HAL
open science

Recherche sur la notion d'investisseur protégé par le droit international

Ognyan Atanasov

To cite this version:

Ognyan Atanasov. Recherche sur la notion d'investisseur protégé par le droit international. Droit. Université Panthéon-Sorbonne - Paris I, 2017. Français. NNT : 2017PA01D055 . tel-01677946

HAL Id: tel-01677946

https://theses.hal.science/tel-01677946

Submitted on 8 Jan 2018

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

UNIVERSITE PARIS 1 PANTHEON-SORBONNE

École doctorale de droit de la Sorbonne
Département de droit international et européen

THÈSE

pour l'obtention du grade de

DOCTEUR DE L'UNIVERSITÉ PARIS 1 PANTHÉON-SORBONNE

Discipline : Droit public

Spécialité : Droit international

RECHERCHE SUR LA NOTION D'INVESTISSEUR PROTÉGÉ PAR LE DROIT INTERNATIONAL

Présentée et soutenue publiquement par

Ognyan Atanasov

le 11 décembre 2017

Directeur de recherche :

Monsieur le Professeur Hervé ASCENSIO

JURY

M. Hervé ASCENSIO, Professeur à l'Ecole de droit de la Sorbonne, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, directeur de la recherche

Mme Yas BANIFATEMI, Avocate, Associée, Shearman & Sterling LLP

Mme Geneviève BASTID-BURDEAU, Professeure émérite de l'Ecole de droit de la Sorbonne, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

M. Sébastien MANCIAUX, Maître de conférences à l'Université de Bourgogne, rapporteur

M. Arnaud DE NANTEUIL, Professeur à l'Université Paris Est Créteil Val de Marne, rapporteur

L'Université n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans la présente thèse. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

REMERCIEMENTS

Je voudrais, en premier lieu, adresser ma profonde gratitude à Monsieur le Professeur Ascensio, pour avoir accepté d'encadrer ce travail, pour la patience dont il a fait preuve à mon égard pendant toutes ces années, et pour ses précieux conseils.

Je tiens ensuite à remercier, Madame la Professeure Burdeau, Madame Banifatemi, Monsieur Manciaux et Monsieur le Professeur De Nanteuil pour avoir accepté de lire cette thèse et de me faire part de leurs observations. Je suis honoré par leur présence.

Je suis redevable à l'Ecole doctorale de droit de la Sorbonne (EDDS), et plus particulièrement au Département de droit international et européen de celle-ci, pour m'avoir attribué un contrat doctoral, ce qui m'a permis d'entamer ce travail de recherche dans de très bonnes conditions. Je suis reconnaissant à cette même Ecole doctorale et à ses directeurs les professeurs Denys Simon et Etienne Pataut de m'avoir fait confiance de nouveau quelques années plus tard, et de m'avoir recruté en tant que gestionnaire, un travail qui m'a permis de poursuivre et finir la rédaction de cette thèse. Les professeurs Simon et Pataut m'ont en outre toujours encouragé pour l'avancement de mes recherches. Je les remercie sincèrement. Les deux dernières années, j'ai eu la chance de travailler au sein d'une équipe formidable, avec des collègues extrêmement bienveillants. Je pense bien-sûr au personnel administratif de l'EDDS : à Claire Scheppler et à Claire Flavigny, à Josiane, à Yousra, à Victoria, à Hakim, à Mariana. Mais je pense également à mes amies de l'IREDIES qui m'ont accueilli chaleureusement à mon arrivée à l'EDDS, m'ont soutenu énormément et étaient toujours à l'écoute lorsque j'avais besoin de conseils. C'est aussi grâce à elles que j'ai trouvé les forces de continuer et d'achever ce travail. Je tiens à remercier plus particulièrement Catherine, Inès et Fadime.

Un grand merci également à toutes les personnes qui ont accepté de relire un chapitre de ma thèse : Anne, Jenya, Lily, Nicolas, Nitish, Anne-Marie, Inès (que je remercie donc une deuxième fois ici).

Ma vie de thésard n'aurait pas été aussi plaisante sans l'amitié de plusieurs autres doctorants que j'ai côtoyés et avec qui j'ai pu échanger. Je pense entre autres à Krum, Sonia, Elise, Marion, Edoardo, Olivier, Lena, Daniel, Tatum, Sacha, Robin, Michel, Manuel, Emanuel, Aurélie, Charlotte.

Je n'oublie pas mes amis en dehors de la faculté qui ont toujours cru en moi et m'ont soutenu dans des moments de doutes. Je pense plus particulièrement à : Elena et Roland, Marin Radkov, Marin Videnov, Luce, Latinka et Raphaël, Paul, Hristo et Nadejda, Deni et Iliana, Rossy et Mitko, Vesko, Katia et Nicolas, Jenny, Alexandar, Stefan.

Cette thèse n'aurait jamais pu aboutir sans le soutien indéfectible de mes parents qui ont été toujours présents lorsque j'avais besoin d'eux, surtout pendant la période qui a suivi la naissance de mes enfants. Je les remercie pour tous les sacrifices qu'ils ont faits pour nous aider. Je remercie aussi mon frère Jordan pour sa bonne humeur, sa capacité de me faire sourire même dans des moments de découragement, et pour l'énergie positive qu'il réussit toujours à me faire transmettre.

Je souhaite exprimer tout mon amour et toute ma gratitude à ma chère épouse, qui a été toujours à mes côtés et ne m'a jamais permis de dévier de ce long chemin que j'ai décidé d'emprunter. Je la remercie également de m'avoir aidé de lâcher prise quand il le fallait. Enfin, je souhaite remercier également mes deux loulous dont les sourires qu'ils m'adressent tous les matins me donnent de la force et du courage.

Fait à Paris

Le 11. 11. 2017

SOMMAIRE

INTRODUCTION

PREMIERE PARTIE
L'investisseur protégé dans sa singularité par le droit international

Titre 1 – Les investisseurs – personnes physiques et les liens de rattachement conditionnant leur protection en droit international

Chapitre 1 – La détermination de la nationalité d'un investisseur – personne physique conformément aux traités de protection des investissements étrangers

Chapitre 2 – Les modalités de protection d'un investisseur – personne physique en cas de plurinationalité

Titre 2 – Les investisseurs – personnes morales et les liens de rattachement conditionnant leur protection en droit international

Chapitre 3 – L'autonomie de la société par rapport à ses associés et la détermination de sa « nationalité » en droit international

Chapitre 4 – Les conditions d'opposabilité de la « nationalité » d'une société au niveau international

DEUXIEME PARTIE
Le droit international à l'épreuve de la pluralité d'investisseurs

Titre 3 – La qualité d'investisseur protégé reconnue aux détenteurs du capital d'une société

Chapitre 5 – Les associés – titulaires des droits sur leurs titres de société

Chapitre 6 – Les associés – titulaires des droits sur les biens et les avoirs des sociétés qu'ils contrôlent

Titre 4 – La qualité d'investisseur reconnue à une société tributaire de la nationalité de ses détenteurs du capital

Chapitre 7 – La qualité d'investisseur protégé reconnue à une société en raison de son contrôle par des intérêts étrangers

Chapitre 8 – La qualité d'investisseur protégé refusée à une société en raison de son contrôle par des intérêts étrangers

CONCLUSION GENERALE

SIGLES ET ABRÉVIATIONS

AECG / CETA	Accord économique commercial global / Comprehensive Economic and Trade Agreement
AFDI	Annuaire français de de droit international
AIDI	Annuaire de l'Institut de droit international
ALEAC/CAFTA	Accord de libre-échange de l'Amérique centrale/ Central America Free Trade Agreement
ALENA/NAFTA	Accord de libre échange nord-américain / North American Free Trade Agreement
AFDI	Annuaire français de droit international
BYBIL	British Yearbook of International Law
CAFTA	Central America Free Trade Agreement
CCI	Chambre de commerce internationale
CDI	Commission du droit international
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CIJ / ICJ	Cour internationale de Justice / International Court of Justice
CIRDI / ICSID	Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements / International Centre for Settlement of Investment Disputes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
CNUCED	Conférence des Nations Unies sur le Commerce et le Développement
CNUDCI	Commission des Nations Unies pour le droit du commerce international
CPA	Cour permanente d'arbitrage
C.P.J.I.	Cour permanente de Justice internationale
JDI	Journal du droit international
JWIT	Journal of World Investment & Trade
LCIA	London Court of International Arbitration
OCDE	Organisation de coopération et de développement économiques
OMC	Organisation mondiale du commerce
ONU	Organisation des Nations Unies
RBDI	Revue belge de droit international
RCADI	Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de La Haye
RSA	Recueil des sentences arbitrales
SCC	Stockholm Chamber of Commerce
TBI	Traité bilatéral d'investissement
TCE	Traité sur la charte de l'énergie
TMI	Traité multilatéral d'investissement

Je dédie cette thèse aux trois personnes que j'aime le plus au monde, mon épouse Viktoriya et nos enfants Victor et Jivka

INTRODUCTION

> « *Le problème remonte à près d'un siècle. A toutes les étapes de son évolution jurisprudentielle et conventionnelle on relève, se précisant et s'imposant toujours davantage, le rôle d'une effectivité en action, s'affermissant dans une tension croissante à l'encontre des étroitesses inspirées par une technique trop exclusivement formelle*[1].

1. A la différence d'autres catégories de personnes privées, comme par exemple celle des commerçants qui, s'ils peuvent tirer profit des règles internationales instituées par les Etats relatives au libre exercice du commerce, n'ont généralement pas la capacité de se prévaloir à titre individuel des droits leur conférant ces règles dans l'ordre international[2], l'investisseur est devenu aujourd'hui destinataire direct d'un nombre important d'instruments conventionnels, et dispose grâce aux mécanismes de règlement des différends prévus par ces derniers d'un droit d'action individuel à l'encontre des Etats étrangers[3].

2. Par le terme « investisseur », les conventions de protection des investissements étrangers[4] désignent les individus ou les personnes morales, qui dans ce deuxième cas

---

[1] Charles DE VISSCHER, *Les effectivités du droit international public*, Paris, Pedone, 1967, p. 135.

[2] Même si certains des accords faisant partie de l'Acte final de Marrakech du 15 avril 1994 ayant institué l'Organisation mondiale du commerce (OMC) visent clairement la situation des particuliers, comme c'est le cas par exemple de l'accord de la protection des droits de propriété intellectuelle (ADPIC), ou encore de l'Accord général du commerce des services (AGCS), les règles et procédures que prévoit le « Mémorandum d'accord » régissant le règlement des différends dans le cadre de cette organisation s'adressent aux seuls Etats membres de celle-ci, ce qui confère un caractère strictement interétatique du contentieux ainsi institué, voir sur cette question CARREAU (D.), JUILLARD (P.), *Droit international économique*, Paris, Dalloz, 5ème édition, 2013, pp. 95-98 ; LUFF (D.), *Le droit de l'Organisation mondiale du commerce. Analyse critique*, Bruxelles, Bruylant/L.G.D.J, 2004, pp. 797-801.

[3] En raison de cette faculté l'investisseur est qualifié par une partie de la jurisprudence arbitrale et de la doctrine de titulaire des droits conventionnels et même parfois d'un véritable sujet du droit international, voir notamment CIRDI, *Plama Consortium Limited c. Bulgarie*, décision sur la compétence du 8 février 2005, Aff. n° ARB/03/24, § 141. V. pour d'autres sentences qui considèrent que l'investisseur est titulaire de droits conventionnels, CIRDI, *Corn Products International, Inc. c. Mexique*, décision sur la responsabilité du 15 janvier 2008, Aff. n° ARB(AF)/04/01, §§ 170 et s. ; CIRDI, *Cargill Inc c. Mexique*, sentence du 18 septembre 2009, Aff. n° ARB(AF)/05/2. Concernant la doctrine voir DOUGLAS (Z.), « The hybrid foundations of investment treaty arbitration », *BYBIL*, 2003, spéc. pp. 153-184 ; HAERSOLTE VAN HOF (J.J. van), HOFFMANN (A.K.), « The relationship between international tribunals and domestic courts », *in* MUCHLINSKI (P.), ORTINO (F.) et SCHREUER (Ch.) (sous la direction de), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford, OUP, 2008, p. 1002 ; NANTEUIL (A. de), *Droit international de l'investissement*, Paris, Pedone, 2014, chapitre préliminaire ; Voir enfin pour une analyse plus nuancée sur la question LAGRANGE (E.), « L'application des accords relatifs à l'investissement dans les ordres juridiques internes », *in* ROBERT-CUENDET (S.) (sous la direction de), *Droit des investissements internationaux. Perspectives croisées*, Bruxelles, Bruylant, 2017, spéc. pp. 497-526

[4] Ce que nous entendons par « conventions en matière de protection des investissements étrangers » ce sont les traités bilatéraux de protection et de promotion des investissements, mais également des instruments plurilatéraux traitant la question de la protection des investisseurs étrangers. Nous pensons

de figure, et en fonction de la formule exacte choisie par les Etats parties à ces traités, pourraient être des entités privées mais aussi des personnes morales contrôlées par des intérêts publics[5]. Ces personnes doivent chercher à réaliser ou bien avoir déjà réalisé[6] une opération qualifiée d'investissement par ces mêmes instruments, sur le territoire de l'un des Etats parties à la convention, qui n'est pas leur Etat de rattachement. Enfin, pour pouvoir se prévaloir d'un traité, les investisseurs[7], doivent être des « nationaux », ou dans certains cas des « résidents », de l'un des Etats parties à celui-ci, ou bien des « sociétés » rattachées à un tel Etat, autre que celui sur le territoire duquel ils envisagent ou bien ont dorénavant réalisé leur investissement. Les conventions en matière de protection des investissements réservent ainsi, en général, la qualité de « national » aux seuls individus. Par le terme générique de « société », ou bien parfois par celui

---

notamment aux accords de libre échange comme par exemple l'Accord de libre échange nord-américain (ALENA), l'Accord de libre échange de l'Amérique centrale (ALEAC ou CAFTA en anglais), l'Accord économique et commercial global entre l'Union européenne et le Canada (CETA), ou bien encore à des traités plurilatéraux plus spécifiques comme par exemple le traité sur la Charte de l'énergie.

[5] Voir l'article 1 du modèle de traité bilatéral de promotion et de protection des investissements des Etats-Unis d'Amérique de 2012. Voir aussi à titre d'illustration d'un traité en vigueur l'article 1 du traité bilatéral signé entre les Etats-Unis d'Amérique et la Rwanda le 19 février 2002 ; Dans le même sens, l'Article premier du modèle d'accord concernant la promotion et la protection des investissements du Canada de 2014, ainsi que l'Article premier de l'accord entre le Canada et le Cameroun signé le 3 mars 2014. Certains traités comportent des définitions plus larges encore du terme « investisseur » en y désignant aussi les Etats parties à ceux-ci. Voir par exemple, l'Article premier du traité bilatéral concernant la promotion et la protection des investissements entre le Canada et la Serbie, signé le 1er septembre 2014 : « investisseur d'une Partie s'entend d'une Partie, ou d'un ressortissant ou d'une entreprise d'une Partie, qui cherche à effectuer, effectue ou a effectué un investissement ». De telles hypothèses ne seront toutefois pas abordées dans le cadre de cette étude qui ne s'intéressera qu'aux rapports entre Etats et investisseurs privés étrangers.

[6] L'examen des instruments conventionnel de protection des investissements étrangers montre que certains d'entre eux limitent leur portée à la phase dite post-établissement (c'est le cas en général des modèles de traités européens), alors que d'autre peuvent être invoqués par des investisseurs avant même qu'ils aient réalisé leur investissement sur le territoire d'un Etat étranger (c'est le cas notamment des modèles de traités américains ou encore canadiens). A titre d'exemple, l'art. 3 du modèle français d'accord bilatéral sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements de 2006 prévoit que « Chacune des parties contractantes encourage, dans le cadre de sa législation et des dispositions du présent accord, **les investissements effectués** par les nationaux et sociétés de l'autre partie sur son territoire et dans sa zone maritime ». A l'opposé, l'art. 3 du modèle d'accord concernant la promotion et la protection des investissements du Canada du 2014 prévoit que « Chacune des Parties encourage la création de conditions favorables permettant aux investisseurs de l'autre Partie **de faire des investissements** sur son territoire et admet ces investissements conformément aux dispositions du présent accord », c'est nous qui soulignons.

[7] Si certaines conventions emploient expressément le terme d' « investisseur », d'autres n'y font pas mention et précisent seulement s'appliquer en faveur des « nationaux » ou « sociétés » de l'un des Etats parties, voir à titre d'exemple l'article 1.2 et l'article 1.3 de l'accord entre la France et l'Ethiopie signé le 25 juin 2003. Une telle différence de formulation n'a toutefois pas d'incidence concernant la catégorie des personnes pouvant bénéficier de la protection de tels traités, car leur application dépend en effet de la question de savoir si la personne est titulaire ou pas des droits sur une opération pouvant elle être qualifiée d'investissement. Voir dans le même sens, CARREAU (D.), JUILLARD (P.), *Droit international économique, op.cit.*, pp. 491-492 ; LAVIEC (J-P.), *Protection et promotion des investissements. Etude de droit international économique*, Paris, PUF, 1985, p. 36.

d' « entreprise »[8], elles désignent en parallèle les différents types de personnes morales créées par les ordres juridiques internes, susceptibles, en raison de leur nature, d'être porteuses d'une opération économique[9].

3. La protection des étrangers et de leurs biens constitue historiquement l'une des préoccupations majeures du droit international. La raison en est sans doute que tout individu, avant même d'être considéré comme faisant partie de la société humaine, est catégorisé en fonction de son appartenance à une société nationale ou étatique[10]. Quant à la société internationale, elle est traditionnellement considérée comme étant composée, avant toute chose par des Etats, le seul sujet disposant de la plénitude des compétences en droit international[11]. C'est donc logiquement la situation de l' « étranger »[12] et non pas celle de l' « individu »[13] qui s'est retrouvée au cœur de la règlementation interétatique. A cet égard, les règles internationales auxquelles nous nous intéressons en particulier ici ne se distinguent nullement du point de vue de leur finalité des règles constitutives d'autres branches du droit international régissant les rapports entre Etats et personnes privées. Pour reprendre les termes d'un auteur:

---

[8] Voir à titre d'exemple l'article 7.a) ii) du traité sur la Charte de l'énergie de 1994 ; voir aussi l'art.2 du modèle d'accord concernant la promotion et la protection des investissements du Canada de 2014. En langue anglaise, les traités utilisent soit le terme d' « enterprise », voir l'Article 1 du modèle de traité bilatéral des Etats-Unis d'Amérique de 2012, soir celui de « company », voir l'article 1.d) du traité bilatéral de promotion et de protection des investissements entre le Royaume-Uni et le Sierra Leone signé le 13 janvier 2000.

[9] Voir dans le même sens, DOLZER (R.), SCHREUER (Ch.), *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, Second Edition, 2012, p. 44.

[10] Voir dans le même sens, SCELLE (G.), *Principe de droit des gens. Principes et systématique*, vol.I, paru initialement en 1932 aux éditions Sirey, réédité par Paris, Dalloz, 2008, p. 28.

[11] *Ibid.*

[12] Comme l'un des précurseur de la discipline du droit international, Emer de VATTEL, l'avait formulé : « Quiconque maltraite un Citoyen offense l'Etat, qui doit protéger ce Citoyen », VATTEL (E. de), *Le Droit des gens ou principes de la loi naturelle appliqués à la conduite & aux affaires des Nations & des Souverains,* Londres, Slatkine Reprints, 1758, t.1, L.II, ch. VI, § 71, p. 309. Voir dans le même sens la définition donnée de l'action en protection diplomatique par la Cour permanente de justice internationale dans l'affaire *Concessions Mavrommatis en Palestine* de 1924 : « *En prenant fait et cause pour l'un des siens, en mettant en mouvement, en sa faveur, l'action diplomatique ou l'action judiciaire internationale, cet Etat fait, à vrai dire, valoir son droit propre, le droit qu'il a de faire respecter en la personne de ses ressortissants le droit international* », C.P.J.I, série A, n°2, p. 12.

[13] Depuis l'affirmation du caractère universel des droits proclamés par la Déclaration universelle des droits de l'homme adoptée par l'Assemblée générale de l'ONU en 1948, des évolutions importantes doivent toutefois être signalées dans ce domaine. Ainsi, certains instruments internationaux comme notamment la Convention européenne des droits de l'Homme de 1950 ou encore le Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966 permettent à toute personne, indépendamment de sa nationalité, qui relève de la juridiction de l'un des Etats parties à ces instruments de porter une réclamation contre un tel Etat en cas de violation par celui-ci de l'un des droits énoncés par la Convention ou le Pacte précités, voir respectivement l'art. 34 de la Convention européenne des droits de l'homme et l'art. 2 du Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

> « Le droit international de l'investissement n'est donc, au fond, que l'application à un secteur particulier de mécanismes juridiques internationaux développés de très longue date »[14]

4. Pour savoir donc si une personne privée est couverte par le champ d'application d'un traité de protection des investissements étrangers, nous devons déterminer si elle est ressortissant de l'un des Etats parties à celui-ci, et si elle est titulaire des droits sur un investissement réalisé sur le territoire d'un autre Etat partie au même traité. Cette dernière partie de la question se pose essentiellement lorsque, cas très fréquemment rencontrés dans la pratique contentieuse, l'opération d'investissement est réalisée par une société dont le capital est détenu par des actionnaires ou associés ayant une nationalité différente par rapport à l'Etat en vertu de la législation duquel cette société a été constituée. En fonction du titulaire de la réclamation, la société ou l'un ou plusieurs de ses associés, portée à l'encontre de l'Etat de territorialité de l'investissement lésé, le titre pour agir du requérant pourrait lui être contesté.

5. La présente thèse s'inscrit dans la continuité d'autres travaux portant sur ces mêmes thèmes[15]. Le nombre important d'ouvrages et d'articles produits en la matière peut susciter quelques doutes quant à l'utilité d'une nouvelle recherche consacrée à ces problématiques. Force nous est pourtant de constater qu'en contentieux arbitral les questions du rattachement d'un investisseur à un Etat plutôt qu'à un autre, ainsi que celle de son titre pour agir dans le cadre d'un différend lié à un investissement, surgissent régulièrement, et elles ne semblent pas avoir reçu une réponse généralement acceptée. L'attention particulière accordée en outre à ces sujets par de nombreux auteurs[16] encore aujourd'hui, ainsi que par certaines institutions dans le cadre de leurs

---

[14] NANTEUIL (A. de), *Droit international de l'investissement*, *op.cit*., p. 11.

[15] Voir parmi d'autres : VISSCHER (P. De), « La protection diplomatique des personnes morales », *RCADI*, vol. 102, 1961, pp. 395-513 ; WYLER (E.), *La règle dite de la continuité de la nationalité*, Paris, PUF, 1990, 295 pages ; VAN PANHUYS (H.F.), *The Role of Nationality in International Law*, Leyden, A. W. SUTHOFF, 1959, 256 pages ; BRIGGS (H.G.), « La protection diplomatique des individus en droit international : la nationalité des réclamations », *Ann. IDI*, 1965, vol. 51-1, pp. 5-225 ; KLEIN (P.), « La protection diplomatique des doubles nationaux » : reconsidération des fondements de la règle de non-responsabilité », *RBDI*, 1988, pp. 184-221 ; MAKAROV (A.N.), « Règles générales du droit de la nationalité », *RCADI*, vol. 74, 1949, pp. 269-371 ;

[16] Voir parmi d'autres : ONGUENE ONANA (D. E.), *La compétence en arbitrage international relatif aux investissements et de nationalité devant le CIRDI*, Bruylant, Bruxelles, 2012, 660 pages ; MÜLLER (D.), *La protection de l'actionnaire en droit international. L'héritage de la Barcelona Traction*, Paris, Pedone, 2015, 517 pages ; TOURNIER (A.), *La protection diplomatique des personnes morales*, Paris, L.G.D.J, 2013, pp. 289-376 ; ACCONI (P.), « Determininig the Internationally Relevant Link between a State and a Corporate Investor : Recent Trends concerning the Application of the « Genuine Link » Test », *JWIT*, 2004, pp. 139-175 ; AGUIRRE LUZI (R.), LOVE (R.), « Individual Nationality in Investment Treaty Arbitration : the Tension between Customary International Law and « *lex specialis* »,

études récentes[17] nous conforte dans l'idée qu'un travail de réflexion supplémentaire consacré à ces thématiques ne sera ni inutile, ni encore moins hors d'actualité.

