforme institutionnelle) de la Malaisie.

1138

L'utilisation des règles de droit dans un contexte de guerre « atypique » : l'exemple de **l'affaire du Sultanat de Sulu**



Préparé et introduit par
Daniel Mainguy

Daniel Mainguy est professeur à l'école de droit de la Sorbonne, université Paris 1 Panthéon Sorbonne

1 - L'utilisation des règles de droit à des fins agressives, dite *Lawfare* en anglais, prospère dans de nombreux champs : *lawfare* comme outil de *compliance* par exemple pour contraindre un contradicteur à se conformer à une attitude particulière ou *lawfare* instrumentaire par l'utilisation de règles de droit, substantielles ou processuelles, pour obtenir un résultat équivalent à une agression, voire équivalent à un résultat militaire, une situation de « *guerre atypique* », non-armée et non-militaire¹. Elle prospère notamment dans des situations complexes soit

NDA : L'entretien a été réalisé avec l'aide de la ministre Azalina Othman Said, de ses équipes et de ses conseils ; lors de sa venue à Paris le 8 mars 2024. Le professeur Daniel Mainguy suit l'affaire dite « de Sulu », d'un point de vue académique, sans lien quelconque avec les parties, leurs conseils ou l'arbitre.

¹ V. D. Mainguy, *Droit de la guerre « atypique », Réflexions sur les conflits non-armés et no-militaires (Lawfare, guerre économique et informa-*

dans des confrontations armées asymétriques soit dans des « zones grises » entre contestation et affrontement. Elle est très efficace lorsque la cible respecte les règles du droit international, ce qui peut constituer, paradoxalement, une vulnérabilité face à un contradicteur décidant d'utiliser des règles de droit en contournant les logiques entendues des relations internationales. L'affaire du Sultanat de Sulu, opposant six particuliers à la Malaisie, visant à obtenir de celle-ci une somme de 15 milliards de dollars, en utilisant les voies d'une procédure arbitrale, illustre l'une de ces situations. Sans préjuger ici du fond, c'est l'occasion pour Madame Azalina Othman Said, ministre de la Malaisie en charge de la gestion de ce dossier complexe et stratégique pour son pays, de s'exprimer sur cette affaire.

1. Les origines de « l'affaire du sultanat de Sulu »

2 - Le territoire du « Sultanat de Sulu » comprenant le territoire de l'État du Sabah, au nord-est de l'île de Bornéo avait, en 1878, fait l'objet d'un contrat conclu entre, d'une part, le Sultan de Sulu, Jamalul Kiram II, et, d'autre part, le Baron von Overbeck et M. Alfred Dent dont les droits avaient été repris ultérieurement par la *British North Borneo Company*. Ce territoire a finalement été placé sous protectorat britannique en 1888, sans que la souveraineté du *Sultan de Sulu* soit alors niée². Le prix, 5 300 ringgits par an (qui correspond à 1000 dollars environ de l'époque, 30 000 dollars aujourd'hui) a été payé régulièrement, jusqu'en 2012, sans sourciller, mais également, sans demande apparente de renégociation du prix malgré l'exploitation, pétrolière et minière, ostensible du territoire de Sabah, et donc l'accroissement considérable des revenus tirés de ce territoire.

3 - La Grande-Bretagne avait ensuite, en 1946, fait de Sabah une colonie. Enfin, la Malaisie indépendante en 1963, avait fait du territoire de Sabah, devenu l'État de Sabah, l'un des deux États malais de l'île de Bornéo, tandis que le territoire de Sulu devenait philippin. Les sommes dues étaient payées régulièrement y compris par l'État malais, non sans crises : les Philippines avaient un temps revendiqué le territoire de Sabah en raison de l'appartenance de Sabah au Sultanat de Sulu, devenu territoire philippin, prétention abandonnée en 1968³. Les choses semblaient donc assez simples : l'État de Sabah est devenu malaisien, tandis que l'archipel de Sulu, ancien siège du Sultanat de Sulu qui fut un temps « propriétaire » de Sabah, est devenu philippin.

4 - En février 2013, pourtant, Jamalul Kiram III, se considérant comme le nouveau Sultan de Sulu, débarquait avec 230 hommes armés des « *Forces royales de Sulu* » sur les côtes est

de l'État de Sabah, afin de faire valoir ses « droits » sur le territoire du Sultanat de Sulu. L'opération emportait une puissante réaction des forces armées malaisiennes qui repoussaient « l'invasion ».