6. La majorité des auteurs qui se sont penchés sur le sujet concernant les conditions de protection des investisseurs l'ont fait à la lumière des seules règles établies par les différents traités de protection des investissements étrangers. Comme si ce droit conventionnel était l'unique source de la question et constituait une sphère autonome et sans rapport aucun avec les règles du droit international général applicables dans ce même domaine. Notre approche sera au contraire de raisonner de manière holiste en partant du constat que le droit des investissements fait partie de l'ordre juridique international[18], et que dès lors les règles générales en matière de nationalité, mais également en matière de capacité pour agir des sociétés et de leurs associés ou actionnaires imprègnent forcément les règles conventionnelles établies par les Etats dans le domaine des investissements étrangers[19]. Analyser ces différentes problématiques par le prisme des principes existant en la matière établis en droit international général a deux grands avantages. D'une part, une telle méthode nous permettra de prendre position sur certains débats qui divisent la doctrine et la jurisprudence arbitrale récente. Elle contribue également à l'uniformisation des solutions adoptées par les tribunaux. Pour reprendre une opinion émise par le professeur ALVAREZ, interpréter les termes des traités de protection des investissements étrangers à la lumière des règles du droit international général ferait des tribunaux arbitraux

---

in BJORKLAND (A.K.), LAIRD (I.A.), RIPINSKI (S.), (sous la direction de) *Investment Treaty Law : Current Issues III*, Londres, The British Institute of International and Comparative Law, 2008, pp. 181-207 ; BEN HAMIDA (W.) « La notion d'investisseur : les nouveaux défis de l'accès des personnes physiques au CIRDI », *Cah. Arb.*, 2007, pp. 17-23 ; BURGSTALLER (M.), « Nationality of Corporate Investors and International Claims Against the Investor's own State », *JWIT*, 2006, pp. 857-881 ; DUCHESNE (M.), « The Continuos-Nationality-Of-Claims Principe : its historical Development and Current Relevance to Investor-State Investment Disputes », *The George Washington International Law Review*, vol. 36, n°4, 2004, pp. 783-815 ; FADLALLAH (I.), « La nationalité de l'investisseur dans l'arbitrage CIRDI », *Gaz. Pal.*, 2008, pp. 2054-2058 ; FORTEAU (M.), « Nationalité des investisseurs personnes physiques et nationalité des investisseurs personnes morales, actionnaires (minoritaires), *in* Ch. LEBEN, (sous la direction de), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Paris, Pedone, 2015, pp. 161-197 ;

[17] La CNUCED a consacré son rapport annuel de 2016 sur les investissements internationaux à cette problématique, v. notamment *World Investment Report 2016. Investor nationality: Policy challanges*, CNUCED, United Nations Publications, 2016; Voir aussi l'étude consacrée à la même question par l'Institut international du développement durable, NIKIEMA (S. H.), « Bonnes pratiques. Définition de l'investisseur », Institut international du développement durable, 2012, 24 p.

[18] ALVAREZ (J.E.), *The Public International Law Regime Governing International Investment*, La Haye, Hague Academy of International Law, 2011, 502 pages, spéc., p. 94.

[19] Voir dans le même sens, LATTY (F.), « Le point de vue du droit international des investissements », *in La mise en œuvre de la* lex specialis *dans le droit international contemporain*, SFDI, Journée d'études de Lille du 16 novembre 2015, Pedone, Paris, 2017 ; DOUGLAS (Z.), *The International Law of Investment Claims*, Cambridge U.P., 2009, p. 400, § 751.

constitués dans le cadre du contentieux Etats-investisseurs étrangers « *one mechanism through which the internal fragmentation of the investment regime prompted by disparate BIT texts may be deflected* »[20].

D'autre part, réfléchir à toutes ces questions dans un cadre global, nous amènera également à nous interroger sur les effets des développements récents de la pratique conventionnelle en matière de protection des investissements étrangers sur l'état et le contenu des règles générales et donc sur l'existence de suffisamment d'éléments concordants pour leur évolution potentielle.

7. Il ne s'agit aucunement ici de contester le principe selon lequel *lex specialis derogat generali*. Autrement dit, lorsqu'une partie à un différend se prévaut d'une règle contenue dans un traité d'investissement qui déroge à une règle générale de droit international, c'est évidemment la norme spéciale qui sera applicable. Cependant, en vertu de ce même principe, en l'absence d'une règle spéciale applicable, ou bien en cas d'incertitude à son sujet, les arbitres, dans le cadre du contentieux en matière d'investissement, devraient se référer aux règles coutumières[21].

8. La mise en œuvre de cette dernière formule ne va pas toujours de soi. Le domaine dans lequel son application s'avère être la plus incertaine, voire même fait l'objet de résistance de la part de certains tribunaux, est celui concernant la protection des droits des sociétés et de leurs associés ou actionnaires[22]. Or, des interrogations subsistent également concernant le régime applicable aux investisseurs-individus, surtout lorsqu'ils possèdent une double nationalité, dont celle de l'Etat contre lequel ils adressent leur réclamation. Lorsqu'aucune solution pour résoudre un tel conflit de nationalités n'est prévue par la *lex specialis*, c'est-à-dire le traité de protection des

---

[20] ALVAREZ (J.E.), *The Public International Law Regime Governing International Investment*, *op.cit.*, p. 243.

[21] V. *Conclusions des travaux du Groupe d'étude de La fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international*, adoptées par la Commission du droit international à sa 58ème session en 2006, § 15.

[22] Certains tribunaux arbitraux refusent tout simplement d'admettre que les règles générales régissant la question de la capacité des actionnaires d'une société d'agir en substitution de celle-ci pour la protection des droits ou biens faisant partie du patrimoine social de cette dernière, sont applicables dans le cadre d'un différend qui oppose un investisseur à un Etat étranger, au motif que de telles règles sont établies dans un contexte différent qui est celui du contentieux de nature interétatique de protection diplomatique, v. par exemple dans ce sens CIRDI, *Sempra Energy c. Argentine*, décision sur la demande d'annulation du 29 juin 2010, § 103, Aff. n° ARB/03/10 ; CIRDI, *Gas Naturel c. Argentine*, décision sur la compétence du 17 juin 2005, Aff. n° ARB/03/10, § 34 ; CIRDI, F.Ch. Arif c. Moldavie, sentence du 8 avril 2013, Aff. n° ARB/11/23, § 380.

investissements étrangers qui sert de fondement pour l'action du requérant, les règles générales régissant ce genre de situations devraient trouver une application. Pourtant, comme nous le verrons par la suite, leurs contenu et conditions de mise en œuvre sont loin de faire l'unanimité. Cette première question se complique davantage du fait qu'un nombre non négligeable de conventions de protection des investissements étrangers élargissent son application non plus seulement vis-à-vis des nationaux respectifs des Etats parties à celles-ci, mais aussi en faveur des personnes ayant le statut de résidents de l'un de ces Etats. Cela crée les conditions pour l'apparition d'un autre conflit potentiel, dans le cadre de l'examen de la recevabilité d'une requête déposée par un investisseur, entre son statut de national de l'un des Etats contractants d'un traité et son statut de résident d'un autre Etat contractant. Certains traités prévoient la démarche à suivre dans une telle situation, d'autres en revanche restent silencieux. Là encore la question de l'application de certaines règles générales, conçues normalement pour s'appliquer en cas de conflit entre deux nationalités, se pose.

9. Les flottements les plus importants de la jurisprudence peuvent cependant être observés en matière de détermination du titulaire du titre pour agir lorsqu'une opération d'investissement est réalisée par une société dont le capital est détenu par une ou plusieurs autres personnes ayant une ou des nationalités différentes par rapport à l'Etat de constitution de cette entité. En vertu des règles du droit international général, c'est uniquement la société qui disposerait d'un titre pour agir en protection de son investissement. Les conventions en matière d'investissements étrangers dérogent souvent à cette règle. Or, même lorsqu'elles ne le font pas de manière explicite, les tribunaux arbitraux reconnaissent souvent la capacité des actionnaires étrangers d'une société lésée d'agir en protection de l'investissement réalisé par – ou peut-être faut-il dire *via* – cette dernière.

10. C'est sans doute la nature même de la « société », le fait que le droit international lui reconnaît une personnalité juridique distincte, et le fait qu'il a fallu, comme pour les individus, lui accorder une nationalité afin de déterminer l'étendue de ses droits sur le plan international[23], qui sont à l'origine de toutes les difficultés actuelles concernant les conditions de sa protection, et la protection de ses membres et composantes. Comment décider en effet si une société créée en vertu de la législation d'un Etat A, mais qui est

[23] LEVY (L.), *La nationalité des sociétés*, Paris, L.G.D.J., 1984, p. 31.

en même temps contrôlée, en tout ou en partie, par des intérêts provenant d'un Etat B, et qui enfin exerce ses activités économiques dans un Etat C, doit être considérée comme rattachée à l'un des ces trois Etats plutôt qu'aux deux autres pour le besoin de sa protection en droit international ? Originairement, la fonction de la notion de nationalité était celle de décrire « un lien d'allégeance » entre un individu et un Etat fondé « sur un fait social de rattachement, une solidarité effective d'existence, d'intérêts, de sentiments jointe à une réciprocité de droits et de devoirs »[24], en vertu de la formulation bien connue retenue par la Cour internationale de Justice dans son arrêt *Nottebohm* de 1955. Un tel fondement politique de la nationalité des individus peut difficilement servir de base du rattachement étatique des personnes morales. Comme le professeur FORTEAU l'a très bien résumé :

> « S'agissant des personnes morales, ce qu'on a pris coutume d'appeler la « nationalité » s'apparente davantage à une simple technique juridique permettant de répartir les compétences personnelles des Etats »[25].

11. Les difficultés liées à la recherche d'une formule devant traduire en langage juridique les réalités économiques qui lient une société à un Etat se sont amplifiées davantage en raison de l'augmentation fulgurante du nombre d'entreprises dites multinationales[26] et de la place centrale qu'elles occupent aujourd'hui, dans le cadre des rapports entre Etats et investisseurs étrangers. L'entreprise multinationale peut être définie comme :

> « une technostructure regroupant plusieurs entités implantées dans plusieurs Etats et qui sont liées soit par des relations sociétaires entre une mère et des filiales – on parle alors de groupes de sociétés – soit par des relations contractuelles d'affaire entre une tête de réseau et des fournisseurs étrangers, des sous-traitants de premier ou de deuxième rang »[27]

La recherche de l'identité, au sein de telles structures corporatives complexes, de la personne étant le « véritable investisseur » d'une opération économique ayant transité via plusieurs sociétés rattachées à des Etats différents s'avère être de nature

[24] CIJ, *Affaire Nottebohm (deuxième phase), Liechtenstein c. Guatemala*, arrêt du 6 avril 1955, *CIJ Recueil* 1955, pp. 23-24.
[25] FORTEAU (M.), « Nationalité des investisseurs personnes physiques et nationalité des investisseurs personnes morales, actionnaires (minoritaires) », *in* Ch. LEBEN (dir.), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Paris, Pedone, 2015, pp. 161-199, spéc. p. 162.
[26] Le nombre de ces entreprises aurait augmenté en cinquante années de 7000 à plus de 80 000 aujourd'hui, DUBIN (L.), « L'entreprise multinationale, de la fragmentation à la reconstruction par le droit international », Rapport introductif *in L'entreprise multinationale et le droit international*, Actes du colloque de la Société française de droit international qui s'est tenu à l'Université Paris 8 Vincennes-Saint Denis du 19 au 21 mai 2016, Paris, Pedone, 2017, p. 13.
[27] *Ibid.*, p. 15.

extrêmement complexe. Comme Daniel MÜLLER l'a fait observer dans sa thèse récemment soutenue :

> « Le jeu de sociétés holdings, de filiales locales ou des participations importantes dans des sociétés locales rende aujourd'hui l'identification des actionnaires et des bénéficiaires ultimes de plus en plus laborieuses, voire impossible. Ils ne sont plus strictement masqués par le voile de la société locale, mais par une multitude d'écrans sociaux »[28].

12. Avant d'affiner la problématique et le plan de notre étude (IV), une meilleure compréhension du sujet appelle toutefois quelques précisions supplémentaires. Il nous semble en effet important de revenir brièvement, dans un premier temps, sur certains des principes essentiels établis par le droit international général en matière de protection des sociétés et de leurs associés ou actionnaires (I). Ce rappel nous permettra ensuite de mesurer davantage quelques-unes des évolutions apportées dans ce domaine par les conventions de protection des investissements étrangers (II). Enfin nous nous intéresserons en particulier au phénomène actuel d'instrumentalisation de ces traités par les entreprises multinationales qui jouent un rôle de premier plan dans le contentieux récent opposant les Etats aux investisseurs étrangers (III). C'est surtout ce dernier point qui nous permettra de faire apparaître clairement toute la complexité et le caractère hétéroclite de cette notion d' « investisseur protégé », choisie comme thème et objet principal de notre travail de recherche.

I. Les modalités de protection des sociétés et de leurs associés ou actionnaires en droit international général

13. La majorité des décisions arbitrales et judiciaires dans lesquelles la responsabilité d'un Etat est mise en cause concerne des réclamations de prétendus dommages causés à des particuliers ou à des sociétés privées[29]. Pourtant, la place de l'individu, ou d'une personne morale de droit interne, n'a pas toujours été telle pour leur permettre de porter une réclamation à l'encontre d'un Etat devant une juridiction internationale. Avant la

---

[28] MÜLLER (D.), *La protection de l'actionnaire en droit international. L'héritage de la Barcelona Traction*, *op.cit.*, p. 10.

[29] VIRALLY (M.), *Panorama du droit international contemporain. Cours général de droit international public*, Académie de droit international, tiré à part du *Recueil des cours*, tome 183 (1983-V), Dordrecht/Boston/Lancaster, Martinus Nijhoff, p. 225. Pour reprendre les termes utilisés par la Cour permanent de Justice internationale dans son avis relatif à la *compétence des tribunaux de Dantzig* du 3 mars 1928 : « […] on ne saurait contester que l'objet même d'un accord international, dans l'intention des parties contractantes, puisse être l'adoption, par les parties, de règles déterminées, créant des droits et obligations pour les individus, et susceptibles d'être appliquées par les tribunaux nationaux », CPJI, série B, No 15, pp. 17-18.

seconde guerre mondiale et la mise en place des conventions relatives aux droits de l'homme, et surtout avant l'essor des multiples conventions de protection et de promotion des investissements étrangers, il était extrêmement rare qu'un traité interétatique confère la capacité procédurale à une personne privée de faire valoir de manière directe et individuelle ses droits au niveau international[30]. Lorsqu'un Etat portait atteinte à la personne ou aux biens d'un étranger, c'est l'Etat national de ce dernier qui pouvait intervenir pour le protéger et demander réparation pour les préjudices que la personne privée aurait subis. C'est ce qu'on appelle le mécanisme de protection diplomatique. Un tel endossement de la réclamation individuelle pouvait se produire soit de manière spontanée de la part de l'Etat, soit, le cas le plus souvent rencontré, à la demande du particulier. Dans cette deuxième hypothèse, l'Etat n'était jamais tenu de prendre fait et cause pour son national. Sa décision dépendait de considérations de différente nature comme par exemple celle consistant à se demander si la protection d'« intérêts privés ne doit pas coûter trop cher à la collectivité » ou encore « si le soutien d'une réclamation purement juridique [se justifiait par rapport] à toutes les considérations politiques qui affectent la sensible machine de la diplomatie »[31].

14. Dans les faits, c'était essentiellement les nationaux des Etats européens occidentaux ainsi que ceux des Etats-Unis d'Amérique qui bénéficiaient du mécanisme de la protection diplomatique « car c'était ces Etats qui étaient toujours prêts à intervenir pour protéger leurs nationaux quand le traitement qui leur était réservé n'était pas conforme aux normes ordinaires de la civilisation, qu'ils fixaient eux-mêmes »[32]. Tout au long du XIXème et pendant la première moitié du XXème siècle, les Etats européens et les

[30] Si l'endossement de la réclamation individuelle d'un particulier ayant subi un préjudice à l'étranger par son Etat national était ainsi dans la grande majorité des cas indispensable pour la recevabilité d'une telle requête devant une juridiction internationale, à partir du milieu du XIXème siècle, un mouvement parallèle permettant aux personnes privées de participer plus activement aux différends qui les opposaient à un Etat étranger, doit également être signalé. Ce mouvement trouve son origine dans la création des commissions et tribunaux dits mixtes chargés de statuer sur certaines réclamations des ressortissants d'un Etat à l'encontre d'un autre Etat qui ont eu lieu principalement à la suite des conflits armés., voir sur cette question WITENBERG (J. C.), « La recevabilité des réclamations devant les juridictions internationales », *RCADI*, vol. 41, 1932-III, pp. 36-38 ; CARABIBER (C.), *Les juridictions internationales de droit privé*, Neuchâtel, Editions de la Baconnière, 1947, 374 pages, spéc., pp. 111 et s. ; CARABIBER (C.), « L'arbitrage international entre gouvernements et particuliers », *RCADI*, 1950-I, vol. 76, pp. 217-318.

[31] BORCHARD (E. M.), « La protection diplomatique des nationaux à l'étranger », rapport à l'Institut de droit international, *in Annuaire I.D.I.*, 1931-II, Session de Cambridge, p. 373.

[32] DUGARD (J.), « Premier rapport sur la protection diplomatique », rapport du 7 mars et 20 avril 2000 présenté par le rapporteur spécial dans le cadre des travaux précédant l'élaboration du projet d'articles de la Commission du droit international portant sur la protection diplomatique de 2006, pp. 226-227.

Etats-Unis d'Amérique sont régulièrement intervenus, y compris de manière militaire, en protection de leurs ressortissants ayant placé leurs capitaux pour financer la construction de chemins de fer et de ports, l'exploitation de gisements miniers ou d'autres projets encore dans des pays « sous-développés »[33] en particulier ceux de l'Amérique latine[34].

15. Logiquement, c'était principalement des juristes, hommes de lettre et hommes politiques des Etats visés par de telles interventions, comme Andrés BELLO (1781-1865)[35] ou Carlos CALVO (1824-1906)[36] qui ont dénoncé ces pratiques non exemptes d'abus. Ils se sont opposés à l'idée que des litiges qui avaient lieu entre un Etat et des personnes privées étrangères pouvaient avoir un caractère international, en soutenant au contraire que ces derniers devaient être résolus conformément au droit du pays concerné et en recourant, si nécessaire, aux tribunaux de celui-ci. Toute intervention extérieure, quelle que soit la forme de celle-ci, devait par conséquent être exclue. Selon Carlos Calvo :

---

[33] Voir l'opinion individuelle du juge PADILLA NERVO dans l'affaire de la Cour internationale de justice *Barcelona Traction, Light and Power Company Limited, deuxième phase,* arrêt du 5 février 1970*, Recueil,* 1970*,* p. 246. Voir aussi dans le même sens, ROOT (V. E.), « The Basis of Protection to Citizens Residing Abroad », *AJIL*, 1910, pp. 517-528 ; Des interventions de nature militaire initiées par les Etats-Unis au motif de défendre des intérêts américains en Amérique latine ont eu lieu même dans les années 80 du XXème siècle. Nous faisons notamment référence aux campagnes militaires en Grenada en 1983 ou encore en Paname en 1989, voir dans le même sens NASH LEISCH (M.), « Contemporary practice of the United States relating to international law », *American Journal of International Law*, vol. 84, 1990, p. 545.

[34] Il faut rappeler qu'en XIXème et au début du XXème siècle, la plupart d'Etats d'Afrique et de l'Asie, à quelques exceptions notables comme par exemple celles de l'Empire Ottoman, de l'Egypte, la Perse, la Chine, le Japon et le Siam, n'existaient pas en tant qu'entités indépendantes car ils faisaient partie des colonies des Etats européens. Concernant en outre les Etats indépendants, comme par exemple l'Empire Ottoman, les Etats européens leur avaient souvent imposés des traités de capitulations, accordant des privilèges très importants aux commerçants européens en les soustrayant de la soumission au droit et aux juridictions locaux, voir ALVAREZ (J. E.), « Contemporary Foreign Investment Law : an "Empire of Law" or the "Law of an Empire" ?», *American University International Law Review*, 2009, p. 827. La Turquie a mis fin à ce régime spécial applicable aux étrangers à l'occasion de la signature, après la Première guerre mondiale du traité de Lausanne de 1923 avec les puissances alliées. L'article 28 de ce dernier prévoyait notamment que « Les Hautes Parties contractantes déclarent accepter chacune en ce qui la concerne, l'abolition complète des Capitulations en Turquie à tous les points de vue », le texte de ce traité peut être consulté sur : http://mjp.univ-perp.fr/traites/1923lausanne.htm#1 .

[35] Voir notamment DAWSON (F.G), « The influence of Andrés Bello on Latin-American Perceptions of Non and State Responsability », *BYBIL*, 1986, pp. 253-315 ; voir aussi BELLO (A.)*, Derecho internacional*, Caracas, Ministerion de Educacion, 1954.

[36] CALVO (C.), *Le droit international théorique et pratique*, Paris, Rousseau, 5ème édition, 1896, spéc., t. 1, § 205, p. 305 ; voir aussi la déclaration du juge mexicain PADILLA NERVO de la Cour internationale de justice relative à l'affaire de la *Barcelona Traction* de 1970 : « [l]'histoire de la responsabilité des Etats en matière de traitement des étrangers est une suite d'abus, d'ingérences illégales dans l'ordre interne des Etats faibles, de réclamations injustifiées, de menaces et même d'agressions militaires sous le couvert de l'exercice de droit de protection », CIJ, *Barcelona Traction, Light and Power, Limited*, *op.cit.*, *Recueil*, 1970, p. 247.

> « La forme sous laquelle a lieu l'intervention n'en altère par le caractère. L'intervention se produisant par l'emploi des procédés diplomatiques n'en est pas moins une intervention ; c'est une ingérence plus ou moins directe, plus ou moins dissimulée, qui très souvent n'est que le prélude de l'intervention armée »[37].

16. Cette vision ne semble pour autant jamais avoir pris durablement le dessus en droit international positif. Au contraire, le droit des Etats d'intervenir pour défendre les droits de leurs ressortissants a toujours été considéré comme essentiel et a été affirmé à plusieurs reprises par la jurisprudence. Ainsi, la Cour permanente de justice internationale (CPJI) dans l'une des affaires de principe en la matière, *Mavrommatis* s'est exprimée dans les termes suivants :

> « C'est un principe élémentaire du droit international que celui qui autorise l'Etat à protéger ses nationaux lésés par des actes contraires au droit international commis par un autre Etat, dont ils n'ont pas pu obtenir satisfaction par les voies ordinaires »[38]

17. La technique juridique adoptée par les Etats au XIXème siècle[39] dans le cadre de leurs droits internes, consistant à accorder une personnalité juridique aux groupements d'individus poursuivant des finalités lucratives, par rapport aux membres qui composaient ces groupements, a toutefois compliqué la donne concernant la question de la détermination de la nationalité de ces entreprises, et de l'Etat national capable d'agir en protection de ces dernières. Les droits étatiques ont commencé à considérer ces groupements comme des sujets de droit autonomes par rapport à leurs fondateurs ou bien les personnes qui détenaient leur capital. Les biens que les associés de ces entreprises affectaient à la réalisation de leur but commun devenaient ainsi des biens faisant partie du patrimoine de la collectivité. Ces entités se voyaient conférer en outre la capacité de contracter avec des tiers ou encore d'agir au nom de l'ensemble de leurs membres et dans l'intérêt commun[40].

18. De telle manière, et comme les auteurs d'une étude consacrée à la personnalité morale l'avaient fait observer, les droits internes des différents Etats ont consacré « le vocable

---

[37] CALVO (C.), *Le droit international théorique et pratique*, *op.cit.*, t.1, § 110, p. 267.
[38] CPJI, *Affaire des Concessions Mavrommatis en Palestine (Grèce c. Royaume-Uni)*, 1924, arrêt portant sur les exceptions d'incompétence du 30 août 1924, Série A, n°2, p. 12.
[39] DAVID (R.), « Rapport général », *in La personnalité morale et ses limites. Etudes de droit comparé et de droit international public*, Paris, L.G.D.J., 1960, p. 3 ; TOURNIER (A.), *La protection diplomatique des personnes morales*, *op.cit.*, p. 18.
[40] Voir dans le même sens VISSCHER (P. De), « La protection diplomatique des personnes morales », *op.cit.*, pp. 399-402.

de personne (morale, légale, juridique ou fictive, peu importe l'adjectif) pour l'appliquer à certaines entités – groupements ou organismes – qui ne sont pas des **personnes** »[41]. Comme un autre auteur a décrit cette même évolution juridique :

> […] lorsque ces collectivités s'organisent à l'état d'institutions durables, lorsqu'elles présentent une véritable unité d'administration et de décision, le droit est bien obligé de les accepter comme une réalité qui s'impose à lui. Seulement, il ne peut la définir qu'au moyen de symboles et de comparaisons. Il la compare à des personnes réelles, ayant une individualité distincte et des droits distincts. »[42].

19. Quant au mode de détermination de la nationalité de ces groupements, comme les professeurs BASTID et LUCHAIRE l'avaient très bien expliqué :

> « toute société constituée dans un Etat était assimilée à un individu né dans cet Etat et comme cet être nouveau n'avait pas de parents on lui attribuait, comme à l'enfant né de père inconnu, la nationalité de l'Etat où il était né […] La société nationale était [dès lors] celle qui s'établit sur le territoire national et qui est donc nécessairement soumise à la loi nationale »[43].

20. La personnalité juridique accordée à ces entités a eu des effets concernant la capacité pour un Etat d'exercer sa protection diplomatique en faveur de ses ressortissants prenant part au capital d'une société créée conformément à une législation étrangère. L'affaire emblématique en la matière et qui « domine tous les débats sur le sujet »[44] est celle de la *Barcelona Traction* rendue par la Cour internationale de Justice (ci-après CIJ) en 1970. L'importance de cette décision était d'autant plus grande que la jurisprudence internationale antérieure en la matière était, jusque là, très partagée et donc peu concluante[45].

---

[41] BASTID (S.), DAVID (R.), LUCHAIRE (F.) « Préface », *in La personnalité morale et ses limites*, *op.cit.*, p. VI. Ce sont les auteurs qui soulignent.

[42] SALEILLES (R.), « Première leçon », *in De la personnalité juridique : histoire et théories : vingt-cinq leçons d'introduction à un cours de droit comparé sur les personnes juridiques*, paru en 1910 et réédité en 2003 par Éditions la Mémoire du Droit, Paris, p. 3.

[43] BASTID (S.), LUCHAIRE (F.), « La condition juridique internationale des sociétés constituées par des étrangers », *in La personnalité morale et ses limites*, *op.cit.*, p. 159. Quant aux termes utilisés par la CIJ dans l'affaire de la *Barcelona Traction* précitée, les juges se sont exprimés ainsi : « La règle traditionnelle attribue le droit d'exercer la protection diplomatique d'une société à l'Etat sous les lois duquel elle s'est constituée et sur le territoire duquel elle a son siège », CIJ, *Barcelona Traction, Light & Power Company, Limited (Belgique c. Espagne)*, arrêt du 5 février 1970, *op.cit.*, p. 42, § 70.

[44] DUGARD (J.), Quatrième rapport sur la protection diplomatique, A/CN.4/530, *Ann. C.D.I.*, 2003, vol. II, première partie, p. 6, § 3.

[45] HOCHEPIED (J-P. de), *La protection diplomatique des sociétés et des actionnaires*, Paris, Pedone, 1965, pp. 149-166.

21. La Barcelona Traction était une société holding créée au Canada qui détenait le capital de plusieurs filiales incorporées en Espagne chargées de la mise en place et le développement d'un réseau de production et de distribution d'électricité dans la région de Catalogne. La majorité des actions de la Barcelona Traction était détenue par des personnes physiques et morales belges[46]. Peu après le début de la guerre civile espagnole en 1936 un différend a opposé les autorités espagnoles à la société canadienne dû au refus des premières à autoriser le transfert des devises des filiales locales vers leur société-mère. Le manque de retour sur ses investissements a mis la Barcelona Traction dans l'impossibilité d'honorer ses engagements financiers. Une décision juridictionnelle de faillite avait alors été prononcée par les tribunaux espagnols à l'encontre de la Barcelona Traction et ses avoirs et participations en Espagne ont été vendus.

22. La Belgique a pris fait et cause pour ses ressortissants en déposant une requête de protection diplomatique à l'encontre de l'Espagne. La CIJ a cependant refusé d'admettre la capacité pour agir de la Belgique. Elle a considéré qu'elle ne pouvait pas faire abstraction de l'institution de la société et prendre uniquement en compte les intérêts des actionnaires de nationalité belge. Selon ses termes :

> « Dans ce domaine, le droit international est appelé à reconnaître des institutions de droit interne qui jouent un rôle important et sont très répandues sur le plan international…[L]e droit international a dû reconnaître dans la société anonyme une institution créée par les Etats dans un domaine qui relève essentiellement de leur compétence nationale. Cette reconnaissance nécessite que le droit international se réfère aux règles pertinentes du droit interne, chaque fois que se posent des questions juridiques relatives aux droits des Etats qui concernent le traitement des sociétés et des actionnaires et à propos desquels le droit international n'a pas fixé ses propres règles »[47]

23. Les juges ont par conséquent estimé que lorsqu'un acte préjudiciable visait la société ou son patrimoine, il pouvait certes porter aussi atteinte aux intérêts financiers des actionnaires de celle-ci, or ces intérêts ne donnaient pas lieu à un titre juridique pour agir autonome à leurs titulaires ou à l'Etat national de ces derniers[48]. Dans un tel cas de

---

[46] CIJ, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Nouvelle requête : 1962) (Belgique c. Espagne)*, arrêt du 5 février 1970, *Recueil*, 1970, p. 7, § 8.
[47] *Ibid.*, pp. 33-34, § 38.
[48] « La responsabilité n'est pas engagée si un simple intérêt est touché ; elle ne l'est que si un droit est violé, de sorte que des actes qui ne visent et n'atteignent que les doits de la société n'impliquent aucune

figure, c'était vers sa société que les actionnaires devaient se tourner « pour qu'elle intente les recours voulus »[49], car c'était uniquement les droits de la société qui pouvaient être considérés comme lésés d'un point de vue juridique. Concernant enfin l'Etat capable d'agir au nom de la société lésée, la CIJ a considéré que « La règle traditionnelle attribue le droit d'exercer la protection diplomatique d'une société à l'Etat sous les lois duquel elle s'est constituée et sur le territoire duquel elle a son siège »[50]. La Belgique avait été par conséquent déboutée de sa demande.

24. La jurisprudence postérieure de la Cour a confirmé cette solution tout en précisant qu'elle n'était aucunement limitée aux seules sociétés anonymes. Dans l'affaire plus récente *Diallo* de 2007, les juges ont estimé que :

> « "il est … inutile d'examiner les multiples formes que prennent les différentes entités juridiques dans le droit interne" (C.I.J. Recueil 1970, p. 34, par. 40). Ce qui importe, du point de vue du droit international, c'est de déterminer si celles-ci sont ou non dotées d'une personnalité juridique indépendante de leurs membres. L'attribution à la société d'une personnalité morale indépendante entraîne la reconnaissance à son profit de droits sur son patrimoine propre qu'elle est seule à même de protéger. En conséquence, seul l'Etat national peut exercer la protection diplomatique de la société lorsque ses droits sont atteints du fait d'un acte illicite d'un autre Etat. »[51].

25. Au-delà des fondements purement juridiques de la solution de la Cour dans l'affaire de *la Barcelona Traction* qui trouvaient leur source dans la nature de la personne morale telle que définie en droit interne, les arguments des juges comportaient également des considérations à caractère extra-juridique[52]. Tout d'abord la Haute juridiction a estimé que si elle avait admis la possibilité pour les Etats de prendre fait et cause de leurs ressortissants prenant part au capital des sociétés commerciales, elle risquait d'ouvrir :

> « la voie à des réclamations diplomatiques concurrentes [pouvant] créer un climat de confusion et d'insécurité dans les relations économiques internationales. Le danger serait d'autant plus grand que les actions des

---

responsabilité à l'égard des actionnaires même si leurs intérêts en souffrent », CIJ, *Barcelona Traction*, *Nouvelle reqête*, *op.cit.*, p. 36, § 46.

[49] *Ibid.*, p. 35, § 44.

[50] *Ibid.*, p. 42, § 70.

[51] CIJ, *Affaire Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République Démocratique du Congo)*, arrêt portant sur les exceptions préliminaires du 24 mai 2007, § 61.

[52] Voir dans le même sens FROUVILLE (O. de), « Affaire *Ahmadou Sadio Diallo* (République de Guinée *c.* République démocratique du Congo). Exceptions préliminaires : le romain inachevé de la protection diplomatique », *AFDI*, 2007, pp. 315-316.

sociétés ayant une activité internationale sont très dispersées et changent souvent de mains »[53].

26. Il est à rappeler en outre que la période suivant la deuxième guerre mondiale avait été marquée par une décolonisation massive et l'apparition d'un nombre important de nouveaux Etats indépendants, dont l'une des aspirations premières consistait en la reprise du contrôle sur leurs richesses naturelles qui avaient été confiées et exploitées jusque-là par des entreprises occidentales. Il était alors difficile pour ces Etats d'admettre l'idée selon laquelle leur pouvoir de régulation vis-à-vis des entreprises créées conformément à leur propre législation et menant des activités sur leur territoire, serait limité du fait que ces entreprises soient contrôlées par des intérêts étrangers. La reconnaissance dans un tel contexte, d'une technique juridique permettant aux Etats développés de protéger leurs ressortissants détenant des parts sociales du capital des sociétés créées en vertu de la législation d'un Etat étranger aurait sans doute exacerbé les tensions entre les pays du Nord et les pays du Sud[54]. Il suffit en effet, pour comprendre les enjeux en cause, de citer un extrait de l'opinion individuelle du juge mexicain PADILLO NERVO, représentant l'hostilité de la doctrine juridique latino-américaine à une telle extension du mécanisme de la protection diplomatique :

> « Ce ne sont pas les actionnaires de ces énormes sociétés qui ont besoin de protection diplomatique ; ce sont plutôt les Etats pauvres ou faibles où les capitaux sont investis qui ont besoin d'être protégés contre l'ingérence de puissants groupes financiers ou contre la pression diplomatique injustifiée de gouvernements qui paraissent toujours prêts à appuyer à tout prix les actionnaires de leur nationalité »[55].

---

[53] *Barcelona Traction, arrêt, CIJ, op.cit., Recueil*, 1970, p. 49, § 96.

[54] En vertu de l'explication fournie par la Cour elle-même : « Compte tenu des importants événements survenus depuis cinquante ans, de l'extension des investissements étrangers et de l'ampleur prise par l'activité des sociétés sur le plan international, notamment celle des sociétés holding, souvent multinationales, compte tenu aussi de la prolifération des intérêts économiques des Etats, il peut être à première vue surprenant que l'évolution du droit ne soit pas allée plus loin et que des règles généralement reconnues ne se soient pas cristallisées sur le plan international. Néanmoins un examen plus approfondi des faits montre que le droit en la matière s'est formé en une période d'intense conflit de systèmes et d'intérêts. Des rapports essentiellement bilatéraux sont en cause, où les droits des Etats qui exercent la protection diplomatique et des Etats à l'égard desquels une protection est demandée ont dû être également sauvegardés. Dans ce domaine comme dans d'autres, un ensemble de règles n'aurait pu mûrir qu'avec l'assentiment des intéressés. Les difficultés auxquelles on se heurte se reflètent dans l'évolution du droit en la matière. », *Barcelona Traction, arrêt, CIJ, op.cit., Recueil*, 1970, pp. 46-47, § 89. Voir dans le même sens, FROUVILLE (O. de), « Affaire *Ahmadou Sadio Diallo* (République de Guinée *c.* République démocratique du Congo). Exceptions préliminaires : le romain inachevé de la protection diplomatique », *op.cit.*, pp. 315-316.

[55] CIJ, *Barcelona Traction, arrêt, op.cit., Recueil*, 1970, p. 248.

27. Deux éléments importants concernant la question de savoir quels étaient les investisseurs pouvant prétendre à une protection au niveau international ressortent ainsi de ce bref rappel de la jurisprudence et des règles générales établies en la matière par le droit international. Le premier est le principe selon lequel, sauf « stipulations conventionnelles ou accords spéciaux »[56], les détenteurs du capital d'une société ne disposaient pas d'un titre pour agir en protection des droits ou des biens appartenant à cette société. Le deuxième élément se réfère quant à lui à la règle qui prévoit qu'une société doit être considérée, pour le besoin de la protection diplomatique, comme nationale de l'Etat sur le territoire duquel elle est a été constituée et sur lequel elle a placé son siège social, sans considération aucune de la nationalité des personnes détenant ses parts sociales.

28. Les nombreux traités de protection des investissements, essentiellement de nature bilatérale, qui ont été conclus depuis les années 60[57] s'écartent souvent des solutions retenues par les deux règles générales précitées. La raison principale pour cela est que via ces instruments les Etats industrialisés et exportateurs de capitaux visaient avant toute chose de garantir une protection complète aux intérêts de leurs ressortissants qui investissaient dans des Etats en développement. Or, très souvent de tels investissements, pour des raisons tenant aux exigences imposées par les législations des Etats importateurs de capitaux, ou bien des raisons liées à la nature de l'opération économique, avaient été réalisés via des sociétés créées localement. Les Etats développés ont alors œuvré systématiquement pour l'incorporation dans les traités qu'ils concluaient avec les Etats en développement de deux types de dispositions. En vertu de la première une société créée en vertu de la législation d'un Etat, mais contrôlée par des ressortissants d'un autre Etat, était définie comme étant une nationale de ce dernier[58]. En outre, les traités de protection reconnaissaient souvent la capacité

[56] CIJ, *Barcelona Traction, arrêt, op.cit., Recueil*, 1970, p. 47, § 90.

[57] Il est considéré que le premier traité bilatéral d'investissements a été conclu par l'Allemagne avec le Pakistan en 1959. Le nombre de ce type de conventions progressait modérément depuis cette date jusqu'à la fin des années 80 (10 à 20 traités nouveaux par an). Ensuite, dans les années 90 le processus de signature de ces traités s'est considérablement accéléré (100 à 200 nouveaux traités par an entre 1990 et 2000), v. LEBEN (Ch.), « L'évolution du droit international des investissements : un rapide survol », Avant-propos, *in Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement. Nouveaux développements*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2006, p. 14.

[58] La Convention de Washington de 1965 ayant institué le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements, avait expressément envisagé la possibilité de définir ainsi la nationalité d'une société car son article 25(2)(b) prévoit que « Ressortissant d'un autre Etat contractant signifie : (b) « […] toute personne morale qui possède la nationalité de l'Etat contractant partie au différend […]et que les parties sont convenues, aux fins de la présente Convention, de considérer comme

pour les actionnaires ou associés étrangers d'une société créée en vertu de la législation d'un autre Etat de pouvoir agir en substitution de cette société pour la protection d'un investissement réalisé via cette dernière.

II. Les évolutions apportées en matière de protection des sociétés et des leurs associés ou actionnaires par le droit des investissements étrangers

29. De nombreux Etats avaient fait le choix, tout au long du XIXème ou du XXème siècle de confier à des compagnies étrangères la construction de grandes infrastructures : voies de chemins de fer, routes, ponts, tunnels, ou l'exploitation de mines ou de ressources naturelles. Aussi bien ces entreprises, que les Etats de nationalité de celles-ci qui participaient souvent directement au capital des premières et intervenaient régulièrement en leur faveur pour les aider à gagner des marchés à l'étranger[59], avaient donc un intérêt à ce que les biens acquis et les investissements réalisés dans ces conditions soient protégés juridiquement afin de garantir une rentabilité optimale de ces opérations. Les acteurs privés et leurs Etats nationaux voulaient s'assurer contre tout risque de changement des conditions juridiques, fiscales, sociales de l'Etat hôte de leurs opérations ou bien d'un changement d'orientation politique de ce dernier aboutissant à l'expropriation de la propriété de l'investisseur étranger sur place[60]. La licéité de telles mesures ne devait en aucun cas être laissée à l'appréciation des juridictions internes, plus sensibles par définition à la protection de l'intérêt général tel que défini par les gouvernements au pouvoir, qu'à celle des intérêts privés étrangers. Les Etats exportateurs des capitaux et leurs ressortissants ont eu alors recours à deux techniques juridiques parallèles.

30. D'une part, ce sont les investisseurs eux-mêmes qui dans les contrats qu'ils concluaient avec l'Etat hôte au moment de la réalisation de leurs investissements ont commencé à négocier l'incorporation d'une clause compromissoire leur permettant, en cas de différend avec cet Etat concernant l'interprétation ou l'application de tels accords, de saisir directement un tribunal arbitral, au lieu de se soumettre aux juridictions internes de leur cocontractant public[61]. Le contrat de concession entre l'entreprise britannique

---

ressortissant d'un autre Etat contractant en raison du contrôle exercé sur elle par des intérêts étrangers.

[59] VAN DER WEE (H.), « La politique d'investissement de la Société Générale de Belgique », 1822-1913 », *Histoire, économie et société*, vol. 1, n°4, 1982, pp. 603-619.

[60] Sur les risques juridiques encourus par une personne privée résidant ou travaillant à l'étranger voir, ROOT (V.E.), « The Basis of Protection to Citizens Residing Abroad », *op.cit*., spéc. pp. 526-527.

[61] Il semblerait que le premier arbitrage qui a opposé directement un investisseur étranger à un Etat d'accueil était celui de la *Compagnie universelle du Canal de Suez c. Vice-Roi d'Egypte*, sentence du 21

Lena Goldfields et l'URSS de 1925 constitue un exemple emblématique de cette pratique. Son article 90 prévoyait le règlement des litiges en cas de différend entre les parties par recours à un tribunal arbitral et prévoyait surtout que ce tribunal arbitral pouvait statuer sur un tel différend même en cas de refus de l'une des parties de participer à la procédure[62].

31. Le recours par les entreprises des Etats industrialisés et exportateurs de capitaux, à de tels mécanismes dans le cadre des contrats d'investissement qu'ils concluaient avec des Etats en développement s'est généralisé et en même temps précisé après la fin de la deuxième guerre mondiale. Appelés par la doctrine des « contrats d'Etat »[63], ou des « accords de développement économique »[64], ils se caractérisaient par des clauses compromissoires permettant la saisine d'un tribunal arbitral en cas de différend par l'investisseur privé, et des clauses prévoyant que le droit applicable choisi par les parties était soit le droit de l'Etat mais stabilisé à la date d'entrée en vigueur du contrat, soit le droit de l'Etat dans sa partie qui était compatible avec « les principes généraux du droit », « les principes de droit international », « les principes généralement acceptés de droit international », auxquels on ajoutait parfois « les décisions des tribunaux internationaux »[65]. Ces contrats étaient conclus entre l'Etat d'accueil de l'opération économique d'une part et une ou plusieurs entreprises de droit étranger d'autre part[66],

---

avril 1864, LA FONTAINE (H.), *Paisicrisie internationale (1794-1900)*, La Haye, Martinus Nijhoff Publishers (réédition avec une préface de P.M. EISEMANN), 1997, pp. 122-129.Voir dans le même sens, LEBEN (Ch.), « Droit international des investissements : un survol historique », *in Ch. LEBEN (dir.) Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Paris, Pedone, 2015, p. 6, note de bas de page 10. Pour autant, ce litige a été porté devant l'arbitre sur la base d'un compromis conclu entre la Compagnie universelle et l'Egypte après la survenance de leur différend, et non pas sur la base d'une clause compromissoire incorporée dans un contrat préexistant.

[62] VEEDER (V.V.), « The Lena Goldfields Arbitration : the Historical Roots of Three Ideas », *ICLQ*, vol. 46, n°4, 1998, pp. 747-792, spéc. p. 791. C'est d'ailleurs ce qui s'est passé dans cette affaire. L'URSS a refusé de participer à l'arbitrage qui s'est poursuivi sans elle et a abouti à une sentence condamnant l'Etat à payer une forte indemnité à la société pour la rupture du contrat de concession.

[63] MANN (F.A), « The Law Governing State Contracts », *BYBIL*, 1994, pp. 11-33 ; LEBEN (Ch.), « La théorie du contrat d'Etat et l'évolution du droit international des investissements », *RCADI*, vol. 302, 2003, pp. 197-386.

[64] MANIRUZZAMAN (A. F. M.), « The Relevance of public International Law in Arbitrations Concerning International Economic Development Agreements », *J. of World Inv. & Trade*, 2005, n°2, pp. 263-296.

[65] LEBEN (Ch.), « La théorie du contrat d'Etat et l'évolution du droit international des investissements », *op.cit.*, 270-274 ; voir aussi pour des exemples de clauses compromissoires, pp. 226-228.

[66] Voir le contrat de concession conclu entre la Lybie et les deux sociétés américaines California Asiatic Oil Company et Texaco Overseas Petroleums Company, *Affaire Texaco-Calasiatic,* sentence du fond du 19 janvier 1977, *JDI*, 1977, pp. 350-389.

ou bien une société de droit local, mais contrôlée par des intérêts étrangers et que l'Etat cocontractant considérait comme étant de nationalité étrangère[67].

32. De manière simultanée, les pays exportateurs de capitaux ont tenté de mettre en place, après la fin de la deuxième guerre mondiale un accord multilatéral de protection de la propriété privée étrangère. Des différents projets pour une telle convention ont été présentés, mais aucun d'entre eux n'a abouti à la signature d'un traité international. S'agissant d'accords qui devaient être conclus au niveau interétatique, la question des critères de détermination de la nationalité des sociétés constituait un enjeu important dans le cadre des discussions.

33. A titre d'exemple le projet de convention internationale de protection des investissements étrangers, présenté en 1959 et resté célèbre sous l'appellation du « projet Abs-Shawcross », du nom de ses auteurs[68], prévoyait dans son article IX(a) que :

> « le terme « nationaux » employé en relation avec l'une des Parties contractantes, comprend : (i) les sociétés qui, en vertu du droit interne de cette Partie contractante, sont considérées comme ayant sa nationalité et (ii) les sociétés dans les lesquelles les nationaux de ladite Partie contractante détiennent, directement ou indirectement, une participation de contrôle. Le mot « société » comprend les sociétés auxquelles la législation de l'une des Parties contractantes reconnaît la personnalité juridique, ainsi que les sociétés qui ne jouissent pas de la personnalité juridique »[69].

34. Cette proposition n'a pas abouti à la conclusion d'un accord, mais est devenue l'une des bases de négociation du projet de convention de protection des biens étrangers élaboré et adopté dans le cadre de l'OCDE en 1967[70]. En vertu des termes de ce dernier, tout

---

[67] GAUTRON (J-C.), « Les conventions d'établissement conclues par le Sénégal avec des entreprises », *AFDI*, vol. 14, 1968, pp. 654-670, spéc. p. 659.

[68] Monsieur Hermann Abs était le directeur général de la Banque nationale allemande et était l'auteur d'un premier projet d'accord sur la protection des biens étrangers présenté lors de la conférence internationale pour le développement industriel qui s'est tenue à San Francisco en 1957. Ce projet avait été pourtant jugé trop favorable aux intérêts privés. Lord Hartley Shawcross, qui s'est joint aux travaux d'un deuxième projet portant sur la même matière, était un juriste et un homme politique britannique, Procureur général pour l'Angleterre et le Pays de Galle entre 1945 et 1951, et Secrétaire général au Commerce dans le gouvernement britannique en 1951.

[69] FOCSANEANU (L.), « Les sociétés commerciales dans les projets et propositions de conventions internationales multilatérales tendant à la protection de la propriété étrangère », *in La personnalité morale et ses limites. Etudes de droit comparé et de droit international public*, Paris, L.G.D.J., 1960, p. 259.

[70] Un premier projet de convention de protection des biens étrangers a été présenté en 196, v. Résolution relative au projet de Convention sur la protection des biens étrangers, C/M(62)23(Final), *in* OCDE (1962) *Actes de l'Organisation*, vol. 2, p. 490 et s. ; v. aussi VAN HECKE (G.A.), « Le projet de convention de l'OCDE sur la protection des biens étrangers », *RGDIP*, 1964, p. 641. Il a été ensuite modifié et adopté

ressortissant d'un Etat partie qui s'estimait lésé par des mesures contraires à ladite convention pouvait entamer une procédure devant un tribunal arbitral à l'encontre d'un autre Etat partie auteur de telles mesures, à condition cependant que ce dernier Etat eût explicitement accepté la compétence dudit tribunal arbitral pour une telle procédure[71].

35. Cette tentative de mettre en place un cadre multilatéral de protection des biens étrangers n'a pas non plus porté ses fruits[72]. Si certaines divergences existaient entre les Etats développés eux-mêmes concernant le contenu exact des dispositions proposées, la raison principale de cet échec doit être cherchée dans le désaccord profond séparant les Etats industrialisés et exportateurs de capitaux d'une part et les Etats en développement de l'autre concernant le rôle que devait jouer le droit international en matière de protection des biens étrangers[73].

36. Le projet de convention sur la protection des biens étrangers de 1967 négocié dans le cadre de l'OCDE se présentait pourtant, du point de vue de la question de la nationalité des sociétés, un peu différemment que les propositions précédentes. Il n'était pas destiné aux seuls membres de cette organisation, regroupant uniquement les pays développés. Le souhait avait été exprimé dans son Préambule que « *d'autres Etats se joignent à eux et adhèrent à la présente convention* ». C'est sans doute dans un tel but, que la manière dont la nationalité d'une société a été définie, tenait mieux compte des revendications de souveraineté économique exprimées par les pays importateurs de capitaux. En vertu de l'article 9(a) du projet, devait être considérée comme ayant la nationalité d'un Etat toute entité qui était reconnue comme personne morale par la législation de ce même Etat. Ainsi, une société ne pouvait avoir la nationalité que de l'Etat en vertu de la législation duquel elle a été créée. En contrepartie, cependant, le point c) de ce même article 9 ouvrait la possibilité d'une protection juridique des intérêts que les actionnaires étrangers d'une société détenaient dans les biens possédés

---

en sa version finale par une Résolution du Conseil de l'OCDE en 1967, Résolution relative au Projet de Convention sur la protection des biens étrangers, C(67)102 *in* OCDE (1967), *Actes de l'Organisation*, vol. 7, pp. 232-279. Voir aussi les différentes étapes d'élaboration du projet final, COLAS (B.), *L'OCDE et l'évolution du droit international de l'économie et de l'environnement*, Editions OCDE, pp. 174-175.

[71] V. l'article 7(b) de la Résolution relative au Projet de Convention sur la protection des biens étrangers, C(67)102, *op.cit.*

[72] De nouvelles négociations portant sur un Accord multilatéral sur l'investissement (AMI) ont été entamées par les Etats dans le cadre de l'OCDE en 1995. Elles se sont toutefois de nouveau clôturées sans succès en 1998, voir sur cette question JUILLARD (P.), « A propos du décès de l'A.M.I. », *AFDI*, 1998, vol. 44, pp. 595-612.