2. Le recours à l'arbitrage

5 - À la suite de ce micro-conflit armé, la Malaisie cessait de payer les sommes dues au titre du contrat de 1878. D'autres « héritiers du Sultan », tous portant le nom de Kiram, tous citoyens philippins, engageaient une procédure d'arbitrage contre la Malaisie, en vue d'obtenir ou bien la restitution des territoires de Sabah ou bien des dommages et intérêts correspondant aux revenus obtenus par l'exploitation du territoire, une sorte d'enrichissement sans cause ou de contrat partiellement non causé, pour 15 milliards de dollars en compensation de ces profits issus des richesses diverses, pétrolières notamment, du territoire. La Malaisie refusait de participer à cet arbitrage, dès le départ.

6 - La possibilité même d'un arbitrage était fondée sur une clause de l'accord de 1878, renvoyant de manière floue au consul britannique de Bornéo à Brunei, territoire voisin, en cas de litige, clause considérée par les consorts Kiram comme une convention d'arbitrage, valide et efficace. Les consorts Kiram saisissaient ensuite, en 2018, un juge d'appui à Madrid qui désignait un arbitre unique en 2019, M. Gonzalo Stampa. Celui-ci a rendu une sentence partielle sur sa compétence à Madrid le 25 mai 2020, appliquant les Principes Unidroit à ce qu'il considérait être un arbitrage *commercial* international.

7 - La Malaisie obtenait cependant l'annulation de toute la procédure par une décision du tribunal supérieur de Madrid du 29 juin 2021 dont la désignation de M. Stampa qui faisait défense à l'arbitre de continuer cet arbitrage. Plus tard des poursuites pénales étaient engagées en Espagne contre l'arbitre.

8 - Les héritiers du Sultan obtenaient, le 29 septembre 2021, l'*exequatur* en France de la sentence partielle sur la compétence, et demandaient à l'arbitre de déplacer le siège de l'arbitrage à Paris ; en réaction la Malaisie recherchait la suspension des effets de l'*exequatur*, obtenue le 16 décembre 2021 et rétractée par une ordonnance du 10 juin 2022.

9 - La sentence finale du 28 février 2022 condamnait la Malaisie à verser 14,92 milliards de dollars aux héritiers du Sultan de Sulu, sur le fondement de l'impossible restitution des territoires *loués* sur la base d'un *bail commercial international*, la Malaisie ayant violé ses obligations contractuelles en cessant ses paiements. Un recours en annulation a été engagé par la Malaisie devant la cour d'appel de Paris, outre la suspension provisoire des effets de l'ordonnance d'*exequatur* en France de la sentence finale et l'arrêt de son exécution.

10 - Sur le recours contre l'ordonnance d'*exequatur* de la sentence partielle sur la compétence, la cour d'appel de Paris déci-

tionnelle) : LGDJ-Lextenso, 2023. - D. Mainguy, Arbitrage et litiges de guerre : JDI 2024, à paraître.

2 V. G. Marston, *International Law and the Sabah Dispute: Australian International Law Review*, 1967, p. 103, spéc. p. 104.

3 V. G. Marston, *International Law and the Sabah Dispute: Australian International Law Review*, 1967, p. 103, spéc. p. 104, préc.

dait, le 6 juin 2023⁴, que la convention d'arbitrage était établie, malgré la grande difficulté de son interprétation. En revanche la désignation du consul général britannique à Bornéo rendait la clause caduque et ce, depuis 1946. C'est à cette date, en effet, que la Grande-Bretagne était devenue partie au contrat, de sorte que l'arbitre britannique manquait d'indépendance au sens du droit de l'arbitrage pour trancher ce litige.

11 - Un pourvoi est en cours contre cet arrêt (sur la compétence) ainsi qu'est attendu un nouvel arrêt de la cour d'appel de Paris sur la validité de la sentence *finale*. Par ailleurs, sur cette dernière question, la cour a sursis à statuer, le 9 janvier 2024 en attendant l'arrêt de la Cour de cassation contre l'arrêt du 6 juin 2023. En outre d'autres procédures sont en cours, par exemple contre l'exequatur de la sentence finale aux Pays-Bas, et l'arrêt de mesures d'exécution prises contre des biens diplomatiques malaisiens. On signalera également que le 22 décembre 2023, le tribunal pénal de Madrid a condamné M. Stampa à 6 mois d'emprisonnement et à une interdiction d'exercer la profession d'arbitre pendant un an en raison de sa désobéissance consciente et flagrante à des décisions et des ordres clairs du tribunal supérieur de justice de Madrid.

12 - Dans cette affaire, la qualification retenue de l'accord de 1878 comme un *bail international commercial privé* pose difficulté : soit en effet il s'agit d'une sorte de contrat de concession de la « *souveraineté* » du territoire, soit c'est une banale cession à un prix payé sous une forme de rente ou une location à durée indéterminée. Ou bien encore, le contrat était devenu caduc en 1963, lors du rattachement du territoire à la Malaisie indépendante, ou en 1978, cent ans après la conclusion du contrat, les paiements subséquents étant alors indus. En tout état de cause, il ne peut s'agir, en 1878 comme en 2022, d'un *contrat commercial privé*, de bail ou de vente. Par ailleurs le contexte de sa rupture, l'attaque de la Malaisie, est totalement oblitérée, dans le traitement de la rupture de ce contrat.

13 - De nombreuses questions demeurent : ce litige était-il réellement un litige *commercial*, un litige d'investissement, un litige de guerre, interétatique, entre la Malaisie et les héritiers du dépositaire de la souveraineté sur « *l'État* » de Sulu ? À tout le moins, quelques arguments de droit international public méritaient d'être évoqués (et l'ont peut-être été devant l'arbitre). Par ailleurs, comment un tiers-financeur a-t-il pu penser que la procédure, telle qu'elle était conduite, dans un arbitrage *ad hoc*, tronquée, avec un arbitre unique, pouvait triompher ? ■

Entretien avec Azalina Othman Said, ministre du Département du Premier ministre (droit et réforme institutionnelle) de la Malaisie

Daniel Mainguy : Madame la ministre, comment considérez-vous les revendications des « héritiers de Sulu » - comme un différend commercial ou comme un différend portant sur la souveraineté de la Malaisie sur l'État de Sabah ?

Azalina Othman Said : La revendication de Sulu est sans équivoque une revendication de souveraineté sur l'État de Sabah. Elle est seulement déguisée en litige commercial afin d'être traitée par un arbitrage commercial et ne pas relever du droit public.

Les plaignants prétendent être propriétaires de l'État et de ses ressources et demandent une compensation pour leur manque à gagner. La souveraineté de Sabah a été établie en 1963, lorsque son peuple a choisi de rejoindre la fédération malaisienne par référendum. L'idée d'un sultanat de Sulu s'est éteinte avec son dernier sultan connu, en 1985, et aucun État souverain n'en a reconnu l'existence depuis lors. Ces prétendus héritiers et le fond qui les finance ont mis au point un plan élaboré, fondé sur une lecture laxiste d'un accord datant de 1878, qu'ils ont interprété comme comportant une clause d'arbitrage. Il s'agit d'une distorsion dangereuse de la plateforme commerciale vitale de résolution

pacifique des conflits qu'est l'arbitrage international. Cela pourrait créer un précédent encore plus risqué, ouvrant la porte à des revendications territoriales « *commerciales* » contre tout ancien État colonisateur, ou ancienne colonie comme la Malaisie.

D. M. : Que pensez-vous de l'implication des soldats des « Forces royales de Sulu » ? Voyez-vous un lien entre les « Forces royales de Sulu » et l'action entreprise par les héritiers du sultan de Sulu ?

A. O. S. : Les Forces royales de Sulu figurent sur la liste des organisations terroristes reconnues par la Malaisie. Elles sont responsables de l'invasion de nos côtes en 2013, ordonnée par le sultan autoproclamé de Sulu, Jamalul Kiram III et qui a entraîné la mort tragique de 78 personnes. C'est à la suite de cette attaque que la Malaisie a cessé les paiements au titre de l'accord de 1878, dont elle avait hérité, et pour lequel les requérants demandent aujourd'hui une indemnisation. Bien que l'identité des héritiers autoproclamés à l'origine de l'affaire Sulu reste mystérieuse, le gouvernement malaisien a pu déterminer qu'au moins l'un de ces individus était

⁴ CA Paris, pôle 5, ch. 16, 6 juin 2023, n° 21/21386 (Sultan de Sulu) : *Juris-Data* n° 2023-010556 ; JCP G 2023, 829, note D. Mainguy ; JCP G 2023, 1254, § 4, obs. P. Giraud ; CAPJIA 2023, n° 3, note J. Jourdan-Marques ; *Dalloz actualité*, 11 sept. 2023, obs. J. Jourdan-Marques ; GPL 31 oct. 2023, p. 6, obs. L. Larribère ; D. 2023, p. 2278, obs. Th. Clay.

membre des forces royales de Sulu et figurait sur la liste malaisienne des organisations terroristes. Il existe donc un lien indiscutable entre cet attentat, ces terroristes et cette revendication territoriale futile. Ce qui reste flou, c'est l'identité des personnes derrière cette affaire, et de savoir pourquoi elles entraînent six citoyens philippins anonymes, prétendument avec peu de moyens financiers, dans des procédures judiciaires de plusieurs millions de dollars.