[73] DOLZER (R.), SCHREUER (Ch.), *op.cit.*, p. 8.

par cette société lorsque celle-ci avait été créée conformément au droit d'un Etat tiers. En vertu des termes exacts de cette disposition le projet de convention visait à protéger :

> « tous les biens, droits et intérêts, détenus directement ou indirectement, y compris les intérêts que le membre d'une société est censé avoir dans les biens de la société »[74].

37. Le Conseil de l'OCDE a adopté une Résolution du 12 octobre 1967 reprenant les dispositions de ce projet d'accord pour qu'elles « serve[nt] de base à une application plus large et plus effective de ces principes ». Ce projet est devenu effectivement une source commune d'inspiration des modèles nationaux de traités d'investissements élaborés par les Etats développés, modèles qu'ils proposaient ensuite aux pays d'importation de capitaux dans le cadre des négociations que les premiers ouvraient et menaient avec ces derniers sur une base bilatérale[75]. Certains traités bilatéraux d'investissements ont ainsi repris la règle selon laquelle le terme d'investissement protégé désignait tout avoir, bien ou intérêt, détenu directement ou indirectement - c'est-à-dire via une société intermédiaire - par des ressortissants de l'un des Etats parties sur le territoire de l'autre Etat partie[76].

38. La question concernant la détermination de la nationalité d'une société en vue de sa protection au niveau international, s'est posée en outre lors des négociations pour l'élaboration d'une convention devant aboutir à la création d'un Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats (CIRDI). Ayant pris conscience de l'impossibilité pour les Etats de s'entendre sur un socle commun de normes matérielles déterminant le régime applicable aux ressortissants étrangers et à leurs biens, le Conseiller général de la Banque mondiale, Aron Broches, a alors eu pour idée d'essayer de trouver un terrain d'entente pour l'élaboration de simples règles de procédure sur lesquelles les Etats et leurs ressortissants respectifs pourraient s'appuyer en cas de litige lié à un investissement, et qui ne préjugeaient en rien la question du choix du droit substantiel applicable pour la

---

[74] Des dispositions similaires avaient été prévues également par les projets « Abs » et « Abs-Shawcross » précités, v. HOCHEPIED (J-P. de), *La protection diplomatique des sociétés et des actionnaires*, Paris, Pedone, 1965, pp. 243-244.

[75] JUILLARD (P.), « L'évolution des sources du droit des investissements », *RCADI*, vol. 250, 1994, t. 250, p. 117.

[76] Voir dans ce sens l'article I.1.(b) du modèle de traité bilatéral d'investissement des Etats-Unis de 1984, *Bilateral Investment Treaties*, *op.cit.*, p. 123.

résolution d'un tel différend[77]. Les Administrateurs de la Banque mondiale ont soumis à l'examen des Etats membres de cette dernière un accord allant dans ce sens en 1965. La convention prévoyait la création d'un Centre international dont l'objectif était d'offrir les moyens de conciliation et d'arbitrage entre Etats et investisseurs étrangers. La signature et la ratification de ce traité par les Etats n'impliquaient pas automatiquement un accord de leur part pour se soumettre à la compétence d'un tribunal arbitral crée sous les auspices du CIRDI. Il fallait pour cela un deuxième engagement concret de leur part vis-à-vis d'un investisseur étranger, par le biais notamment d'un contrat directement conclu avec la partie privée au litige. Quant au droit applicable, l'article 42 de la Convention prévoyait qu'il pouvait être librement déterminé par les parties au litige. En cas d'absence d'un accord sur ce point, le tribunal saisi devait se référer à la fois au droit interne de l'Etat partie à la procédure qu'aux principes applicables du droit international[78]. C'est sans doute cette souplesse et liberté laissée aux parties de décider si elles voulaient recourir aux services proposés par le CIRDI, ainsi que celle de choisir le droit qui régirait l'issue de leur litige, qui explique le succès rencontré par cette Convention de Washington[79], particulièrement en ce qui concerne les Etats en développement[80].

39. Comme l'accès à ce for international ne devait être établi qu'en faveur des investisseurs étrangers, il était important de préciser quels étaient les critères de détermination de la nationalité d'une personne privée. Concernant les personnes morales, il a été proposé, dans le projet initial de la convention, de considérer comme nationale d'un Etat toute société qui était constituée en vertu de la législation de ce dernier, ainsi que toute société

---

[77] BROWN (Ch.), « International Investment Agreements – History, Approaches, Schools », *in* BUNGENBERG (M.), GRIEBEL (J.), HOBE (S.), REINISCH (A.), *International Investment Law. A Handbook*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2015, p. 175.

[78] Voir sur cette dernière question, GAILLARD (E.), BANIFATEMI (Y.), « The meaning of "and" in Article 41(1), Second Sentence, of the Washington Convention: The Role of International Law in the ICSID choice of Law Process », *ICSID Review*, 2003, pp. 375-411.

[79] Voir dans le même sens REUTER (P.), « Réflexion sur la compétence du centre créé par la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats », *in Investissements étrangers et Arbitrage entre Etats et personnes privées. La Convention B.I.R.D. du 18 mars 1965*, Paris, Pedone, 1969, p. 5 : « Disons tout de suite qu'il avait des données qui obligeaient de procéder ainsi…il y [avait] aussi nettement une volonté politique qui est de ne pas forcer le recours à l'arbitrage. ».

[80] Pour reprendre l'observation d'un auteur : « Au début des années 80, 84 Etats avaient signé la Convention de 1965, 79 l'avaient ratifiée, parmi lesquels divers Etats qui avaient à l'origine émis des réserves à l'égard des procédures internationales ainsi créées », LAVIEC (J-P.), *Protection et promotion des investissements*, *op.cit.*, pp. 269-270. Aujourd'hui le nombre des Etats parties à la Convention de Washington est de 149, information disponible sur le site du CIRDI à l'adresse : https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/icsiddocs/Documents/Liste%20des%20Etats%20Contractants%20et%20Signataires%20de%20la%20Convention%20-%20Latest.pdf

« *in which the nationals of that State have a controlling interest* »[81]. La prise en compte simultanée de ces deux critères de détermination d'allégeance des sociétés créait cependant le risque de conflit de nationalités, dans le sens où une société constituée en vertu de la législation d'un Etat A, mais contrôlée par des ressortissants de l'Etat B, pouvait, selon cette proposition, être qualifiée comme nationale de l'un et de l'autre de ces derniers. S'est ajoutée à cela, l'hostilité exprimée par les Etats importateurs nets de capitaux quant à l'éventualité que des sociétés créées en vertu de leur législation et établies sur leur territoire puissent prétendre de bénéficier d'un régime juridique différent et plus favorable que d'autres entreprises nationales au motif que les premières représenteraient des intérêts étrangers[82]. Or, comme le recours au mécanisme arbitral par des personnes privées n'était à cette époque pas encore envisageable en dehors d'un accord spécifique intervenu entre l'Etat partie à une telle procédure et l'investisseur portant une réclamation à son encontre, il a été finalement décidé de laisser cette question relative à la définition de la nationalité des personnes morales à la discrétion des parties à ces futurs accords. Ainsi, l'article 25(2)(b) du texte final de la Convention ne contient aucune définition de la notion de nationalité des personnes morales et prévoit de manière assez laconique que l'expression « Ressortissant d'un autre Etat contractant » signifie « toute personne morale qui possède la nationalité d'un Etat contractant autre que l'Etat partie au différend […]»[83].

40. Accessoirement, ayant pris conscience également des obstacles quasi insurmontables pour la mise en place d'un cadre multilatéral contenant des normes substantielles de protection des ressortissants étrangers et de leurs investissements, les Etats développés ont changé de stratégie et ont concentré leurs efforts dans la négociation et la conclusion de traités bilatéraux avec des Etats en développement. Il était en effet beaucoup plus facile aux premiers d'imposer leur vision des choses aux seconds dans le cadre de pourparlers directs de un à un. L'une des conséquences des fortes revendications des Etats en développement concernant leur souveraineté absolue sur leurs richesses naturelles était la baisse du nombre d'investissements provenant de l'étranger les

[81] *Documents Concerning the Origin and the Formulation of the Convention*, Washington, CIRDI, vol. II, 1968, p. 230.
[82] BROCHES (A.), « The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States », *RCADI*, vol. 136, 1972, p. 359.
[83] *Ibid.*, p. 359 : « *In interpreting Article 25 (2) (b) it is once again important to remember that while the term nationality is used that term is not defined.* ». Voir aussi p. 360.

concernant[84]. Le besoin que certains de ces Etats ont alors ressenti pour s'approvisionner en capitaux pour le développement de leurs infrastructures et économies les a incités à accepter de garantir un traitement privilégié en faveur de certains investisseurs étrangers. La plupart des Etats en développement qui, dans les années 70 et 80 ont accepté de conclure des traités bilatéraux de protection des investissements étrangers avec des Etats développés avaient signé en outre la Convention de Washington ayant institué le CIRDI[85]. Or, la majorité des traités bilatéraux conclus depuis les années 70 prévoyaient une clause de règlement des différends faisant référence au CIRDI[86].

41. D'un côté, la plupart des conventions bilatérales de protection des investissements étrangers reprenaient le critère de détermination de nationalité des personnes morales établi par l'affaire de la *Barcelona Traction* et prévoyaient que devait être considérée comme ressortissante de l'un des Etats parties, toute société créée en vertu de la législation de cet Etat. Une bonne partie de ces conventions rajoutaient toutefois que devait être considérée également comme nationale de l'un des Etats parties, une société créée en vertu de la législation de l'autre Etat partie, mais contrôlée par des intérêts du premier Etat partie. Enfin, de manière systématique[87] ces mêmes conventions conféraient simultanément la qualité d'investisseur protégé aux actionnaires ou associés ressortissants de l'un des Etats parties au traité, qui détenaient des parts sociales d'une société incorporée dans l'autre Etat partie au traité. Cela avait été fait moyennant une indication selon laquelle entraient dans le champ de protection de ces conventions, tous les biens ou avoirs qui se trouvaient sur le territoire de l'un des Etats parties au traité, et qui étaient détenus directement ou indirectement, c'est-à-dire par l'intermédiaire d'une ou plusieurs personnes morales, par des ressortissants de l'autre Etat partie au même traité. Ce type de définitions est devenu aujourd'hui l'un des traits caractéristiques des

---

[84] Voir LEBEN (Ch.), « Les investissements miniers dans les pays en développement », *JDI*, 1986, pp. 898-902.

[85] LAVIEC (J-P.), *Protection et promotion des investissements*, *op. cit*., p. 270.

[86] *Ibid.*, p. 275. Le premier traité bilatéral de protection des investissements étrangers a été conclu en 1959 entre l'Allemagne et le Pakistan, avant l'élaboration de la Convention de Washington ayant institué le CIRDI. Ce traité (art. 11), ainsi que les autres instruments bilatéraux de ce type conclus dans les années 60 prévoyaient, concernant la question de règlement des différends, que les Etats parties devaient résoudre ceux-ci en recourant à la CIJ ou un tribunal arbitral interétatique, v. BROWN (Ch.), « International Investment Agreements – History, Approaches, Schools », *in* BUNGENBERG (M.), GRIEBEL (J.), HOBE (S.), REINISCH (A.), *International Investment Law. A Handbook*, *op.cit.*, p. 178.

[87] ALEXANDROV (S.), « The "Baby boom" of Treaty-Based Arbitrations and the Jurisdiction of ICSID Tribunals : Shareholders as "Investors" and Jurisdiction *Ratione Temporis* », *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, Koninklijke Brill NV, Leiden, Pays-Bas, vol.4, n°1, 2005, p. 28.

conventions signées par certains Etats exportateurs de capitaux, comme notamment les Etats-Unis ou encore le Canada[88]. Pour reprendre les termes d'un auteur :

> « *[t]his definition of investment was a response to the decision of the International Court of Justice in Barcelona Traction, Light and power Co., Ltd. In that case, the Court held that a company incorporated in Canada but owned principally by Belgians could not be protected by Belgium in an action before the Court. The rationale was that, under customary international law, a company may be protected only by its state of incorporation, not the state of its ownership. The BIT definition of own or control thus renders the Barcelona Traction decision inapplicable to covered investments. Investment owned and controlled by United States nationals is covered, regardless of whether it is owned or controlled through a company incorporated under the laws of another state* »[89].

42. Depuis l'évolution jurisprudentielle opérée par le tribunal arbitral constituée sous les auspices du CIRDI à l'occasion de l'affaire *Asian agricultural products ltd. (AAPL) c. République du Sri Lanka* du 27 juin 1990[90], le nombre des conventions en matière de protection des investissements étrangers a considérablement augmenté pour arriver aujourd'hui à un chiffre dépassant les 2600[91]. Pour la première fois dans cette affaire les arbitres ont interprété la disposition de règlement des différends incorporée dans un traité bilatéral comme conférant directement aux personnes privées ressortissants de l'un des Etats contractants la capacité de porter une réclamation à l'encontre de l'autre

---

[88] Voir la définition du terme d'investissement retenue par l'article 1 du modèle de traité bilatéral des Etats-Unis de 2012, ou encore par l'article 1 du modèle canadien de 2004. On retrouve ce type de définition également dans certains traités bilatéraux conclus par des Etats européens, v. par ex. l'article 1(2)(a) de l'accord entre le Royaume-Uni et la Colombie de 2010 qui permet à un investisseur de bénéficier de la protection du traité pour « *every kind of economic asset, owned or controlled directly or indirectly* » ce qui inclut donc les avoirs détenus indirectement par un actionnaire étranger dans une société incorporée dans l'autre Etat partie au traité. Des traités de nature multilatérale contiennent également une telle définition des investissements protégés, v. par ex l'article 1(6) du traité sur la Charte de l'énergie : « *tout type d'avoir détenu ou contrôlé directement ou indirectement* » par un national d'un autre Etat.

[89] VANDEVELDE (K.J.), *U.S. International Investment Agreements,* New York, Oxford University Press, 2009, p. 115.

[90] CIRDI, *Asian Agricultural Products Ltd (AAPL) c. Sri Lanka,* sentence du 27 juin 1990, *JDI*, 1992, pp. 216-232, observations GAILLARD (E.) ; C'était le premier litige tranché par un tribunal sur le fondement d'un traité bilatéral d'investissements. Il est à ce propos intéressant de noter que la société requérante en l'espèce, AAPL, a porté plainte contre le Sri Lanka au motif que lors d'un conflit armé dans ce dernier pays l'usine qui avait été la propriété de l'une de ses filiales locales avait été détruite. Le tribunal a accordé des dommages et intérêts à AAPL pour ses pertes financières, même si en réalité c'était sa filiale locale qui avait subi le préjudice direct à la suite de cette destruction.

[91] Le nombre total de traités en matière de protection des investissements étrangers au mois de mai 2017, qu'ils soient de nature bilatérale ou multilatérale, s'élève à 3329, dont 2671 sont en vigueur. Source : le site internet de la CNUCED recensant les traités en matière de protection des investissements, http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA

Etat contractant sans que ce dernier eût consenti explicitement, dans le cadre d'un instrument supplémentaire, à se soumettre à la compétence d'un tel tribunal arbitral[92].

43. La teneur protectrice des traités interétatiques en matière d'investissements a été ainsi considérablement renforcée car ils conféraient dorénavant systématiquement une capacité procédurale aux personnes privées au niveau international, permettant à ces dernières de profiter pleinement des droits matériels importants prévus en leur faveur par ces mêmes instruments. Les questions de savoir si un investisseur peut être qualifié de ressortissant de l'un des Etats parties à un tel instrument et s'il dispose d'un titre pour agir à l'encontre d'un Etat étranger sont régies dorénavant essentiellement pas lesdites conventions. Pour reprendre un passage de l'arrêt *Diallo* rendu par la Cour internationale de justice en 2007 :

> « La Cour ne peut manquer de noter qu'en droit international contemporain, la protection des droits des sociétés et des droits de leurs actionnaires, et le règlement des différends y afférents, sont essentiellement régis par des accords bilatéraux ou multilatéraux en matière de protection des investissements étrangers tels les accords sur la promotion et la protection des investissements étrangers, et la convention de Washington du 18 mars 1965 sur le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats investisseurs, qui a créé un centre international de règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), ainsi que par des contrats entre les Etats et les investisseurs étrangers »[93].

Ces instruments de protection des investissements étrangers garantissent en général la protection des droits d'une société créée dans un Etat, mais contrôlée par des intérêts provenant d'un autre Etat soit parce qu'ils considèrent qu'une telle société doit être considérée comme étant une nationale de l'Etat des ressortissants exerçant un contrôle sur celle-ci, soit parce que ces traités confèrent la capacité aux associés ou actionnaires étrangers d'une telle société d'agir en substitution de celle-ci lorsqu'elle a subi un préjudice de la part de l'Etat de son incorporation.

---

[92] Cette interprétation du consentement préalablement accordé par les Etats a été adoptée de manière quasi-unanime par tous les tribunaux arbitraux par la suite, qu'il s'agisse de ceux constitués sous les auspices du CIRDI ou bien de ceux saisis sur le fondement d'autres règlements d'arbitrage, MAYER (P.), SIMOES E SILVA (A.C.), « Le consentement à l'arbitrage », *in* LEBEN (Ch.) (dir.) *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, *op.cit.*, p. 700 ; Voir également sur cette question BURDEAU (G.), « Nouvelles perspectives pour l'arbitrage dans le contentieux économique intéressant les Etats », *Revue de l'arbitrage*, 1995, pp. 3-37.

[93] CIJ, *Affaire Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, arrêt portant sur les exceptions préliminaires du 24 mai 2007, *Réc*. 2007, p. 614, § 88.

44. Dans son arrêt *Diallo* de 2007 la CIJ a pourtant réaffirmé sa position adoptée dans l'affaire de la *Barcelona Traction* rendue presque 40 ans plus tôt, selon laquelle le seul Etat capable d'exercer sa protection diplomatique en faveur d'une personne morale était celui sur le territoire duquel celle-ci avait été constituée[94]. A la lumière des développements précités de la pratique conventionnelle étatique en matière de protection des investissements étrangers, le raisonnement de la Cour peut surprendre. D'autant plus que dans l'affaire *Diallo* l'actionnaire et propriétaire ultime des parts sociales des deux sociétés lésées créées en vertu du droit congolais était un individu de nationalité guinéenne. Le principal intéressé de la protection des droits de ces sociétés était donc clairement identifié.

45. La raison principale pour laquelle la Cour refuse toujours d'ouvrir la voie à la protection par substitution exercée au profit des actionnaires d'une société lésée est que souvent les actions d'une telle société sont très dispersées ainsi que le fait qu'elles peuvent être transmises rapidement et facilement à des personnes de nationalité différente[95]. Il résulte en effet de l'étude de la jurisprudence arbitrale en matière d'investissements étrangers, que souvent la société dont les droits sont lésés par un Etat fait partie d'un groupe multinational et les détenteurs directs de son capital sont d'autres personnes morales créées en vertu de la législation d'un ou plusieurs autres Etats. Le droit conventionnel désigne souvent ces dernières comme titulaires possibles d'une action en protection des droits de la société qui est la détentrice de l'investissement faisant l'objet du litige. Or, la « nationalité » des personnes morales actionnaires est de nouveau déterminé en fonction du lieu de leur constitution. Le fait que ces personnes morales sont à leur tour contrôlées par des personnes étrangères est jugé le plus souvent comme étant un élément sans pertinence juridique pour la recevabilité de leur demande.

46. Ainsi, la consécration par les traités en matière de protection des investissements de la capacité pour les actionnaires ou associés étrangers d'une société *via* laquelle un investissement a été réalisé n'a pas eu pour effet de garantir une protection au « véritable investisseur » ou propriétaire ultime d'un investissement. Cet élargissement du champ d'application de ces instruments a au contraire permis à beaucoup d'entreprises – et plus particulièrement aux entreprises dites multinationales – de les instrumentaliser, en structurant de telle manière leurs opérations transfrontalières que de

[94] *Ibid.*, § 94.
[95] CIJ, *Barcelona Traction,* arrêt*, op.cit., Recueil*, 1970, p. 49, § 96.

pouvoir se prévaloir, par le biais de l'une de leurs filiales, d'un ou plusieurs traités de protection conclus par l'Etat hôte de leur investissement, avec un ou plusieurs autres Etats sur le territoire desquels ces filiales ont été implantées.

III. Le phénomène d'instrumentalisation des traités de protection des investissements étrangers par les entreprises multinationales.

47. Dans le cadre du contentieux de la protection diplomatique ce sont uniquement les Etats sur le territoire duquel une société a été constituée et a placé son siège qui ont la capacité d'agir en sa faveur. Il résulte cependant de la pratique d'un certain nombre d'entre eux, comme notamment de celle des Etats-Unis d'Amérique, du Royaume-Uni, de la Suisse ou encore de la France, qu'ils exigent, pour endosser la plainte d'une entreprise à l'encontre d'un autre Etat, que cette dernière représente un intérêt substantiel national[96]. Cette condition correspond plus précisément à la nécessité qu'une partie importante du capital de la société soit détenue par des nationaux de l'Etat protecteur, ou bien que de tels nationaux sont responsables de la gestion des activités de l'entreprise[97]. De manière plus générale, et quelle que soit la politique adoptée par l'Etat protecteur, celui-ci est libre de décider si une société est suffisamment rattachée à son économie et si le dépôt d'une requête en sa faveur à l'encontre d'un autre Etat lui ayant causé un préjudice se justifie.

48. En revanche, les traités de protection des investissements étrangers confèrent directement la capacité aux personnes privées d'introduire un recours à l'encontre des Etats parties à ces instruments devant un tribunal arbitral. Une telle faculté est certes toujours conditionnée au rattachement de l'investisseur à l'un des Etats contractants de ces traités. Or, une fois que les critères de détermination de la nationalité d'une personne privée sont établis en amont par les Etats parties à une convention, ils perdent la faculté d'apprécier la réalité ou l'effectivité d'un tel rattachement en vue du

[96] TOURNIER (A.), *La protection diplomatique des personnes morales, op.cit.*, p. 314 ; HOCHEPIED (J.-P. de), *La protection diplomatique des sociétés et des actionnaires*, *op.cit.*, pp. 77-91 ; concernant la pratique suisse : CAFLISCH (L.), « La pratique suisse de la protection diplomatique », *in* FLAUSS (J.-F.), (dir.) *La protection diplomatique – Mutations contemporaines et pratiques nationales*, Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 82-85.

[97] En tenant compte de cette pratique étatique, Jean-Pierre de HOCHEPIED a considéré que « « Si les Etats refusent d'intervenir au nom d'une société nationale en raison de l'absence d'un intérêt substantiel possédé par leurs ressortissants, c'est que la « nationalité » de cette société ne correspond pas à une notion valable », HOCHEPIED (J.-P. de), *La protection diplomatique des sociétés et des actionnaires*, *op.cit.*, p. 117.

déclenchement d'une procédure[98]. Ce pouvoir est transféré au profit des investisseurs privés en faveur desquels le mécanisme a été conçu et mis en place.

49. Théoriquement, les régimes conventionnels dont dépend la protection des droits des sociétés et de leurs actionnaires n'attachent pas une moindre importance à l'allégeance étatique des investisseurs qu'ils visent à protéger. Comme c'est le cas du contentieux de la protection diplomatique, le système de contentieux mixte en matière d'investissements n'a pas pour objectif de garantir un accès à la justice à tout investisseur, mais seulement à certains d'entre eux en raison de leur nationalité ou bien de leur plus fort rattachement au territoire et/ou économie d'un Etat plutôt qu'à ceux d'un autre. Pour autant, la nature essentiellement bilatérale des nombreuses conventions en la matière, ainsi que les définitions hétérogènes des notions de « national », d'« investisseur » ou de « société » protégés retenues par ces accords a permis à beaucoup d'opérateurs économiques de structurer ou restructurer leurs opérations économiques transfrontalières de manière à les placer sous un régime conventionnel plus favorable afin de leur garantir une protection juridique optimale.

50. Concernant les conditions de protection des investissements réalisés par des sociétés, trois traits caractéristiques ressortent de l'étude des différentes conventions en vigueur. Tout d'abord, la majorité d'entre elles a retenu le critère du lieu de constitution de la société et/ou celui du lieu de son siège[99] comme facteurs de détermination de son allégeance. Parfois, mais plus rarement, des conditions supplémentaires comme la nécessité par la société d'exercer une activité économique sur le territoire de son implantation sont aussi prévues. Une société peut ainsi, le plus souvent, invoquer la nationalité d'un Etat partie à un tel traité si elle est constituée conformément à la législation de cet Etat, même lorsque la majorité ou la totalité de son capital est détenue

[98] La clause dite des déni des avantages, que l'on retrouve dans de plus en plus de traités récemment conclus en matière de protection des investissements étrangers, redonne aux Etats un certain droit de regard concernant cette question d'effectivité de la nationalité qui sert de titre pour agir d'une société introduisant une requête arbitrale à l'encontre d'un Etat étranger. En vertu de cette clause, c'est l'Etat contre lequel la société-demanderesse adresse sa réclamation arbitrale qui pourrait refuser de lui reconnaître la capacité de se prévaloir d'un traité de protection, au motif qu'elle est contrôlée par des intérêts étrangers par rapport à l'Etat où elle est constituée et qu'elle n'exerce aucune activité substantielle sur le territoire de cet Etat. La réunion cumulative de ces deux conditions est en général requise pour que l'Etat défendeur puisse refuser d'accorder les bénéfices du traité invoqué par la société à l'appui de sa demande. Voir pour plus de détails sur cette question, *infra,* Partie II, Titre II.

[99] Voir pour une analyse de la pratique conventionnelle des Etats concernant ce critère et de la manière dont celui-ci est appliqué par la jurisprudence arbitrale, *infra.*

par des ressortissants d'un ou plusieurs Etats tiers, voire même par des ressortissants de l'Etat contre lequel la société entend porter une réclamation internationale[100].

51. Deuxièmement, et de manière simultanée, un nombre important de traités définissent de nationale de l'un des Etats parties, toute société constituée en vertu de la législation d'un autre Etat partie ou bien en vertu de la législation d'un Etat tiers, et qui est contrôlée par des ressortissants du premier Etat. Cette manière de déterminer la nationalité d'une société n'est toutefois applicable que pour les entités constituées à l'étranger et contrôlées par des individus ayant la nationalité ou bien par d'autres personnes morales créées en vertu de la législation de l'un des Etats parties au traité. En revanche pour les sociétés constituées sur le territoire de l'un de ces Etats contractants, qui ne sont pas contrôlées par des ressortissants d'un autre Etat contractant, c'est le lieu de leur constitution qui reste généralement le seul critère pertinent pour la détermination de leur allégeance. Le fait qu'une telle société soit contrôlée par des intérêts d'un Etat tiers non partie au traité n'entre pas en ligne de compte.

52. Troisièmement, beaucoup de conventions confèrent, et lorsqu'elles ne le précisent pas expressément ce sont les tribunaux qui par le biais d'une interprétation extensive des droits des actionnaires le font à leur place, la capacité aux détenteurs du capital d'une société lésée par un fait attribuable à l'Etat hôte d'un investissement réalisé par cette dernière, d'agir en protection de cet investissement en substitution de la société détentrice de celui-ci. Ces actionnaires ou associés peuvent être soit des individus, soit, l'hypothèse la plus fréquemment rencontrée en pratique contentieuse, d'autres personnes morales. Dans ce dernier cas de figure, la nationalité de l'actionnaire–personne morale requérant est de nouveau déterminée sur la base du seul critère du lieu de sa constitution, sans prendre en considération le fait que très souvent il est à son tour contrôlé par des ressortissants d'un ou plusieurs Etats tiers, voire même par des ressortissants de l'Etat contre lequel le requérant porte sa réclamation[101].

53. La mise en place de tels régimes conventionnels et l'adoption par la plupart des Etats aujourd'hui de réglementations nationales de plus en plus libérales en matière de

[100] Pour des exemples contentieux d'un tel cas de figure voir CIRDI, *Tokios Tokeles c. Ukraine*, décision sur la compétence du 29 avril 2004, Aff. n° ARB/02/18 ; CIRDI, *The Rompetrol Group N.V. c. Roumanie*, décision sur les exceptions préliminaires relatives à la compétence et à la recevabilité du 18 avril 2008, Aff. n° ARB/06/03.

[101] CNUDCI, *Yukos Universal Limited (Isle of Man) c. Russie,* décision intérimaire sur la compétence et la recevabilité du 30 novembre 2009, Affaire sous les auspices de Cour permanente d'arbitrage, n° AA 227, §§ 434-436.

création de nouvelles sociétés[102], dans le but notamment d'attirer un maximum de capitaux étrangers vers leurs territoires, a permis aux entreprises privées de monter des structures corporatives comprenant plusieurs filiales et des sociétés relais rattachées à des souverainetés différentes, leur permettant de garantir une protection optimale à leurs opérations transfrontalières transitant via ces multiples entités. Comme le professeur ASCENSIO l'avait très justement fait observer :

> « Si les Etats tentent d'attirer les entreprises étrangères ou de protéger les investissements de leurs entreprises nationales à l'étranger, les entreprises instrumentalisent aussi leurs initiatives en usant de la liberté de circulation des capitaux et des facilités du droit des sociétés. Telle entreprise brésilienne investira à l'étranger par l'intermédiaire d'une filiale installée aux Antilles néerlandaises, parce que les Pays-Bas ont conclu un traité bilatéral avec l'Etat hôte de l'investissement, tandis que le Brésil n'a ratifié aucun traité de ce genre. Telle personne physique investira dans son propre pays par l'intermédiaire d'une personne morale installée à l'étranger, afin de bénéficier de la protection d'un traité liant les deux Etats […] »[103].

54. Le rapport sur l'investissement dans le monde de la CNUCED de 2016, intitulé *La nationalité de l'investisseur : Défis pour les politiques d'investissement*, constate que 40 % des filiales contrôlées par des intérêts étrangers font partie de groupes de sociétés complexes ayant des multiples liens étatiques impliquant en moyenne trois juridictions[104]. La nationalité des véritables investisseurs et des propriétaires ultimes de ces filiales devient ainsi de plus en plus incertaine[105]. En outre, selon ce même rapport, depuis 2010, dans un tiers des affaires arbitrales connues ayant opposé un investisseur étranger à un Etat sur le fondement d'un traité de protection des investissements, les requêtes sont déposées par des sociétés contrôlées par des intérêts d'un Etat tiers, non partie au traité sur la base duquel la demande a été fondée[106]. Ce phénomène élargit ainsi sensiblement la portée des conventions de protection des investissements qui sont, dans leur grande majorité de nature bilatérale, ou sinon plurilatéraux mais qui lient un nombre restreint de pays.

---

[102] CNUCED, *World Investment Report 2016*, *Investor Nationality : Policy challenges*, *op.cit.*, p. 162.
[103] ASCENSIO (H.), Rapport introductif, *in* GHERARI (H.), KERBRAT (Y.) (sous la direction de), *L'entreprise dans la société internationale*, Les journées du CERIC – Aix-en-Provence, Colloque des 11 et 12 décembre 2008, Paris, Pedone, 2010, p. 30.
[104] CNUCED, *World Investment Report 2016*, *Investor Nationality : Policy challenges*, *op.cit.*, p. 138.
[105] Dans 1 % des cas de ces « filiales aux passeports multiples » qui réalisent un investissement à l'étranger, les propriétaires ultimes de celles-ci sont des ressortissants de l'Etat hôte de ce même investissement. C'est ce qu'on appelle le phénomène du *round-tripping*, *ibid.*, p. 147 ; p. 153.
[106] CNUCED, *World Investment Report 2016*, *Investor Nationality : Policy challenges*, *op.cit.*, p. 171.

55. Les sociétés titulaires de requêtes arbitrales en matière de protection des investissements étrangers peuvent alors de moins en moins être considérées comme représentant les intérêts nationaux des Etats parties au traité servant de fondement à leur action. Les instruments interétatiques leur conférant la capacité d'introduire de tels recours, conditionnant théoriquement cette faculté au critère de la nationalité, sont de plus en plus instrumentalisés dans les faits par des entreprises multinationales, animées par l'objectif par nature a-national et commun à toute organisation à but lucratif de maximiser ses profits. Elles choisissent parmi leurs filiales « réparties dans des territoires soumis à des souverainetés étatiques différentes »[107] celle qui a la bonne nationalité pour la recevabilité de sa réclamation à l'encontre de l'Etat hôte de leur investissement lésé.

56. Dans un premier temps les pays industrialisés, dits exportateurs de capitaux, ne semblaient pas se soucier de cette liberté concédée aux entreprises. Ils concluaient des conventions de protection des investissements quasi-exclusivement avec des pays en développement qui étaient des importateurs nets de capitaux. Le but principal des pays industrialisés était celui de garantir une protection maximale aux opérateurs privés réalisant des investissements à partir de leurs territoires sur celui des Etats en développement. Comme le professeur JUILLARD l'avait fait observer dans le cadre d'une étude réalisée à la fin des années 70, le déséquilibre entre les économies des Etats parties aux traités bilatéraux conclus à cette époque, était tel qu'elles constituaient des canaux à investissements à sens unique partant des Etats du Nord vers les Etats du Sud[108].

57. La donne n'est pourtant plus la même aujourd'hui. Les enjeux liés à la protection des intérêts privés se posent de moins en moins dans un contexte d'opposition entre le Nord et le Sud. Les investissements étrangers ne proviennent plus uniquement des pays du Nord. Nous retrouvons en effet, parmi les Etats qui exportent le plus de capitaux

[107] Extrait tiré de la définition d'entreprise multinationale proposée par Charles LEBEN *in L'entreprise multinationale face au droit*, sous la direction de GOLDMAN (B.), FRANCESCAKIS (Ph.), Paris, Librairies techniques, 1977, p. 67. Selon cet auteur l'entreprise multinationale se compose de deux ou plusieurs entités sociétales « *reliées par certains liens juridiques, obéissant à une stratégie commune et réparties dans des territoires soumis à des souverainetés étatiques différentes* ». Chacune des sociétés composant l'ensemble est considérée par le droit international comme ayant une personnalité juridique propre et disposant d'une nationalité à part.

[108] JUILLARD (P.), « Les conventions bilatérales d'investissement conclues par la France », *JDI*, vol. 106, 1979, p. 281.

actuellement des pays comme la Corée du Sud, la Russie ou encore la Chine[109]. En contrepartie, l'Etat qui accueille le plus d'investissements directs est les Etats-Unis d'Amérique[110]. Font encore partie de la liste des plus grands importateurs de capitaux des pays comme le Canada, l'Australie, et des Etats européens comme notamment la Grande Bretagne, les Pays-Bas, la Belgique, l'Italie, la France, le Luxembourg, la Suède et l'Espagne[111].

58. Enfin, les traités de protection des investissements étrangers ne sont plus conclus uniquement entre des pays développés d'une part et des pays en développement de l'autre[112], même si le nombre de conventions passées entre deux ou plusieurs Etats développés reste toujours relativement restreint[113]. La conclusion d'un bon nombre d'accords à contenu plus vaste que la simple question des droits des investisseurs étrangers, communément appelés des accords de libre échange, doit être signalée. Certains de ces instruments regroupent plusieurs pays développés avec des pays en développement. Entrent à titre d'exemple dans cette dernière catégorie l'Accord de libre échange nord-américain conclu entre les Etats-Unis, le Canada et le Mexique (ALENA). D'autres accords de libre échange ont été conclus uniquement entre des Etats développés. On peut citer celui signé entre le Canada et la Corée du Sud, signé le 22 septembre 2014 et entré en vigueur le 1er janvier 2015 ou encore celui signé tout récemment entre le Canada et l'Union européenne (CETA), le 30 octobre 2016, qui est entré en vigueur à titre provisoire à l'exception de sa partie portant sur l'arbitrage d'investissement.

59. Comme Monsieur Julien CAZALA l'a fait observer dans le cadre d'un article récemment publié :

---

[109] CNUCED, *World Investment Report 2017*, *Investment and the Digital Economy*, United Nations Publications, 2017, p. 14. Nous pouvons illustrer cette tendance, en ce qui concerne la France, par la réalisation de certains investissements chinois d'envergure ces dernières années. Notons par exemple, la prise de participation par l'entreprise chinoise Dongfeng au capital du groupe PSA au printemps 2014, ou bien encore le rachat de 49,99% de l'aéroport Toulouse-Blagnac par le consortium chinois Symbiose au début de l'été de 2015. Voir de manière plus générale une étude du cabinet Baker & McKenzie concernant la hausse des investissements chinois en Europe, « Reaching New Heights. An update on Chinese investment in Europe », disponible sur :
http://www.bakermckenzie.com/fr/emea/reachingnewheights/

[110] CNUCED, *World Investment Report 2017*, *op.cit.*, p. 12.

[111] *Ibid.*

[112] NANTEUIL (A. de), *Droit international de l'investissement*, *op.cit.*, p. 44.

[113] Cela s'explique sans doute par les enjeux économiques importants pour les deux pays dans le cadre de la négociation d'un tel accord, ainsi que par l'équilibre des forces entre les partenaires dans une telle situation. Les difficultés et les réticences exprimées par une partie de la société civile concernant le projet actuel d'un accord transatlantique entre l'UE et les Etats-Unis (TAFTA), ou encore concernant l'accord de libre échange qui a été signé entre l'UE et le Canada (CETA), en témoignent.

> « Dans un tel contexte, il apparaît que les Etats, quel que soit leur niveau de développement, adoptent vis-à-vis des dispositions conventionnelles relatives au règlement des différends investisseur-Etat, une attitude plus prudente qu'il y a quelques années »[114]

Les Etats développés, accueillant aujourd'hui une partie importante des investissements étranges sont visés beaucoup plus souvent que jadis par des recours juridictionnels liés à ces investissements par des opérateurs économique étrangers[115].

60. Ce rééquilibrage des forces et des enjeux économiques et juridiques a eu des effets sur la manière dont les Etats définissent la catégorie d' « investisseurs » entrant dans le champ de protection des conventions qu'ils concluent de nos jours. En témoignent les vives discussions qui ont précédé la signature, le 30 octobre 2016 à Bruxelles, de l'Accord économique et commercial global entre l'Union européenne et le Canada, plus connu sous son diminutif anglais CETA (Comprehensive Economic and Trade Agreement). S'agissant d'un traité qui touche à fois aux compétences de l'UE et celles des Etats membres, il ne pouvait être signé par la Commission européenne au nom de l'Union qu'après avoir obtenu l'accord de tous les dirigeants européens[116]. En Belgique, les gouvernements fédérés wallon et celui de la Fédération Wallonie-Bruxelles ont décidé, de façon inédite, d'impliquer leurs parlements locaux dès ce premier stade du processus[117]. Il s'en est suivi un examen très scrupuleux du texte exact de l'accord par ces derniers. Les deux parlements régionaux francophones ont dans un premier temps voté contre la signature du traité, avant d'accorder finalement leur feu vert lors d'un deuxième vote à la suite d'intenses négociations qui se sont engagés à la fin du mois d'octobre 2016 entre les récalcitrants et les représentants de la Commission européenne et des gouvernements d'autres Etats membres. L'un des arguments mis en avant par les

---

[114] CAZALA (J.), « La défiance étatique à l'égard de l'arbitrage investisseur-Etat exprimée dans quelques projets et instruments conventionnels récents », *JDI*, 2017, n°1, p. 83.

[115] 40% des 70 réclamations arbitrales adressées par un investisseur à l'encontre d'un Etat étranger en 2015 étaient dirigées contre un pays développé, CNUCED, *Investor-State Dispute Settlement : Review of Developments in 2015, IIA Issues Note,* n°2*,* June 2016, p. 3.

[116] Voir les articles 207 et 218 du TFUE.

[117] En effet, après la signature du CETA celui-ci doit, pour pouvoir entrer en vigueur être ratifié aussi bien par le Parlement européen que par tous les Parlements nationaux des Etats membres. Voir dans le même sens CJUE, Avis de la Cour (assemblée plénière) du 16 mai 2017 rendu en vertu de l'article 218, paragraphe 11, TFUE, qui concernait l'Accord de libre-échange entre l'Union européenne et la République de Singapour. A la suite de cet avis le ministre-président wallon, Paul Magnette, n'a d'ailleurs pas tardé de réagir via un tweet en estimant que : « La Cour européenne confirme que la Wallonie a bien son mot à dire sur les conflits ***multinationales-Etats*** dans les accords commerciaux », https://twitter.com/PaulMagnette/status/864391374640209920?ref_src=twsrc%5Etfw&ref_url=http%3A%2F%2Fwww.lemonde.fr%2Feconomie%2Farticle%2F2017%2F05%2F16%2Flibre-echange-pas-de-competence-exclusive-de-l-ue-sur-les-accords-de-nouvelle-generation_5128392_3234.html
C'est nous qui soulignons.

deux parlements régionaux pour bloquer la signature du CETA était de dire que cet accord constituait un Cheval de Troie pour des multinationales américaines dans le domaine agro-alimentaire, car, selon les opposants de cet accord, il suffisait pour ces dernières de rediriger leurs investissements vers l'Europe en les faisant transiter via leurs filiales basées au Canada, pour pouvoir mieux pénétrer les marcher européens et les inonder de leurs produits[118].

61. Le moment nous semble par conséquent opportun pour mener une nouvelle étude au sujet de la définition de la notion d'investisseur protégé, ou bien d'investisseur qui devrait être protégé, et inversement auquel une telle protection devrait être refusée, par le droit international. Les réticences de la part de certains Etats[119] et les inquiétudes exprimées par une partie de la société civile et des élites politiques concernant le système actuel de protection des investisseurs, décrit souvent comme un système favorisant uniquement les intérêts des multinationales, exigent de repenser les conditions dans lesquelles une entité devrait être considérée comme une personne juridique autonome par rapport aux personnes qui la contrôlent par le droit international.

62. Les Etats n'ont jamais franchi le pas pour la mise en place d'un système universel de protection des investisseurs privés comme cela a été fait, dans une certaine mesure, en matière de protection des droits de l'homme. Moyennant les traités qu'ils concluent, ils ne s'engagent de garantir un régime favorable et une protection sur leurs territoires qu'en faveur d'investisseurs provenant d'autres Etats bien déterminés et choisis. En vertu de ces conventions les Etats ne consentent à se soumettre à la compétence de tribunaux arbitraux internationaux que pour régler des différends qui les opposent à cette catégorie particulière d'investisseurs étrangers. Pour que ce soit réellement les nationaux de l'un des Etats parties à ces traités qui bénéficient des normes protectrices prévues par ceux-ci, il ne suffit pas seulement d'étendre l'application de ces instruments aux actionnaires ou associés ayant la nationalité de ces Etats qui détiennent le capital

---

[118] STROOBANTS (J-P.), DUCOURTIEUX (C.), « Pourquoi les Wallons bloquent le CETA », *Le Monde*, 17 octobre 2016. Il est faut rappeler aussi qu'un autre accord général de libre-échange qui doit comporter un chapitre portant sur les investissements étrangers est en négociations actuellement entre l'UE et les Etats-Unis d'Amérique. Celui-ci est connu sous son diminutif anglais TTIP (Transatlantic Trade and Investment Partnership) ou encore TAFTA (Trans-Atlantic Free Trade Agreement ou Trans-Atlantic Free Trade Area). Cet accord suscite de très fortes oppositions d'une partie de la société civile, ainsi que des gouvernement de certains Etats membres.

[119] CAZALA (J.), « La défiance étatique à l'égard de l'arbitrage investisseur-Etat exprimée dans quelques projets et instruments conventionnels récents », *op.cit.*, pp. 83-88 ; voir aussi CAZALA (J), « La dénonciation de la convention de Washington établissant le CIRDI », *AFDI*, 2012, pp. 551-565.

d'une société créée en vertu de la législation d'un autre Etat partie. Ces actionnaires s'avèrent être très souvent d'autres personnes morales. Il est alors nécessaire de repenser en termes généraux les conditions d'attribution de la nationalité des groupements économiques en droit international.

IV. Annonce du plan de l'étude

63. Afin de pouvoir distinguer clairement les différentes hypothèses dans lesquelles une personne privée pourra se prévaloir des droits prévus par un traité de protection des investissements étrangers, nous construirons notre démonstration en tenant compte de la manière dont les clauses pertinentes de ces traités sont présentées. Toutes ces conventions annoncent dans un premier temps qu'elles visent à protéger aussi bien les individus ayant la nationalité de l'un des Etats contractants que les « sociétés » d'un tel Etat qui ont réalisé, ou dans certains cas ont voulu et tenté de réaliser, un investissement sur le territoire d'un autre Etat contractant. A l'instar du droit international général, ces instruments admettent donc que lorsque c'est une société qui est titulaire d'un investissement, c'est sa propre personnalité juridique et par conséquent sa « nationalité », et non pas celles des personnes qui la composent ou qui détiennent son capital, qui conditionnent sa capacité pour agir en protection d'un tel investissement. La société, de la même manière lorsque c'est un individu qui est titulaire de l'investissement faisant l'objet d'un litige, sera alors perçue et protégée dans sa singularité par le droit international.

64. L'un des objectifs principaux poursuivis par les Etats industrialisés dans le cadre de leurs discussions et négociations pour la conclusion des traités de protection des investissements avec les pays en développement était toutefois celui de garantir une protection aussi complète que possible pour l'ensemble des droits et intérêts financiers de leurs ressortissants situés à l'étranger. Or, fonder cette protection sur le seul lien de propriété direct entre une société et un bien, tel que défini par les règles de droit international général, n'était pas toujours suffisant pour atteindre cet objectif. Beaucoup d'investissements à l'étranger étaient en effet financés, en totalité ou en partie, par les ressortissants d'un Etat ayant le statut d'actionnaires ou associés d'une société créée en vertu de la législation d'un autre Etat qui possédait formellement l'investissement réalisé. Les intérêts économiques des détenteurs des parts sociales d'une telle société risquaient alors de rester hors de portée de la protection d'une convention conclue par

l'Etat de nationalité de ces derniers et l'Etat hôte de l'opération finale. Pour éviter cela, beaucoup d'accords ont conféré la capacité pour agir en protection d'un investissement réalisé sur le territoire d'un Etat contractant, non pas seulement aux profit des propriétaires directs de celui-ci ayant la nationalité d'un autre Etat contractant, mais également au profit de tout ressortissant qui contrôlait *indirectement* un tel investissement via une société intermédiaire. Cette extension conventionnelle de la notion du titulaire d'un investissement a été en grande partie à l'origine du phénomène d'instrumentalisation des traités de protection évoqué plus haut. Le capital d'une filiale constituée dans un Etat B, via laquelle un investissement a été réalisé dans l'Etat A, peut en effet être détenu par une autre société créée dans un Etat C, qui peut être contrôlée à son tour directement ou indirectement par d'autres personnes morales rattachées respectivement à la juridiction des Etats D, E, F etc. Or, comme le plus souvent la nationalité de ces différentes entités sera déterminée sur la base du lieu de leur constitution, si les Etats B, C, D, E et F ont tous conclu des traités bilatéraux de protection des investissements avec l'Etat A, toutes ces entités pourraient potentiellement porter une réclamation contre l'Etat A au sujet du même investissement[120]. La société *via* laquelle ce dernier a été réalisé se présente alors non plus comme un investisseur unique et singulier, mais comme représentant les intérêts d'une pluralité d'investisseurs.

65. Si nous nous plaçons du seul point de vue du titulaire d'une requête arbitrale, que ce soit un individu ou une société, celui-ci sera considéré dans sa singularité pour le besoin de sa protection par le droit international (Partie I). Lorsqu'en revanche, avec un peu plus de recul, on tient compte du fait qu'une société requérante agissant en protection d'un investissement fait en effet partie d'un groupe d'entreprises multinational, au sein duquel d'autres composantes de celui-ci disposent également de la capacité pour agir en protection de ce même investissement, on ne peut que constater que le droit international se retrouve à la fois dépassé et piégé par la fiction de la personnalité juridique distincte qu'il reconnaît à chaque société créée conformément à un droit étatique. A l'épreuve d'une telle pluralité d'investisseurs potentiels (Partie II), il faut

[120] Sur la question de la multiplication des actions contentieuses coordonnées au service des mêmes intérêts, voir GAILLARD (E.), « L'avenir des traités de protection des investissements », *in* Ch. LEBEN (dir.), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Paris, Pedone, 2015, pp. 1027-1047 ; BEN HAMIDA (W.), « L'arbitrage Etat-investisseur face à un désordre procédural : la concurrence des procédures et les conflits de juridiction », *AFDI*, vol. 51, 2005, pp. 564-602 ; voir ici *infra*, Partie II, Titre I, Chapitre II.

s'interroger sur une évolution du droit consistant, pour s'adapter aux nouvelles réalités économiques, à ne reconnaître la capacité pour agir sur le plan international qu'aux seules sociétés réellement rattachées à l'économie de l'Etat de leur constitution.

Première Partie :

L'investisseur protégé dans sa singularité par le droit international

Deuxième Partie :

Le droit international à l'épreuve de la pluralité des investisseurs

PARTIE I

-

L'INVESTISSEUR PROTÉGÉ DANS SA SINGULARITÉ PAR LE DROIT INTERNATIONAL

64. Lorsque les dispositions d'un traité interétatique ne précisent pas la nature de la personne privée qu'elles visent à protéger et se réfèrent simplement aux ressortissants des Etats parties au traité, la jurisprudence étend généralement le bénéfice de ces instruments aussi bien aux individus qu'aux personnes morales[121]. A titre d'illustration, dans l'affaire relative à *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise* de 1926, la Cour permanent de justice internationale a interprété le terme « ressortissant » employé par le traité applicable en estimant que :

> « Il est exact, comme il a été exposé, à propos du cas de la société Königs- und Laurahütte, que le terme « ressortissant » dans la Convention de Genève vise, en général, les personnes physiques. Mais une relation analogue à celle qui existe entre les personnes physiques et l'Etat et qu'on appelle la nationalité, existe également, quoique sous forme différente, pour les corporations de droit public »[122].