D. M. : Que savez-vous de Therium, le fonds qui financerait la procédure des héritiers ?

A. O. S. : Nous savons très peu de choses. Les obligations de transparence pour les fonds qui financent les litiges sont presque inexistantes. Nous savons qu'il s'agit d'une société d'investissement avec des bureaux à Londres et à New York, qui a soutenu les demandeurs depuis le début, pour un total que nous estimons aujourd'hui à près de 20 millions de dollars. Il est alarmant de constater que de tels fonds d'investissement, malgré la nature de leur soutien ainsi que le retour potentiel sur investissement, échappent à toute obligation de divulgation au cours de la procédure. Dans le cadre d'un pari spéculatif sur un gain important, les fonds d'investissement peuvent être incités à s'endetter lourdement en échange d'une partie toujours significative des bénéfices. Ces fonds d'investissement deviennent de fait, la partie principale de la procédure, mais n'ont pourtant aucune qualité pour agir. Cette situation est encore plus problématique lorsqu'elle implique des États souverains qui peuvent être ciblés notamment par le biais de mécanismes commerciaux, et par l'implication d'acteurs étrangers à l'origine de ces actions. Cela, alors même qu'ils ne sont soumis à aucun contrôle. Dans le contexte géopolitique actuel, il est imprudent qu'aucune mesure ne garantisse quels intérêts peuvent soutenir un litige contre un territoire, une entité gouvernementale ou des ressources nationales.

C'est pour cette raison que la Malaisie cherche à introduire une réglementation sur le financement par des tiers et coordonne un effort international pour que cette réglementation soit mise en œuvre à l'échelle mondiale. Nous croyons au financement par des fonds de financement de contentieux ; il assure un meilleur accès à la justice, en permettant notamment aux particuliers et aux entreprises qui n'en auraient pas les moyens, de se pourvoir en justice. En revanche, cette méthode doit être soumise à un cadre réglementaire transparent et harmonisé.

D. M. : Comment considérez-vous les aspects uniques de cette procédure, entamée *ex parte*, avec un arbitre d'abord nommé par le tribunal puis révoqué, le siège changé, et enfin ledit arbitre poursuivi sur le plan pénal ?

A. O. S. : Les faits de l'affaire Sulu sont uniques. Ils exposent bien que la Malaisie est confrontée à un abus orchestré du système d'arbitrage international ; la fraude Sulu.

Premièrement, l'arbitrage est un mécanisme alternatif de règlement des litiges qui repose sur la volonté des deux parties de s'y soumettre. Pourtant, les demandeurs sont parvenus à engager la procédure auprès de la Malaisie *ex parte*, sans qu'elle n'ait ni reconnu, ni pris part à la procédure.

Deuxièmement, leurs efforts reposaient sur un arbitre malhonnête, M. Gonzalo Stampa, qui, après avoir vu sa nomination révoquée par le tribunal de Madrid qui l'avait désigné, a décidé d'ignorer l'ordonnance du tribunal. Il a ainsi déplacé le siège de l'arbitrage à Paris et a rendu seul une sentence historique de 15 milliards d'euros, alors que l'usage suggère que plusieurs arbitres devraient normalement délibérer sur une somme d'une telle importance. Pour cette sentence historique, M. Stampa a reçu plus de 2,5 millions de dollars d'honoraires de la part des demandeurs et de Therium. Il a récemment été inculpé par le tribunal de Madrid pour ses agissements et condamné à 6 mois de prison et à une interdiction d'exercer la fonction d'arbitre pendant un an.

Ces anomalies, associées à un gain financier et à un comportement criminel, indiquent bien que cette plainte a été pensée dans le but d'exploiter les failles du système d'arbitrage international et d'extorquer 15 milliards de dollars à la Malaisie, soit environ 30 % du budget de son Gouvernement. Sans la volonté du Gouvernement de Malaisie, de se battre pour sa souveraineté nationale et son intégrité, les demandeurs auraient pu sortir gagnants. Mais nous ne laisserons pas notre pays et notre peuple faire l'objet d'un chantage. Nous continuerons à nous battre dans toutes les juridictions, et les décisions rendues par les différents tribunaux nous donnent l'espoir que nous finirons par nous en sortir.

D. M. : Dans l'hypothèse où la Cour de cassation française confirmerait l'annulation de la sentence pour raison de compétence, envisagez-vous d'autres suites juridiques ou diplomatiques à cette affaire ?

A. O. S. : Nous attendons un arrêt très important de la Cour de cassation, qui, nous en sommes convaincus, confirmera l'annulation de la sentence pour des raisons de compétence. Mais il est prématuré de se prononcer sur la suite de l'affaire. Ce qui est certain, c'est que nous nous battons sans relâche contre cette plainte et contre toute autre atteinte à la souveraineté et à la sécurité de notre pays.

D'autres demandes frivoles sont apparues dans le sillage de l'affaire Sulu. En effet, d'autres héritiers présumés affirment opportunément être les bénéficiaires légitimes de la sentence arbitrale de 15 milliards de dollars. Le gouvernement de la Malaisie étudie toutes les voies de droit et tous les recours possibles contre ces revendications et les entités qui les soutiennent, afin d'obtenir réparation et de prévenir toute menace future pour sa sécurité.