65. Aujourd'hui, les conditions de protection des « investisseurs » sont régies essentiellement par le nombre important de traités en matière d'investissements étrangers conclus entre les Etats[123]. Or, tous ces traités prévoient que l'investisseur peut prendre la forme soit d'une personne physique, soit d'une personne morale[124]. De même l'article 25 de la Convention de Washington de 1965 ayant institué le Centre international de règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) annonce explicitement que les tribunaux constitués sous les auspices de celui-ci seraient

---

[121] Le premier cas documenté dans lequel une action étatique en protection diplomatique a été jugée recevable par un tribunal arbitral vis-à-vis d'une personne morale assujettie à l'Etat réclamant est celui d'une affaire opposant la Grande-Bretagne au Royaume des Deux Siciles en 184-1841. Un accord conclu entre ces deux Etats prévoyait en effet : « *That a Commission should be appointed and should meet at Naples, to liquidate the claims of British subjects* – sans autre précision - *against the Neapolitan Government, for losses sustained by them* », texte reproduit *in* LA FONTAINE (H), *Pasicrisie Internationale 1794-1900 : Histoire documentaire des Arbitrages Internationaux*, Pays-Bas, Kluwer Law International, 1997 (reproduction, la première édition est imprimée en 1902 par Stämpfli, Berne) préface par EISEMANN (P.M.), p. 97. Plusieurs autres exemples de sentences ou décisions arbitrales admettant la recevabilité des réclamations en faveur de personnes morales de la part des Etats sur la base de traités garantissant la protection de leurs ressortissants respectifs, sans précision supplémentaire quant à la nature de la personne protégée, sont cités par TOURNIER (A.), *La protection diplomatique des personnes morales*, Paris, L.G.D.J., 2013, pp. 44-51.

[122] CPJI, Affaire de *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie Polonaise (fond) (Allemagne c. Pologne)*, arrêt du 25 mai 1926, Série A, n°7, p. 74. Voir dans le même sens : CIJ, Affaire de l'*Elettronica Sicula SpA (ELSI) (Etats-Unis d'Amérique c. Italie)*, arrêt du 20 juillet 1989, *Rec.* 1989, p. 64 : « Le paragraphe I dispose donc que les ressortissants de chacune des Hautes Parties contractantes bénéficient de la protection et de la sécurité les plus constantes pour leurs personnes et leurs biens et que, lorsqu'il s'agit de biens, le terme « ressortissants » sera interprété comme « désignant également les sociétés et les associations »[…]»

[123] CIJ, *Affaire Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, arrêt portant sur les exceptions préliminaires du 24 mai 2007, *Réc*. 2007, p. 614, § 88.

[124] DOLZER (R.), SCHREUER (Ch.), *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, Second edition, 2012, p. 44.

compétents pour résoudre des différends liés à un investissement opposant l'un des Etats parties à la Convention à une personne physique ou bien à une personne morale ayant la nationalité d'un autre Etat partie au même traité[125]. La personne morale est traitée donc dans sa singularité en tant que personne juridique autonome et investisseur singulier par rapport aux personnes (physiques ou morales) qui détiennent son capital.

66. Pour qu'un investisseur puisse se prévaloir des droits que ces différents accords lui confèrent il doit avant toute chose démontrer qu'il est ressortissant de l'un des Etats parties à ceux-ci. S'agissant des personnes physiques, un tel statut résulte en règle générale du titre de national attribué par les Etats aux individus dans le cadre de leurs droits internes. Or, d'autres liens de rattachement, comme notamment celui de la résidence, sont également cités par certains Etats dans leurs rapports conventionnels pour définir la notion de « national » de l'un d'entre eux (**Titre 1**).

67. S'agissant des personnes morales, avant la question de la déterminationa de leur « nationalité », se pose la question de leur identification: quelles sont les formes de personnes morales créées par les droits internes reconnues comme pouvant être des destinataires des règles établies par un traité en matière de protection des investissements étrangers ? Ce n'est que dans un second temps que seront évoqués les critères prévus par ces mêmes instruments pour déterminer l'allégeance étatique de ces entités (**Titre II**).

[125] Voir l'article 25 (2) de la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats de 1965

TITRE 1

LES INVESTISSEURS – PERSONNES PHYSIQUES ET LES LIENS DE RATTACHEMENT CONDITIONNANT LEUR PROTECTION EN DROIT INTERNATIONAL

68. Les droits dont peuvent se prévaloir les investisseurs en droit international découlent majoritairement des instruments conventionnels par lesquels deux ou plusieurs Etats s'engagent à réserver un traitement privilégié aux biens et avoirs situés sur le territoire de l'un d'entre eux et détenus par les ressortissants d'un autre Etat partie au même traité[126].

69. Pour définir la catégorie d'individus pouvant être considérés comme des ressortissants de l'un des Etats contractants, les traités en matière de protection des investissements se réfèrent de manière systématique à la notion de la la nationalité[127]. Pourtant, conformément au sens attribué au terme de « national » par certaines conventions, celui-ci ne coïncide pas nécessairement avec la définition du même terme retenue en droit interne. Un bon nombre de ces instruments étendent en effet leur protection en faveur d'individus qui ont le statut de « résident » de l'un des Etats contractants et qui ont réalisé un investissement dans un autre Etat contractant. Quel que soit le cas de figure cependant, la protection de l'individu au niveau international dépendra toujours du statut qui lui est accordé en droit interne. Un renvoi à ce dernier s'avère alors nécessaire en vue de déterminer si le particulier peut prétendre à une protection par une telle convention (**Chapitre 1**).

70. La liberté totale dont disposent les Etats en matière d'attribution de leur nationalité peut aboutir à une situation dans laquelle un investisseur se voit assujetti à la fois par l'un des Etats partie à une convention et par un autre Etat partie qui s'avère en outre celui sur

[126] NANTEUIL (A. de), *Droit international de l'investissement*, Paris, Pedone, 2014, p. 90.

[127] Cette condition de nationalité pourrait, dans une certaine mesure, être considérée comme étant un trait distinctif du droit international des investissements, par rapport par exemple au droit du commerce international où la considération de nationalité n'est pas systématiquement exigée, v. CIJ, l'affaire des *Plates-formes pétrolières (Iran c. Etats-Unis*), arrêt du 12 décembre 1996 sur les exceptions préliminaires, *Rec.* 1996, pp. 815-820, §§ 32-52, concernant l'interprétation des articles IV et X du Traité d'amitié et de commerce irano-américain de 1955. Voir dans le même sens, FORTEAU (M.), « Nationalité des investisseurs personnes physiques et nationalité des investisseurs personnes morales, actionnaires (minoritaires), *in* Ch. LEBEN (dir) *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Paris, Pedone, 2015, p. 167.

le territoire duquel l'investissement litigieux est réalisé. Certains traités en matière de protection des investissements étrangers excluent explicitement de leur champ d'application de tels investisseurs binationaux. L'individu ne sera alors pas considéré comme un étranger au regard de l'Etat d'accueil de son investissement, même s'il est national également d'un autre Etat partie au traité. D'autres conventions optent pour une solution consistant à ne tenir compte que de la nationalité la plus effective de l'investisseur. Une troisième catégorie d'instruments enfin reste silencieuse sur la manière de régler un tel conflit de nationalités. S'ajoute à cela une nouvelle hypothèse résultant de l'extension de l'application de certains traités en faveur à la fois des nationaux et des résidents des Etats parties à ces derniers. Elle correspond à un conflit potentiel entre le statut de national d'un individu d'un Etat partie à une convention, conformément au droit interne de ce dernier, et de son statut de résident d'un autre Etat partie à ce même instrument (**Chapitre 2**).

CHAPITRE 1

LA DÉTERMINATION DE LA NATIONALITÉ D'UN INVESTISSEUR-PERSONNE PHYSIQUE CONFORMÉMENT AUX TRAITÉS DE PROTECTION DES INVESTISSEMENTS ÉTRANGERS

71. En vertu de l'un des principes coutumiers les mieux établis en droit international, et repris aussi par le droit conventionnel en matière des investissements étrangers :

> « Il appartient à chaque Etat de déterminer par sa législation quels sont ses nationaux […]; »[128].

72. Lorsqu'un individu dépose un recours devant un tribunal arbitral sur le fondement d'un traité de protection, les arbitres se réfèrent à la législation interne de l'Etat dont la nationalité est invoquée par le requérant afin de s'assurer qu'il dispose bien d'un tel statut. De manière analogue, lorsque la convention applicable dans ce type de contentieux accorde également un titre pour agir aux résidents des Etats parties à celle-ci, il s'agit de nouveau d'une situation légale ne pouvant être établie que par le droit interne de l'Etat concerné. (**Section 1**).

73. Constater l'existence du statut de « national » ou de « résident » d'un investisseur, en vertu d'un ordre juridique interne déterminé n'est toutefois pas suffisant en soi pour valider le titre pour agir du requérant. Certaines conditions d'opposabilité de ce statut de droit interne vis-à-vis des autres Etats sont prévues par le droit international général. Nous pensons notamment à la règle dite de la continuité de la nationalité d'un requérant pour le besoin de la recevabilité de sa réclamation à l'encontre d'un autre Etat, ainsi qu'à celle, à portée toutefois incertaine, qui empêcherait la reconnaissance de la nationalité d'un individu au niveau international faute d'effectivité suffisante. Ces deux conditions ne sont pas explicitement reprises par les conventions en matière de protection des investissements étrangers. La question se pose alors de savoir dans quelle

[128] Article 1 de la Convention de La Haye du 12 avril 1930, considéré comme reflétant l'état du droit coutumier en la matière. Cette formulation est en outre reprise quasiment mot pour mot par l'article 3 de la Convention européenne de la nationalité du 7 novembre 1997.

mesure elles trouvent une application dans le cadre du contentieux arbitral mixte entre investisseurs et Etats étrangers (**Section 2**).

SECTION 1

LE RENVOI AU DROIT INTERNE POUR LA DÉTERMINATION DU STATUT CONVENTIONNEL DE NATIONAL

74. Tout ce qui relève du droit interne des Etats a la valeur d'un simple fait en droit international[129]. Il s'en suit que lorsqu'un individu prétend posséder la nationalité ou le statut de résident d'un Etat, en vertu du droit interne de ce dernier, il allègue l'existence d'un fait dont l'existence même pourra être contestée par la partie adverse à un litige, c'est à dire un Etat étranger. Mais comment un Etat pourrait-il mettre en cause la validité d'un statut établi conformément à la législation d'un autre Etat ?

75. Pour bien comprendre la nature de l'examen de la force probante des certificats de nationalité ou de résidence présentés par un investisseur à un tribunal arbitral, ainsi que les moyens de contestation possibles dont dispose un Etat défendeur dans un tel type de litiges (**Paragraphe 2**), il est préférable de revenir dans un premier temps sur les différents modes d'attribution de ces différents titres en droit interne (**Paragraphe 1**). Cette mise au point préalable nous permettra de saisir plus clairement ensuite la procédure juridictionnelle d'admission et d'évaluation des preuves en la matière.

PARAGRAPHE 1

LES MODES D'ATTRIBUTION DU STATUT DE NATIONAL ET DE CELUI DE RÉSIDENT

76. Seront tout d'abord présentés les deux principaux modes d'attribution de la nationalité à un individu en droit interne (A), avant d'aborder la question du statut de résident et de sa prise en compte au niveau international (B).

A) Le statut de national

77. De manière générale, un individu acquiert la nationalité d'un Etat soit parce que sa situation personnelle correspond à certaines circonstances de fait ayant la conséquence de lui attribuer un tel statut, mais pour la réalisation desquelles il n'est pas responsable, (naissance sur le territoire de l'Etat en question, existence d'un rapport de filiation avec

[129] CPJI, *Certains intérêts allemands en Haute Silésie*, *Rec.*, série A, n°7, p. 19

un national de ce même Etat, etc.), soit parce que, de manière cette fois-ci tout à fait volontaire, il a rempli une ou plusieurs conditions - résidence prolongée sur le territoire d'un Etat, acceptation des valeurs socio-politiques de cet Etat etc. - qui lui donnent le droit de demander l'obtention de la nationalité de celui-ci. Dans le premier cas, la constitution de la qualité de national résulte de la mise en œuvre des dispositions d'une règlementation générale, applicable à tout individu se retrouvant dans une situation de fait préétablie. La nationalité est alors attribuée automatiquement à ces personnes, qui reçoivent un certificat attestant celle-ci, comme par exemple une carte d'identité nationale, un passeport ou autre. Ces documents, que l'individu pourra ensuite présenter devant un tribunal international pour prouver son appartenance à une communauté étatique n'auraient ainsi qu'une simple nature déclarative, dans le sens où ils attestent une situation légale déjà réalisée en amont. Comme le professeur COMBACAU a pu l'expliquer dans l'un de ses articles portant sur ce sujet, ces certificats n'ont pas pour objet propre d'établir la nationalité de ceux qui s'en prévalent, mais simplement de l'attester[130]. Cela justifie qu'en présence de tels documents les tribunaux internationaux se reconnaissent « le pouvoir d'en examiner la valeur probante, même si, *prima facie*, [leur] contenu ne paraît pas irrégulier »[131]. Autrement dit, ils vérifient que les attestations qui leur sont soumises par le requérant certifient exactement la réalisation des circonstances de fait qu'elles attestent et que ces faits se sont réellement produits.

78. En revanche, lorsque l'attribution d'une nationalité découle d'une naturalisation, celle-ci n'est jamais le résultat de la simple accumulation d'un certains nombres de circonstances factuelles[132]. Certes, les éléments pris en considération par une administration nationale compétente pour accorder la nationalité de son Etat à des individus étrangers comprennent toujours des données factuelles comme la durée minimale de résidence dans le pays de l'intéressé, son niveau de maîtrise de la langue nationale, la conclusion d'un contrat de mariage avec une personne ayant la nationalité de cet Etat etc. Or, la réalisation de ces conditions donne rarement lieu à l'attribution de la nationalité à l'intéressé de manière automatique. Ce dernier devra en effet prendre

[130] COMBACAU (J.), « L'opposabilité et la preuve de la nationalité de l'Etat en droit international », *Droit international et nationalité*, Colloque organisé par la SFDI à Poitiers du 9 au 11 juin 2011, Paris, Pedone, 2012, p. 104.

[131] Commission de conciliation Etats-Unis-Italie, *Flegenheimer*, décision du 20 septembre 1958, Aff. n° 182, *RSA*, XIV, 327-390, § 38.

[132] Même le mariage n'a généralement pas pour effet l'attribution automatique au conjoint étranger de la nationalité de son époux, voir par exemple les articles 21-1 et 21-2 du Code civil français. En vertu de ce dernier, l'étranger ***peut***, après un délai de 4 ans à compter du mariage, acquérir la nationalité française par déclaration, c'est-à -dire à la suite du dépôt d'une demande dans ce sens auprès des services compétents.

l'initiative et adresser une demande pour l'obtention d'un tel statut aux autorités compétentes. Après examen de celle-ci, les services étatiques *peuvent*, si elles considèrent que l'individu remplit toutes les conditions nécessaires, donner une suite favorable à sa requête. Les autorités disposent en général d'un pouvoir de décision plus ou moins discrétionnaire en la matière. Autrement dit, même si toutes les conditions de fait exigées par la loi sont réunies (l'individu réside depuis suffisamment longtemps sur place, parle suffisamment bien la langue locale, a épousé une personne de cet Etat, etc.), l'administration dispose souvent du pouvoir de ne pas lui accorder le statut sollicité pour des motifs propres à chaque Etat[133].

79. A la différence donc de l'hypothèse de l'acquisition d'une nationalité par naissance ou par ascendance, dans les cas où la nationalité est obtenue par naturalisation, un individu ne peut pas prétendre être devenu ressortissant de cet Etat avant que l'acte spécifique administratif ou judiciaire lui reconnaissant un tel statut ait été effectivement adopté. Dans ce sens, le professeur COMBACAU a considéré que ce deuxième type d'actes d'attribution de nationalité doit être qualifié d'acte constitutif ou attributif de nationalité, en opposition aux actes simplement déclaratifs en cas d'attribution de la nationalité par naissance ou ascendance. Selon le même auteur, la nature différente de ces deux catégories d'actes devrait également avoir des conséquences différentes concernant leur valeur probante devant les juridictions internationales[134].

80. L'examen de la force probante des documents déclaratifs - comme des cartes d'identité nationales ou des passeports – consisterait à s'assurer que ce qu'ils attestent correspond à la réalité, autrement dit que l'individu à qui ce certificat a été délivré a bien rempli toutes les conditions de fait pour pouvoir obtenir la nationalité dont il se prévaut. Concernant en revanche les actes dits constitutifs ou attributifs de nationalité, selon le professeur COMBACAU, leur validité ne devrait pas pouvoir être remise en cause par les tribunaux internationaux. Il est certes possible que certains faits sur la base desquels

[133] Même en cas de mariage, la loi française prévoit que le conjoint étranger doit justifier d'une connaissance suffisante de la langue française pour pouvoir obtenir la nationalité française, v. art. 21-1, al. 3 du Code civil français. En outre, le gouvernement peut s'opposer par décret en Conseil d'Etat à l'acquisition de la nationalité française par un époux étranger pour un motif d' « indignité » ou « défaut d'assimilation » autre que linguistique, v. art 21-4, al. 1 du Code civil français. L'alinéa 2 de ce dernier article prévoit que : « La situation effective de polygamie du conjoint étranger ou la condamnation prononcée à son encontre au titre de l'infraction définie à l'article 222-9 du code pénal, lorsque celle-ci a été commise à un mineur de quinze ans, sont constitutives de défaut d'assimilation ».

[134] COMBACAU (J.), « L'opposabilité et la preuve de la nationalité de l'Etat en droit international », *op.cit.*, pp. 104-106.

ils ont été adoptés s'avèrent erronés. Il se peut ainsi qu'un individu a menti aux autorités d'un Etat sur la durée de sa résidence effective sur son territoire et qu'il a donc réussi à se faire naturaliser sur la base d'une déclaration trompeuse[135]. Or, même si la nationalité d'un Etat est accordée improprement à un individu, le professeur COMBACAU estime que le rôle des tribunaux internationaux n'est pas celui de se substituer

> « aux organes internes dans la formation d'une situation juridique dont la perfection ne dépend, dit-on pourtant, que de l'ordre juridique duquel elle relève : « rectifier » des attributions incorrectes en invoquant ce qu'elles auraient dû être par application conforme des règles qui les déterminaient, c'est récuser une nationalité acquise en effet, c'est-à-dire objectivement vérifiée, fût-ce au terme d'une application infidèles des règles nationales »[136].

81. Nous ne partageons pas cet avis. Aussi bien les actes de nature déclarative, que les actes de nature constitutive peuvent avoir été adoptés sur la base d'éléments de fait ou d'informations erronés. Si un Etat a accordé sa nationalité à un individu en croyant que celui-ci avait résidé pendant un certain temps sur son territoire, alors qu'en réalité ce n'était pas le cas, et si la condition de résidence constituait l'un des éléments requis pour que l'administration puisse accorder le statut de ressortissant à l'intéressé, la preuve de la non réalisation de cette condition doit à notre avis avoir pour conséquence la non reconnaissance de la nationalité de l'individu par un tribunal international[137]. L'individu continuerait probablement à être considéré comme ressortissant de cet Etat dans l'ordre juridique interne de celui-ci, à moins qu'une décision lui retirant cette qualité ne soit prise par les autorités étatiques en question. Or, exactement la même situation se produira si une juridiction internationale constate qu'un certificat de nationalité, de nature déclarative, atteste une situation erronée – imaginons par exemple que la naissance de l'individu titulaire d'un tel certficat n'a en réalité pas eu lieu sur le

---

[135] Voir pour un exemple jurisprudentiel allants dans ce sens : Commission de conciliation Etats-Unis-Venezuela, *Flutie,* sentence arbitrale rendue entre 1903 et 1905, *RSA*, IX, pp. 148-155.

[136] COMBACAU (J.), « L'opposabilité et la preuve de la nationalité de l'Etat en droit international », *op.cit.* p. 106; voir dans le même sens NANTEUIL (A.de), *Droit international de l'investissement*, *op.cit.*, p. 184 : « *Un tribunal international devrait donc s'abstenir de tout examen approfondi de la licéité de l'octroi de la nationalité* »

[137] Comme nous le verrons juste après (*supra § 2*) c'est également la position adoptée majoritairement par la jurisprudence, voir par exemple CIRDI, *Mr Franck Charles Arif c. Moldavie*, sentence du 8 avril 2013, Aff. n° ARB/11/23, § 357; Commission mixte Etats-Unis - Venezuela *Affaire Flutie*, *RSA*, *op.cit.*, p. 152 ; Commission mixte établie en vertu de la convention conclue entre les Etats-Unis d'Amérique et le Costa Rica le 2 juillet 1860, *Affaire concernant Crisanto Medina et fils c. Costa Rica*, décision du Surarbitre Commandant Bertinatti du 31 décembre 1862, *RSA,* vol. XXIX, pp. 75-78. Pour l'analyse des extraits pertinents de ces affaires, v. *supra*, § 2.

territoire de l'Etat dont le particulier prétend être national. Sa qualité de ressortissant de cet Etat ne sera alors pas reconnue sur le plan international, or il continuera à être considéré comme disposant de cette nationalité en droit interne tant qu'une procédure visant à éclaircir la réalité des conditions dans lesquelles il a pu obtenir ce statut ne soit pas ouverte et menée par les autorités compétentes de l'ordre étatique concerné. Et pourtant, en commentant le pouvoir et même le devoir des juges ou arbitres internationaux, dans ce dernier cas de figure, de se pencher sur l'exactitude matérielle de tels certificats déclaratifs de nationalité, le professeur COMBACAU a jugé parfaitement normal que leur : « caractère probant ou non devrait pouvoir être établi avec certitude »[138].

82. Le seul cas de figure dans lequel la validité d'un acte attributif de la nationalité d'un individu ne pourra pas être remis en cause par un tribunal international, est celui lorsqu'un tel acte est pris par un Etat, non pas en suivant une procédure réglementée et sur la base de la réunion d'un certain nombre de facteurs objectifs prévus par sa législation interne en matière de naturalisation, mais en raison de considérations propres concernant la personne à qui une telle nationalité est attribuée. Une telle personne peut être considérée par exemple comme ayant rendu un service particulièrement précieux à la nation. L'attribution de la nationalité dans un tel cas relèverait du pouvoir discrétionnaire de l'Etat et sa régularité interne n'aura pas lieu à se poser.

83. Mise à part cette dernière hypothèse, l'utilité de la distinction entre les documents dits déclaratifs et les actes qualifiés d'attributifs ou de constitutifs de nationalité se situe, selon nous, à un autre niveau. Lorsque l'obtention de la nationalité d'un Etat par un individu résulte d'une application générale de la loi, qui ne nécessite donc pas l'adoption d'une décision spécifique par l'administration nationale pour lui attribuer un tel statut, la qualité de national de cet individu pourrait en effet être démontrée en apportant la preuve que sa situation personnelle correspond aux critères prévus par la législation étatique définissant la catégorie des personnes qualifiées de ressortissants de cet Etat. A titre d'exemple, en vertu de l'article 18 du Code civil français : « *Est français l'enfant dont l'un des parents au moins est français* ». Dans de telles conditions, un individu pourra se prévaloir de sa nationalité française, s'il apporte la preuve que l'un de ses parents était français au moment de sa naissance, et cela même

[138] COMBACAU (J.), « L'opposabilité et la preuve de la nationalité de l'Etat en droit international », *op.cit.*, p. 103.

s'il n'a jamais demandé l'obtention d'un certificat attestant sa nationalité française aux autorités de ce pays.

84. Certains traités de protection des investissements étrangers étendent en outre le champ d'application des droits qu'ils instaurent en faveur des individus qui sont des résidents de l'un des Etats parties à un tel traité et qui ont réalisé un investissement dans un autre Etat partie. Nous nous intéresserons à donc à présent à ce dernier statut et au mode de sa détermination au niveau international.

B) Le statut de résident

85. La plupart des traités qui étendent leur application en faveur des résidents respectifs des Etats contractants, précisent que ce statut doit être établi par renvoi au droit interne de l'Etat concerné[139]. A titre d'exemple, l'article 1.7 du traité sur la Charte de l'énergie prévoit que le terme « *Investisseur* » désigne :

> « a) en ce qui concerne une partie contractante :
> i) toute personne physique jouissant de la citoyenneté ou de la nationalité de cette partie contractante, ou résidant en permanence sur son territoire conformément à sa législation applicable » ;[140]

86. D'autres conventions ne sont en revanche pas aussi explicites. Ainsi, l'article 201 de l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA) prévoit que le terme ressortissant « désigne une personne physique qui est citoyen ou résident permanent d'une Partie ». Est-ce que dans un tel cas de figure le statut de résident doit être toujours établi conformément à la législation de l'Etat concerné ?

87. En vertu d'une position adoptée par le Collège arbitral institué sur la base du Traité de Paix de 1947 dans le cadre du *Différend concernant l'interprétation de l'article 79 du traité de paix* ayant opposé la France à l'Italie, lorsque le traité applicable ne définit pas le terme de résidence et compte tenu de l'absence d'une règle générale en droit international comportant une telle définition, il appartiendrait à l'interprète de décider si la situation de l'intéressé se trouvant sur le territoire de l'Etat concerné remplit la

[139] Voir pour un exemple parmi d'autres l'art. 2.1.a) du modèle du TBI de la Norvège de 2007.
[140] Voir aussi l'art. 2.1.a) du modèle du TBI de la Norvège de 2007 : « "*Investor" means: i. a natural person having the nationality of, or permanent residence in, a Party in accordance with its applicable law* ».

condition de résidence telle qu'elle est entendue par l'instrument interétatique[141]. Le Collège arbitral avait en effet pour tâche d'interpréter l'article 79 du Traité de paix du 10 février 1947 conclu entre les Puissances Alliées et Associées d'une part et l'Italie de l'autre. Cet article donnait le droit aux Puissances Alliées ou Associées de saisir les biens se trouvant sur leur territoire et appartenant à des ressortissants italiens. Le paragraphe 6 de la même disposition précisait toutefois que n'entraient pas dans la catégorie des biens saisissables ceux appartenant aux ressortissants italiens « autorisés à résider » sur le territoire de l'une des Puissances Alliées ou Associées.

88. Le tribunal dans cette affaire a donc opté pour une conception « internationale » du terme « résident ». Une solution différente créait le risque selon lui de ne pas pouvoir mettre en œuvre cette disposition du traité lorsque notamment la législation interne de l'un des Etats parties à celui-ci ne connaissait pas la notion de résidence ou lorsque le droit interne de référence prévoyait plusieurs sortes de résidence[142]. Procédant ainsi à une interprétation autonome de cette notion le tribunal a estimé qu'il correspondait à une situation dans laquelle le ressortissant italien était admis :

> « à vivre habituellement sur le territoire d'une des Puissances Alliées et Associées, et à y entretenir avec le reste des habitants les relations journalières personnelles et économiques qui existent d'ordinaire entre les personnes demeurant dans le même pays; les étrangers ayant leur demeure habituelle dans un pays font partie, en quelque sorte, de la population de ce dernier et contribuent, avec leurs ressources et avec leur activité, à son potentiel financier et économique. Les auteurs du Traité ont estimé que l'existence de liens semblables, au 15 septembre 1947, entre le ressortissant italien et le territoire d'une Puissance Alliée ou Associée justifiait une entorse à la règle de la liquidation des biens, pourvu que les liens en question aient été sanctionnés par une autorisation administrative »[143].

La conclusion d'une situation de résidence d'un individu dans un Etat ne pouvait en revanche pas découler de la simple constatation :

> « de présence : le passage ou le séjour ne suffisent pas, encore faut-il que la demeure ait un caractère habituel, même si la continuité fait défaut, et qu'il

[141] Collège arbitral franco-italien, *Différend concernant l'interprétation de l'article 79, par. 6, lettre c du traité de paix*, décision n°136 du 25 juin 1952, *RSA*, vol. XIII, pp. 389-439, spéc. p. 398. Le Collège a rajouté que : « Le Traité de Paix ne définissant pas expressément ce qu'il entend par résidence, il y a lieu, pour l'interprète, de tirer cette définition du but que les Puissances Alliées et Associées se sont proposé », *ibid.*
[142] *Ibid.*
[143] *Ibid.*

> s'y ajoute un élément intentionnel (*animus*), soit l'intention de rester (mais non nécessairement de s'établir) dans le lieu en question »[144].

89. Pour autant, tout en œuvrant pour l'établissement d'une définition commune de la notion de résidence en dégageant certains critères matériels susceptibles d'être utilisés à cette fin, le Collège franco-italien s'est remis finalement à l'appréciation des autorités françaises compétentes pour décider si les ressortissants italiens dont la situation faisait l'objet des discussions en l'espèce, pouvaient se prévaloir d'un tel statut ou pas. Le Collège a ainsi considéré que pouvaient bénéficier de l'exception prévue par l'article 79 du traité de paix les ressortissants italiens titulaires d'une carte de résidence qui leur avait été délivrée par la France. Il était en outre indifférent que des ressortissants italiens résidaient *de facto* en France, alors que juridiquement ils faisaient l'objet d'une mesure d'expulsion prononcée à leur encontre :

> « L'administration française pouvait, par exemple, pour des raisons d'humanité, surseoir à la mesure d'expulsion, sans renoncer par là aux droits découlant pour elle du fait que la résidence n'était plus autorisée le 15 septembre 1947. Par le sursis, le Gouvernement français a toléré la présence, mais non autorisé la résidence de l'intéressé sur le territoire français »[145].

La résidence *de facto*, c'est-à-dire celle qui n'est pas autorisée par l'Etat, ne permettait donc pas à un individu de se prévaloir d'un tel statut en vue de sa protection au niveau international.

90. Les tribunaux arbitraux en matière d'investissement ont adopté une position mois ambiguë en la matière en se référant directement à la législation interne de l'Etat concerné, et cela même lorsque le traité applicable ne prévoyait pas explicitement la nécessité d'un tel renvoi. En interprétant l'article 201 de l'ALENA précité le tribunal arbitral saisi dans l'affaire *Marvin Roy Feldman Karpa c. Mexique*, a considéré que le requérant était bien résident permanent du Mexique car il disposait du statut d'*immigrado*, or :

---

[144] *Ibid.*
[145] Collège arbitral franco-italien, *Différend concernant l'interprétation de l'article 79*, *op.cit.*, p. 402.

> « *Under the Mexican Ley General de Población (LGP), inmigrado is a permanent resident who has acquired the right of definitive residence in the country* »[146].

91. La majorité des accords étendant leur application au profit des résidents des Etats contractants prévoient en outre que cette catégorie de personnes doit être considérée comme faisant partie de celle des nationaux de ces mêmes Etats au niveau international. A titre d'illustration, l'article premier du traité bilatéral d'investissements conclu entre le Canada et le Koweït prévoit que le terme « ressortissant » s'entend, « *en ce qui concerne le Canada, d'une personne physique qui a le statut de citoyen ou de résident permanent du Canada* »[147]. Le même accord, rédigé dans sa version anglaise (les deux langues faisant également foi), se lit ainsi :

> « *"national", for the purposes of this Agreement, means:*
> *(a) with respect to Canada, a natural person who is a citizen or permanent resident of Canada;* »

Les Etats parties ont de cette manière procédé à une assimilation des deux catégories, pourtant de nature différente en droit interne, de national et de résident. Un investisseur capable de se prévaloir de l'un ou l'autre de ces deux statuts internes sera considéré comme un national du Canada dans le cadre des rapports que ce dernier Etat a noué avec le Koweït.

92. En optant pour une telle formulation, les Etats assurent l'accès de leurs résidents respectifs au Centre arbitral pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI). L'article 25 de la Convention de Washington ayant institué ce for limite la compétence des tribunaux constitué sous ses auspices aux seuls différends opposant les « *ressortissants* » d'un Etat contractant à un autre Etat contractant. Or, si l'article 25(2)(b) de ce même instrument précise que le terme de : « ressortissant d'un autre Etat contractant signifie : a) toute personne physique qui possède **la nationalité** d'un Etat contractant autre que l'Etat partie au différend *[...]* », il n'ajoute aucune instruction concernant la manière dont cette nationalité doit être déterminée. Il est donc légitime de penser que si un traité conclu entre deux Etats parties à la Convention de

[146] CIRDI, *Marvin Roy Feldman Karpa c. Mexique*, décision intérimaire sur la compétence du 6 décembre 2000, Aff. n° ARB(AF)/99/1, § 27.
[147] Accord entre le Canada et l'Etat de Koweït concernant la promotion et la protection des investissements signé le 26 septembre 2011 à Ottawa et entré en vigueur le 19 février 2014. La même disposition figure également dans le modèle canadien de traité bilatéral de protection des investissements étrangers de 2014. Voir dans le même sens, l'article 201 de l'ALENA précité.

Washington, qui se réfère au mécanisme de règlement des différends organisé par cette dernière, définit le terme « national » comme englobant la catégorie des résidents permanents de l'un d'entre eux, les personnes ayant un tel statut devront être assimilés aux nationaux de cet Etat pour le besoin de l'application de la Convention ayant institué le CIRDI[148].

93. Pour reprendre la différence que nous avons établie un peu plus haut entre les actes déclaratifs et constitutifs de nationalité, le statut de résident, ou de résident permanent, ne peut normalement être octroyé à un individu qu'à la suite d'une demande expresse de sa part et de l'adoption d'une décision donnant une suite favorable à sa demande par l'administration nationale. A titre d'illustration, en vertu du droit français, un ressortissant étranger ne peut obtenir une carte dite de « résidence de longue durée – CE » que s'il a résidé de manière ininterrompue et légale en France pendant au moins cinq ans. Or, en plus de cela, « *La décision d'accorder ou de refuser cette carte est prise en tenant compte des faits qu'il peut invoquer à l'appui de son intention de s'établir durablement en France, notamment au regard des conditions de son activité professionnelle s'il en a une, et de ses moyens d'existence.* »[149]. Autrement dit, il ne suffira pas pour un tribunal international de constater seulement qu'un individu a résidé pendant une période de 5 ou 10 ans sur le territoire d'un Etat partie à un traité, pour pouvoir conclure que le requérant est résident de cet Etat conformément à son droit interne.

94. Dans certains cas particuliers en revanche, la preuve de la résidence permanente d'un individu sur le territoire d'un Etat pourrait ne pas être suspendue à l'existence d'une décision administrative spécifique accordant un tel statut à l'intéressé. Ainsi, en vertu de l'article 17 de la directive européenne relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des Etats

[148] D'autres traités en revanche, comme par exemple celui sur la Charte de l'énergie définissent le terme « investisseur » comme étant : « toute personne physique jouissant de la citoyenneté ou de la nationalité de cette partie contractante, ou résidant en permanence sur son territoire conformément à sa législation applicable », voir l'article 1.7.a) i) de ce dernier. En distinguant clairement ces deux statuts permettant aux individus de se prévaloir des droits de la Charte, les Etats contractants de celle-ci risquent en effet d'empêcher leurs résidents permanents de pouvoir porter leur réclamation arbitrale devant un tribunal constitué sous les auspices du CIRDI, car en vertu de l'article 25(2)(b) de la Convention de Washington précité, ce sont uniquement « les nationaux » d'un Etat partie à la convention qui peuvent saisir un tribunal arbitral à l'encontre d'un autre Etat partie à la même Convention. En vertu de l'article 26.4.ii) b) et c) du traité sur la Charte de l'énergie les résidents d'un Etat partie à celui-ci pourraient toutefois porter leur réclamation devant un tribunal arbitral constitué sur la base du règlement d'arbitrage CNUDCI ou bien constitué sous l'égide de l'Institut d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm.

[149] Article L314-8 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile.

membres de 2004[150], tout citoyen de l'Union qui a séjourné de manière continue pendant 5 ans dans un Etat membre autre que son Etat national, doit être considéré comme résidant de manière permanente sur le territoire de l'Etat membre d'accueil[151]. Un investisseur ayant la nationalité d'un Etat membre de l'UE, pourra alors apporter la preuve qu'il habitait de manière ininterrompue dans un autre Etat membre pendant une période équivalente ou plus longue de cinq ans afin qu'il soit considéré comme résident permanent de ce dernier Etat. Un tel cas de figure, pourrait par exemple se présenter dans le cadre de l'application de l'un des futurs traités en matière de protection des investissements conclus par l'Allemagne avec d'autres Etats. En vertu de l'article 1(3)(a) du modèle allemand de ce type de conventions datant de 2008 :

> « *the term "investor" means*
> *(a) in respect of the Federal Republic of Germany:*
> *− any natural person who is a German within the meaning of the Basic Law of the Federal Republic of Germany or a national of a Member State of the European Union or of the European Economic Area who, within the context of freedom of establishment pursuant to Article 43 of the EC Treaty, is established in the Federal Republic of Germany;* »[152].

88. Les éléments devant être présentés à un tribunal international pour prouver la qualité de national ou de résident d'un individu varient ainsi en fonction de la réglementation interne de l'Etat concerné. Quelque soit en revanche la nature exacte des documents probatoires soumis à un tribunal – un simple certificat attestant la nationalité ou une décision ou un jugement lui attribuant expressément le statut de ressortissant ou de résident – les arbitres se réservent toujours le pouvoir de vérifier si toutes les conditions de fait nécessaires pour la délivrance d'un tel certificat ou l'adoption d'une telle décision ont été réellement réunies.

---

[150] Directive 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004, disponible à l'adresse suivante : http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:158:0077:0123:FR:PDF

[151] En vertu de l'article L121-2 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, ayant pour objet de faire transposer en droit français les principes annoncés par la directive précitée, les citoyens de l'Union européenne ayant établi leur résidence habituelle en France ne sont pas tenus de demander ou d'avoir un titre de séjour. En revanche, s'ils en font la demande, un tel titre pourra leur être délivré. Or, comme une circulaire du ministre de l'immigration, de l'intégration, de l'identité nationale et du développement solidaire l'a précisé, « la décision de délivrer un titre de séjour à un citoyen de l'UE […] n'a pas pour effet d'octroyer un droit au séjour, le titre constate seulement l'existence de ce droit au moment de la décision », v. Circulaire n°NOR IMIM1000116C du 10 septembre 2010, p. 5, peut être consulté sur http://circulaire.legifrance.gouv.fr/pdf/2011/04/cir_32884.pdf

[152] Très peu de traités en matière de protection des investissements ont été signés par l'Allemagne après 2008. La disposition précitée a été par exemple reprise dans le cadre du traité bilatéral d'investissements signé par l'Allemagne avec la République du Congo le 22 novembre 2010 à Berlin, mais qui n'est pas encore entré en vigueur.

PARAGRAPHE 2
LA PREUVE DU STATUT DE NATIONAL OU DE RÉSIDENT DEVANT LES TRIBUNAUX ARBITRAUX

95. Le moyen auquel les parties à un différend recourent le plus souvent pour apporter la preuve de la nationalité ou de la résidence d'un individu est un document officiel attestant l'attribution d'un tel statut par les autorités d'un Etat[153]. Les tribunaux accordent une importance non négligeable à la valeur de ces certificats en estimant qu'ils constituent une preuve *prima facie* de la réalisation de la situation dont ils attestent. La question s'est posée toutefois de savoir si la nature de ces documents – déclarative ou constitutive[154] – est susceptible d'avoir un effet sur le degré de leur force probante respective pour les arbitres internationaux. Certains doutes sur l'état de la jurisprudence en la matière ont pu apparaître à la suite de l'affaire *Flegenheimer* mais ont été clairement dissipés, à la lumière du reste des décisions arbitrales, anciennes ou plus récentes, abordant cette question (A).

96. Dans le cadre de leur examen d'authenticité de ces certificats, les tribunaux se réfèrent au droit de l'Etat auteur de ceux-ci. En faisant cela, et en vertu d'un principe bien établi en jurisprudence[155], les tribunaux doivent s'efforcer d'interpréter les dispositions du droit interne applicable de la manière la plus proche possible de celle dont ces mêmes dispositions ont été ou auraient été interprétées dans le cadre de l'ordre juridique étatique de leur formation. Il ressort pourtant de certaines affaires arbitrales récentes en matière d'investissements étrangers que cette manière de procéder n'est pas toujours très facile à suivre pour les arbitres (B).

---

[153] Voir par exemple la jurisprudence du tribunal des réclamations Iran-Etats-Unis institué par la Déclaration d'Alger sur le règlement du contentieux du 19 janvier de 1981. La nationalité des requérants avait été le plus souvent démontrée moyennant la soumission de certificats de naturalisation : *Lilly Mythra Fallah Lawrence c. Iran*, sentence interlocutoire du 5 octobre 1990, n°ITL 77-390/391/392-1, *IUSCTR*, vol. 25, 1990-II, p. 190, p. 193 ; *Ian L. McHarg c. Iran*, sentence du 17 décembre 1986, n°282-10853/10854/10855/10856-1, *IUSCTR*, vol. 13, 1986-IV, p. 286, p. 289, p.300 ; de copies de certificats de naissance : *Hidetemo Shinto c. Iran*, sentence du 31 octobre 1988, n°399-10273-3, *IUSCTR*, vol. 19, 1988-II, pp. 324-325 ; *Thomas Earl Payne c. Iran*, sentence du 8 août 1986, n°245-335-2, *IUSCTR*, vol. 12, 1986-III, p. 3 ; des passeports : *Rana Nikpour c. Iran*, sentence interlocutoire du 18 février 1993, n°ITL 81-336-1, *IUSCTR*, vol. 29, 1993, p. 72 ; *Albert Berokhim c. Iran*, sentence du 27 décembre 1990, n° 499-269-1, *IUSCTR*, vol. 25, 1990-II, p. 278, pp. 283-284 ; *August Frederick Benedix c. Iran,* sentence partielle du 22 février 1989, n° 412-256-2, *IUSCTR*, vol. 21, 1989-I, p. 20, pp. 22-23.

[154] Sur la différence entre un document déclaratif et un document constitutif d'une nationalité, v. *supra*, § 1

[155] JENKS (C.W.), *The Prospects of International Adjudication*, Londres, Stevens and sons, 1964., spéc., p. 379.

A) La force probante des certificats de nationalité

97. En vertu d'un principe commun en droit processuel, il incombe à la partie qui allègue un « fait » d'en apporter la preuve. La partie à un litige qui atteste qu'un individu est national ou résident d'un Etat, et qu'un tel statut lui permet d'agir à l'encontre d'un autre Etat, doit alors démontrer son allégation[156]. Dans le cadre du contentieux en matière d'investissements étrangers, ce sera normalement l'individu-investisseur agissant en tant que demandeur dans un litige à l'encontre d'un Etat étranger, de prouver son allégeance vis-à-vis d'un autre Etat. Dans certains cas cependant, l'Etat défendeur peut soutenir à son tour que le requérant dispose aussi de sa nationalité ou bien a le statut de résident sur son territoire, dans le but d'empêcher cet individu d'agir à son encontre sur le plan international. Il incombera alors à l'Etat défendeur de démontrer son allégation.

98. Le moyen de preuve auquel les parties recourent habituellement dans le cadre d'une telle procédure est un certificat de nationalité attestant l'attribution du statut allégué par les autorités d'un Etat. Les tribunaux arbitraux n'accordent pas à ces documents de droit interne une valeur absolue mais estiment que ce type de certificats officiels constituent une preuve *prima facie* pour la réalisation de la situation qu'ils attestent. Une preuve *prima facie* :

> « résulte de l'établissement de la raisonnable vraisemblance de ce qui est prétendu »[157]… « elle se caractérise par son aptitude à convaincre en l'absence d'élément contraire »[158].

A défaut donc d'une contestation plausible de la part de la partie adverse, les certificats de nationalité ou de résidence constituent un élément suffisant pour établir qu'un individu dispose effectivement d'un tel statut conformément au droit interne de l'Etat auteur de ce document.

---

[156] Ce principe a été très souvent affirmé en jurisprudence, v. par exemple Commission mixte France-Venezuela, *Heirs of Jean Maninat,* décision du 31 juillet 1905, *RSA*, vol. X, pp. 55-83, spéc., p. 77; Tribunal des réclamations Iran-Etats-Unis d'Amérique, *David Harounian c. Iran*, sentence du 27 novembre 1989, n°450-447-3, *IUSCTR*, vol. 23, 1989-III, pp. 282-284 : « *it was the particular burden of the Claimant to subtantiate his claim with the supporting evidence of his United States nationality during the relevant period* », *ibid.,* p. 284. Dans certaines affaires, le tribunal a refusé de connaître la demande d'un particulier au motif qu'il n'avait pas apporté la preuve *prima facie* de sa nationalité américaine, v. *Lili Tour c. Iran*, sentence du 1er mars 1989, n°413-483-2, *IUSCTR*, vol. 21, 1989-I, pp. 25-27 ; *Motamed c. Iran,* sentence du 3 mars 1989, n°414-770-2, *IUSCTR*, vol. 21, 1989-I, pp. 28-30 ; *Alex Arjad c. Iran*, sentence du 22 avril 1991, Aff n° 508-413-3, *IUSCTR*, vol. 26, 1991-I, pp. 190-192.

[157] SANTULLI (C.), *Droit du contentieux international*, Paris, Montchrestien, 2005, p. 518, § 881.

[158] *Ibid.*, p. 519, § 883.

99. Cette position de la jurisprudence se justifie d'un double point de vue. D'une part, les tribunaux ont estimé que les documents et certificats établis par les organes du droit étatique habilités pour le faire devaient jouir, dans l'ordre international, d'une présomption d'honnêteté et de régularité[159]. Or, d'autre part, en vertu du principe de l'égalité des parties devant le juge, il n'était pas équitable de considérer qu'une telle présomption aurait un caractère irréfragable car ce type de certificats est soumis au juge par l'une des parties au litige. Les arbitres dans l'affaire *Flegenheimer* ont ainsi estimé que :

> « *in an international dispute, official declarations, testimonials or certificates do not have the same effect as in municipal law. They are statements made by one of the Parties of the dispute which, when denied must be proved like every other allegation* »[160].

100. Il est intéressant de noter que certains droits nationaux accordent également une valeur relative aux certificats de nationalité issus par les autorités de cet Etat. C'était notamment le cas du droit égyptien tel qu'interprété par un Tribunal CIRDI dans une affaire récente[161]. Or, même lorsque le droit interne d'un Etat accorde une force probatoire absolue à ces certificats, les tribunaux internationaux ne se sentent nullement liés par une telle règle. En matière de recevabilité et d'appréciation des éléments de preuve ils se considèrent liés par le seul droit international y compris lorsqu'il s'agit de

---

[159] Commission mixte France-Mexique, Affaire *Georges Pinson*, décision du 19 octobre 1928, *RSA*, Volume V, pp. 327-466, spéc. pp. 377-378, § 22. Les arbitres ont estimé « qu'une présomption de droit milite en faveur de l'accomplissement de leur devoir officiel par tous les fonctionnaires publics de la régularité de tous actes publics », *ibid.* p. 378

[160] Commission mixte Italie-Etats-Unis d'Amérique, *Flegenheimer*, décision du 20 septembre 1958, § 25, *RSA*, vol. XIV. pp. 327-390, spéc. pp. 337-338. Les arbitres ont ajoute après que : « *If it were to be ignored, one of the Parties would be placed in a state of inferiority vis-à-vis the other, because it would then suffice for the Plaintiff State to affirm that any given person is vested with its nationality for the Defendant State to be powerless to prevent an abusive practice of diplomatic protection by its Opponent.*», *ibid.*, p. 338. Voir dans le même sens : Commission mixte France-Mexique, Affaire *Georges Pinson*, décision du 19 octobre 1928, *RSA*, Vol. V, pp. 327-466 : « L'agence mexicaine doit être convaincue que, lorsqu'il se présente le moindre doute sur la véracité du certificat, ou lorsqu'il existe des raisons spéciales de ne pas l'admettre *in concreto*, la Commission est toute disposée à examiner le bien-fondé de sa critique, mais je ne puis aller jusqu'à dénier toute force probante même à des certificats, vis-à-vis desquels l'agence mexicaine ne fait autre chose que de prendre une attitude purement négative, sans invoquer aucun argument de fond », *ibid.*, p. 372 ; Commission mixte Etats-Unis d'Amérique-Costa Rica, *Crisanto Medina et fils c. Costa Rica*, décision du Surarbitre Commandant Bertinatti du 31 décembre 1862, *RSA,* vol. XXIX, pp. 75-78, spéc. p. 77.

[161] CIRDI, *Waguih Elie George Siag and Clorinda Vecchi c. Egypte*, décision sur la compétence du 11 avril 2007, Aff. n° ARB/05/15, § 149 : « *Such an approach has also been confirmed by Egypt's Administrative Court of 28 December 1965 where in a decision cited by the Claimants it was stated that "whereas the establishment of the nationality of a person is determined exclusively by the provisions of the legislation regulating the nationality, all data in documents even official have no legal value in proving the Egyptian nationality* ».

prouver un élément du droit interne[162]. C'est là encore l'une des conséquences directes de la conception selon laquelle le droit interne est un fait et comme tout autre fait sa « véracité » doit être établie devant le juge international selon les moyens qu'il considère comme appropriés. Pour reprendre les termes employés par le professeur SANTULLI sur ce sujet:

> « lorsqu'une règle de droit international comporte une condition pour son application, il faut que cette condition soit *effectivement « réellement »* satisfaite dans un cas concret pour que, dans le syllogisme qui appliquerait la règle générale au cas particulier, on puisse en faire la mineure »[163].

101. Le principe selon lequel les certificats de nationalité ne constituent qu'une preuve *prima facie* de la « réalité » de celle-ci a été réitéré également par la jurisprudence récente en matière de protection des investissements étrangers[164].

102. La différence de nature entre les documents dits déclaratifs d'une part et les décisions constitutives de nationalité a été en revanche à l'origine de certaines interrogations concernant leur force probante respective devant les tribunaux arbitraux. Cette question a fait l'objet de quelques commentaires doctrinaux divergents surtout à la suite de la décision arbitrale *Flegenheimer* de 1958. Dans cette affaire, les autorités administratives américaines avaient reconnu à M. Albert Flegenheimer, qui était d'origine juive et né en Allemagne, le statut de ressortissant américain au motif que son père avait lui aussi obtenu la nationalité américaine par le biais d'une naturalisation à la fin du du XIXe siècle. L'Italie, contre laquelle la requête en protection diplomatique en faveur d'Albert Flegenheimer a été adressée, a contesté la régularité du certificat de nationalité présenté par ce dernier au regard du droit américain. La Commission mixte saisie de l'affaire a estimé que :

---

[162] SANTULLI (C.), *Droit du contentieux international, op.cit*., p. 530, § 904 et p. 533 § 909.

[163] SANTULLI (C.), *Irrégularités internes et efficacité internationale de la nationalité*, Paris, L.G.D.J, 1995, p.16. Voir dans le même sens PINTO (R.), « Les problèmes de nationalité devant le juge international à propos de l'affaire Flegenheimer », *AFDI*, 1962, p. 371 ; voir aussi Commission des réclamations Etats-Unis-Mexique, *William A. Parker c. Mexique*, décision du 31 mars 1926, *RSA*, vol IV, pp. 35-41 : « *while the nationality of an individual must be determined by rules prescribed by municipal laws, still the facts to which such rules of municipal law must be applied in order to determine the fact of nationality must be proven as any other facts are proven* », *ibid*, p. 38 et §3 ; « *however appropriate may be the technical rules of evidence obtaining in the jurisdiction of either the United States or Mexico as applied to the conduct of trials in their municipal courts, they have no place in regulating the admissibility of and in the weighing of evidence before this international tribunal* », *ibid*., p. 39, § 5

[164] CIRDI, *Hussein Nuaman Soufraki c. L'Etat des Emirats arabes unis*, décision sur la compétence du 7 juillet 2004, Aff. n°ARB/02/7, § 55 ; CIRDI, *Waguih Elie George Siag and Clorinda Vecchi c. Egypte*, *op.cit*., § 193.

> « *From the standpoint of form, international jurisprudence has admitted, without any divergence of views, that consular certificates as well as certificates issued by administrative bodies which, according to the national legislation of the subject State do not have absolute probative value, are not sufficient to establish nationality before international bodies, but that the latter are nevertheless entitled to take them into consideration if they have no special reasons for denying their correctness.* »[165].

Cette attention particulière accordée par les arbitres aux règles en matière de force de la preuve du droit américain a donné lieu au commentaire doctrinal suivant :

> « Il paraît donc que si un « jugement américain de naturalisation » avait été invoqué, la Commission se serait considérée comme tenue à une plus grande réserve. »[166].

103. Pourtant l'un des arguments invoqués par l'Italie pour récuser la nationalité de l'individu protégé par les Etats-Unis était de dire que la naturalisation de son père Samuel Flegenheimer, avait été obtenue frauduleusement et qu'elle était donc contraire à la loi américaine[167]. Peu après sa naturalisation aux Etats-Unis en 1873, Samuel Flegenheimer était en effet retourné vivre en Allemagne, ce qui selon l'Italie signifiait qu'il n'avait jamais valablement acquis la nationalité américaine car il avait menti sur son intention de résider sur le sol américain. Or, il ressort des faits de l'espèce que la nationalité américaine de M. Samuel Flegenheimer lui avait été attribuée par une décision de la Cour de Pittsburgh en 1873[168]. Cela n'a pourtant pas empêché la Commission, de se pencher sur l'allégation présentée par l'Italie. Après analyse de ce moyen d'incompétence, elle a finalement estimé que la législation applicable au moment de la naturalisation de M. Samuel Flegenheimer « *did not require from a*

---

[165] *ibid.*, p. 348. C'est nous qui soulignons.

[166] BASTID (S.), « La décision de la Commission de conciliation italo-américaine dans l'affaire Flegenheimer (Etats-Unis c. Italie), *Annuaire français de droit international*, vol. 5, 1959, pp. 313-321, spéc. p. 315 ; Pour Carlos Santulli en revanche : « le fait que l'acte présenté et contesté soit « attributif » (comme u jugement ou un décret de naturalisation) […] est de nature à influer sur le « degré » de contrôle du juge, qui doit avoir des motifs sérieux pour accepter de donner effet à la contestation des différents documents. Toutefois, cela ne change pas la nature de l'opération qui consiste toujours à vérifier si le fait qu'il faut prouver (l'existence de la nationalité dans l'ordre juridique interne) est ou non établi oar les documents présentés », SANTULLI (C.), *Irregularités internes et efficacité internationale de la nationalité*, *op.cit*., pp. 50-51. Dans le même sens, WEIS (P.), *Nationality and Statelessness in International Law*, Alphen den Rijn, Sijthoff a. Noordhoff, 1979, pp. 206-209.

[167] *Flegenheimer, op.cit*., §§ 39-43, pp. 349-357.

[168] *Ibid.*, § 42, p. 354.

candidate to naturalization any statement under oath regarding his intention to permanently reside in the United States »[169].

104. Dans le même sens, à l'occasion de l'affaire arbitrale *Medina*, la question s'était posée aussi de savoir si la commission mixte créée entre le Costa Rica et les Etats-Unis, devait admettre comme preuve définitive et irréversible de la nationalité américaine des individus protégés en l'espèce, un jugement de naturalisation rendu par une cour américaine qui avait la compétence, selon le droit des Etats-Unis, d'apprécier en dernier ressort si un individu avait rempli toutes les conditions exigées par la législation américaine pour pouvoir devenir ressortissant de ce pays[170]. Le surarbitre Bertinatti a estimé que :

> « *A declaration of naturalization, <u>even if it were a definitive sentence</u>, could not claim a particular privilege of being admitted there as an absolute truth, though its intrinsic falsity might be evident* »[171].

105. Il a ajouté un peu plus bas dans sa décision, que si en règle générale les preuves de droit interne présentés par un Etat dans le cadre d'un différend international établissent une présomption de l'existence de la nationalité d'un individu, cette présomption de la vérité devait laisser sa place à la vérité elle-même. En l'espèce le surarbitre avait en effet considéré que le Costa Rica a apporté la preuve selon laquelle, le père des deux individus en faveur desquels la demande a été formée par les Etats-Unis, n'avait pas résidé suffisamment longtemps sur le territoire de ce pays pour pouvoir être régulièrement naturalisé. Ce constat a eu pour effet que les personnes en faveur desquelles la demande avait été portée, qui n'étaient pas non plus nés sur le sol américain, ne pouvaient pas avoir acquis ladite nationalité par ascendance. La requête des Etats-Unis a alors été déclarée irrecevable[172].

106. Dans une autre affaire jugée cette fois-ci par la Commission mixte établie entre les Etats-Unis et le Venezuela, Monsieur *Flutie*, national syrien par naissance, a été

---

[169] *Ibid.*, § 42, p. 353.
[170] Commission mixte les Etats-Unis d'Amérique-Costa Rica, *Crisanto Medina et fils c. Costa Rica*, décision du Surarbitre Commandant Bertinatti du 31 décembre 1862, *RSA,* vol. XXIX, p. 75.
[171] *Ibid.*, p. 76. C'est nous qui soulignons.
[172] Voir *contra*, les professeurs LAPRADELLE (A.G. De) et POLITIS (N.), *Recueil des arbitrages internationaux,* 1923, vol. II, p. 176. Les auteurs ont estimé qu'une juridiction internationale n'avait pas la compétence d'exercer un contrôle de conformité d'une décision attributive de nationalité par rapport à la législation de l'Etat de l'autorité auteur d'une telle décision. Elle ne pourrait que contrôler la validité de la nationalité ainsi attribuée au regard du droit international et notamment lorsque celle-ci a été frauduleusement conférée à l'individu par l'Etat.

naturalisé aux Etats-Unis en 1900 par une décision juridictionnelle. Ce constat n'était cependant pas suffisant pour que la demande américaine puisse aboutir. Le tribunal saisi a en effet découvert que la personne protégée, avait menti sur la durée de sa résidence sur le territoire américain et n'avait donc pas respecté l'une des conditions essentielles prévue par la loi américaine qui lui permettait de postuler pour la nationalité :

> « *Whatever may be the conclusive force of judgments of naturalization under the municipal laws of the country in which they are granted, international tribunals, such as this Commission, have claimed and exercised the right to determine for themselves the citizenship of claimants from all the facts presented* »[173].

107. Enfin, dans le cadre de l'affaire arbitrale plus récente en matière d'investissements *Charles Arif c. Moldavie*, l'Etat défendeur a contesté la nationalité française du requérant que ce dernier avait acquise par voie de naturalisation au motif qu'elle ne lui avait pas été accordée de manière régulière conformément au droit français[174]. L'investisseur a pour sa part soutenu que le tribunal n'avait pas le pouvoir de contrôler la régularité d'un acte de naturalisation par rapport au droit en vertu duquel cet acte avait été adopté[175]. Si le tribunal a commencé son analyse en considérant qu'il n'avait pas la compétence d'invalider la décision des autorités françaises d'accorder la nationalité à M. Arif, les arbitres ont estimé tout de suite après qu'ils pourraient tout de même ne pas reconnaître une telle décision:

> « *if "there was convincing and decisive evidence" that Mr Arif's acquisition of French nationality "was fraudulent or at least resulted from a material error. It is for Respondent to make the showing. For this purpose casting doubt is not sufficient"*»[176]

108. La preuve de tout agissement frauduleux de la part du requérant, dans le cadre de sa démarche consistant à demander la nationalité française, ou bien de toute erreur matérielle de la part des autorités qui lui auraient ainsi attribué une telle nationalité sur la base d'une information erronée, aurait permis à la Moldavie de démontrer que cette nationalité avait été obtenue de manière irrégulière. Le degré de la force probante d'un document ou bien d'une décision interne d'attribution de nationalité ne semble alors pas

---

[173] Commission mixte établie entre les Etats-Unis d'Amérique et le Venezuela *Affaire Flutie*, *RSA*, vol. IX, pp. 148-155, spéc. p. 152.
[174] CIRDI, *Charles Arif c. Moldavie*, sentence du 8 avril 2013, Aff. n° ARB/11/23, § 132
[175] *Ibid*., § 156.
[176] *Ibid.*, § 357. Le tribunal cite des passages extraits de l'affaire CIRDI, *Ioan Micula c. Roumanie*, décision sur la compétence et la recevabilité du 24 septembre 2008, Aff. n°ARB/05/20, §§ 94-95.

différer en fonction de sa nature déclarative ou constitutive. Dans les deux cas, lorsqu'un juge ou arbitre contrôle si une personne a effectivement la nationalité selon le droit interne d'un Etat, il procède à une vérification de l'exactitude matérielle des faits qui conditionnent, selon ce dernier droit interne, l'attribution de cette nationalité à l'individu.

109. Il ressort de l'étude de la jurisprudence que souvent le motif retenu par un tribunal pour refuser de reconnaître les effets d'une nationalité accordée à un individu au niveau international est que ce dernier avait trompé l'Etat sur l'un des éléments qui conditionnaient l'attribution d'une telle nationalité, comme par exemple l'information concernant la durée de sa résidence sur le territoire de cet Etat. Or, il n'est pas forcément nécessaire de prouver l'intention frauduleuse de la part d'un individu qui prétend être ressortissant d'un Etat pour pouvoir refuser de lui reconnaître un tel statut au niveau international. A titre d'exemple, dans l'affaire arbitrale en matière d'investissements *Soufraki c. l'Etat des Emirats Arabes*[177], l'Etat défendeur avait contesté le fait que l'investisseur disposait toujours de sa nationalité italienne au moment de l'introduction de sa demande, au motif que le droit de l'Italie prévoyait que tout ressortissant de cette dernière qui obtenait une nationalité étrangère devait être considéré comme ayant perdu automatiquement sa nationalité italienne. M. Soufraki avait, en l'espèce, acquis la nationalité canadienne ce qui le plaçait dans la situation visée par cette loi. Le tribunal a alors donné raison au défendeur, tout en affirmant que le requérant n'était pas au courant qu'il avait perdu sa nationalité italienne au moment où il a introduit sa demande, et qu'il a pris connaissance de l'existence de la législation italienne qui avait pour effet de le priver de la nationalité de sa demande au moment où l'Etat défendeur avait soulevé ce moyen de défense devant les arbitres[178]. M. Soufraki n'avait donc, selon le tribunal, aucune intention de se prévaloir abusivement de certains certificats attestant la possession de sa nationalité italienne. D'ailleurs aucune accusation de fraude à l'encontre du demandeur n'avait été alléguée par l'Etat défendeur[179].

110. Inversement, nous pouvons imaginer qu'un Etat pourrait lui aussi accorder frauduleusement sa nationalité à un individu pour empêcher celui-ci d'agir à son

[177] CIRDI, *Hussein Nuaman Soufraki c. L'Etat des Emirats arabes unis*, décision sur la compétence du 7 juillet 2004, Aff. n°ARB/02/7.
[178] *Ibid.*, § 52.
[179] *Ibid.*, § 57.

encontre au niveau international. Une telle fraude correspondrait à une situation dans laquelle, l'Etat modifierait ou créerait abusivement les conditions législatives dans son droit interne pour pouvoir conférer sa nationalité à certaines personnes, qui autrement n'auraient pas dû être considérées comme ses ressortissants, dans le seul but de les empêcher de pouvoir invoquer certains droits internationaux à son encontre dont ces personnes auraient normalement pu se prévaloir en raison de leur statut d'étrangers par rapport à cet Etat. Dans un tel cas de figure cependant la validité de l'acte d'attribution de la nationalité, devra être apprécié non pas au regard du droit interne de l'Etat en question, dont les dispositions seraient formulées de manière à permettre une telle attribution, mais à la lumière de certains principes du droit international lui-même.

111. Les tribunaux arbitraux en contentieux d'investissements étrangers n'exigent pas non plus d'avoir la preuve que l'Etat a agi frauduleusement ou en mauvaise foi au moment de l'attribution de sa nationalité à un individu pour qualifier celle-ci d'irrégulière. A titre d'exemple, dans l'affaire *Siag*[180], sur laquelle nous reviendrons en détails un peu plus loin, l'Egypte a contesté la capacité de deux requérants pour agir à son encontre, au motif qu'ils avaient, entre autres, la nationalité égyptienne. Le tribunal a rejeté ce moyen de défense en considérant au contraire que les demandeurs avaient perdu leur nationalité égyptienne en raison de leur acquisition d'une nationalité étrangère. Il a alors considéré que les certificats de nationalité que les autorités étatiques lui avaient présentés avaient été établis à la suite d'une application incorrecte du droit égyptien, sans pour autant sous-entendre que les autorités égyptiennes avaient agi ainsi en connaissance de cause dans le but d'empêcher les requérants d'avoir accès au tribunal. Nous approuvons une telle approche qui évite aux parties de s'affronter sur la question extrêmement délicate relative aux intentions et au but poursuivi par un Etat ayant attribué sa nationalité à un individu. Il est en effet nettement préférable de parler d'une erreur matérielle que d'une fraude qui implique un agissement de mauvaise foi des agents de l'Etat concerné[181].

---

[180] CIRDI, *Waguih Elie George Siag et Clorinda Vecchi c. Egypte*, décision sur la compétence du 11 avril 2007, Aff. n° ARB/05/15.

[181] Comme le professeur SANTULLI l'avait fait observer : « Il sera, en effet, fort difficile (en admettant qu'il soit possible) de démontrer qu'un Etat a attribué une nationalité dans le seul but de modifier le champ d'application de ses obligations ou de ses droits en détournant l'institution de la protection diplomatique », SANTULLI (C.), *Irrégularités internes et efficacité internationale de la nationalité*, *op.cit.*, p. 39.

112. Le simple constat d'une application incorrecte du droit interne d'un Etat en matière de nationalité suffit donc pour un tribunal international pour refuser de reconnaître, sur le plan international, une nationalité accordée à un individu en vertu de ce même droit interne. Les arbitres doivent dès lors vérifier l'existence de la nationalité dans le droit de l'Etat tel qu'il est effectivement interprété par les autorités et les juridictions compétentes pour exercer un contrôle sur la conformité d'une telle interprétation par rapport à la volonté des législateurs de cet Etat (B).

B) L'examen de l'authenticité des certificats de nationalité conformément au droit interne applicable

113. Dans le cadre de l'affaire dite des *emprunts brésiliens* la Cour permanente de justice internationale avait estimé que lorsqu'elle devait applique le droit interne d'un pays déterminé pour le besoin d'un litige international :

> « il ne semble guère douteux qu'elle doit s'efforcer de l'appliquer comme on l'appliquerait dans ledit pays. Ce ne serait pas appliquer un droit interne que de l'appliquer d'une manière différente de celle dont il serait appliqué dans le pays où il est en vigueur. Il s'en suit que la Cour doit tenir le plus grand compte de la jurisprudence nationale, car c'est à l'aide de cette jurisprudence qu'elle pourra déterminer quelles sont vraiment les règles qui, en fait, sont appliquées dans le pays dont le droit est reconnu applicable en l'espèce »[182.]

114. Ce principe, peu contesté en doctrine[183], a été réaffirmé à maintes reprises par la jurisprudence. Cela explique pourquoi l'une des formules que le tribunal arbitral constitué à l'occasion de l'affaire *Soufraki c. Etat des Emirats arabes unis* a choisi d'employer peut surprendre. Les arbitres saisis ont en effet affirmé qu'en examinant si M. Soufraki possédait effectivement la nationalité italienne, ils allaient accorder

> « *great weight to the nationality law of the State in question [Italie] and to the interpretation and application of that law by its authorities. But it will in the end decide for itself whether, on the facts and law before it, the person whose nationality is at issue was or was not a national of the State in question* »[184].

[182] CPJI, *Affaire relative au paiement, en or, des emprunts fédéraux brésiliens émis en France*, arrêt du 12 juillet 1929, A-20/21, pp. 123-124.
[183] Voir tout de même, ROUGEAUX (J.-P.), « Les renvois du droit international au droit interne », *RGDIP*, 1977, pp. 361-385 ; spéc. p. 379.
[184] CIRDI, *Soufraki c. Etat des Emirats arabes unis*, décision sur la compétence, *op.cit.*, §55.

115. Cette position du tribunal a été contestée par le requérant qui a demandé l'annulation de la sentence au motif que les arbitres avaient manifestement excédé leurs pouvoirs, en ne reconnaissant qu'un poids relatif au droit italien au lieu de s'y référer exclusivement et de l'appliquer comme l'auraient fait les juridictions italiennes elles-mêmes[185]. Or, même si le Comité *ad hoc* saisi de ce grief d'annulation a admis que la formule utilisée par le tribunal arbitral n'était pas très heureuse[186], il n'en a pas moins considéré que :

> « *the Tribunal did strive in good faith to apply Italian law as it would have been applied by Italian courts, and in doing so did not commit any egregious error that could be considered as a failure to apply the proper law. It is the view of the Committee that the Tribunal did apply substantive Italian law, only substantive Italian law and all relevant substantive Italian law to the determination of Mr. Soufraki's nationality* »[187].

116. Des difficultés relatives à la langue ou à une connaissance insuffisante du contenu normatif ou de l'état de la jurisprudence du droit interne qu'une juridiction internationale doit appliquer pour le besoin d'un différend, peut rendre la tâche de cette dernière très compliquée en pratique[188]. En conséquence, la résolution du litige pourra au final dépendre d'une interprétation plus au moins autonome des éléments de droit interne dont le tribunal international a eu connaissance.

117. A titre d'illustration dans l'affaire *Pey Casado c. Chili*, le requérant possédait la double nationalité chilienne et espagnole. La question s'est alors posée de savoir s'il était capable, au regard du droit chilien, de renoncer à sa nationalité chilienne afin notamment de pouvoir porter une réclamation à l'encontre de ce pays. Le demandeur avait été expulsé par les autorités chiliennes dans les années 1970 à la suite du coup d'état militaire qui a eu lieu dans cet Etat, et avait par la suite acquis la nationalité espagnole. Malgré le fait que le droit chilien ne prévoyait pas explicitement une telle

---

[185] Voir dans le même sens GAILLARD (E.), « CIRDI. Chronique des sentences arbitrales », *JDI,* 2008, p. 338.
[186] CIRDI, Comité *ad hoc*, décision du 5 juin 2007 relative au recours d'annulation porté par M. Soufraki, Aff. n°ARB/02/07, § 93.
[187] *Ibid.*, § 102.
[188] Concernant le degré de connaissance requis par les juges ou les arbitres du droit interne de l'Etat qu'ils sont appelé à appliquer et mettre en œuvre, la Cour permanente de justice internationale, dans le cadre de l'affaire dite des *emprunts brésiliens*, a adopté la position suivante : « Tout en étant tenue d'appliquer le droit interne lorsque les circonstances l'exigent, la Cour, qui est une juridiction de droit international, et qui, en cette qualité, est censée connaître ce droit, n'est pas obligée de connaître elle-même également les lois nationales des différents pays. Tout ce qu'on peut admettre à cet égard, c'est qu'elle pourrait être éventuellement obligée de se procurer la connaissance du droit interne qu'il y a lieu d'appliquer ; et cela, soit à l'aide des preuves que lui fournissent les parties, soit à l'aide de toutes recherches auxquelles la Cour jugerait convenable de procéder ou de faire procéder », CPJI, *Affaire relative au paiement, en or, des emprunts fédéraux brésiliens émis en France*, arrêt du 12 juillet 1929, A-20/21, p. 124.

possibilité pour un individu de renoncer à sa nationalité, le tribunal arbitral a considéré, sur la base des motifs faisant référence entre autres à certaines règles du droit international[189], qu'une telle renonciation individuelle de nationalité n'était pas non plus exclue par ce droit[190], et qu'elle était par conséquent envisageable par ce dernier.

118. Dans le cadre d'une autre décision arbitrale, les arbitres ont fondé leur solution non pas sur la base de la lettre et du texte de la loi interne, mais sur la base du fait qu'aussi bien la personne dont la nationalité avait été mise en cause que l'Etat partie au différend se comportaient comme si cette personne avait effectivement la nationalité de ce dernier. Nous faisons allusion ici à l'affaire *Champion* de 2003, soumise à un tribunal CIRDI[191]. En l'espèce, trois individus nés aux Etats-Unis, James, John et Timothy WAHBA et ayant la nationalité américaine ont introduit une demande d'arbitrage à l'encontre de l'Egypte, l'Etat de naissance de leur père. L'Etat défendeur a contesté leur qualité pour agir en alléguant que les requérants étaient également des ressortissants égyptiens par ascendance[192]. La pomme de discorde entre les parties est devenue une disposition particulière de la législation de l'Egypte qui imposait l'obligation à tout ressortissant égyptien de demander une autorisation aux autorités de cet Etat pour acquérir une nationalité d'un autre Etat, sous peine de se voir priver de sa nationalité égyptienne. Les demandeurs ont invoqué cette disposition pour soutenir que leur père avait perdu sa nationalité égyptienne avant leur naissance car il a été naturalisé aux Etats-Unis sans en avoir informé l'administration de son Etat de naissance. Les représentants de l'Etat défendeur ont au contraire argué que l'Egypte n'a jamais formellement décidé de retirer la nationalité de cette personne, et cela malgré son acquisition de la nationalité américaine[193]. Confronté à la difficulté de se prononcer sur la nécessité ou pas, en vertu de la loi égyptienne, pour les autorités étatiques d'adopter un acte formel de retrait de nationalité pour qu'une telle opération devienne effective, les arbitres ont estimé qu'il résultait de l'attitude commune du père des requérants et des autorités égyptiennes que

---

[189] CIRDI, *Victor Pey Casado and President Allende Foundation c . Chili,* sentence arbitrale du 8 mai 2008, Aff. n° ARB/98/2, § 300 ; § 313.

[190] *Ibid.*, § 307 et s. Le tribunal a rajouté que « *si, en droit international, le droit applicable à la nationalité d'un Etat donné est en principe le droit de cet Etat, le juge ou l'arbitre international détient cependant le pouvoir d'en apprécier le contenu et les effets* », *ibid.*, § 319.

[191] CIRDI, *Champion Trading Company Ameritrade International, Inc. James T. Wahba, John B. Wahba, Timothy T. Wahba c. Egypte*, décision sur la compétence du 21 octobre 2003, Aff. n° ARB/02/9

[192] CIRDI, *Champion c. Egypte*, décisions sur la compétence, *op.cit.*, § 3.4.1 ; En vertu de l'article 25 (2) (a) de la Convention de Washington, une personne physique qui possède entre autre la nationalité de l'Etat partie au différend n'a pas la qualité pour agir à l'encontre de ce dernier devant un tribunal CIRDI.

[193] *Ibid.*

celui-ci continuait à être considéré comme ressortissant égyptien[194]. Il ressortait en effet des faits de l'espèce que le père des requérants avait demandé le renouvellement de son passeport égyptien en 1992, soit 17 ans après sa naturalisation aux Etats-Unis, auprès du consulat d'Egypte aux Etats-Unis et qu'un tel passeport lui a été effectivement délivré. L'intéressé a ensuite utilisé ce passeport à plusieurs reprises pour ses voyages à destination de l'Egypte qu'il a effectués entre 1995 et 1997. Il a en outre fait la demande sur place d'une carte d'identité égyptienne en 1997 qui lui a été, là encore, délivrée sans contestation par les autorités. Les arbitres ont par conséquent considéré que ce dernier n'a jamais vraiment perdu sa nationalité égyptienne et qu'il l'a par la suite, transmise à ses fils.

119. La solution précitée est à comparer avec celle d'un autre tribunal CIRDI saisi à l'occasion de l'affaire *Siag et Vecchi c. Egypte*[195] dont les membres ont raisonné différemment. Une demande d'arbitrage a été de nouveau portée à l'encontre de l'Egypte, mais cette fois-ci par deux ressortissants italiens. Comme dans l'affaire *Champion*, l'Etat défendeur a contesté la compétence du tribunal en soutenant que les demandeurs possédaient également la nationalité égyptienne et ne pouvaient donc pas porter une action internationale à son encontre. La question s'est alors de nouveau posée de savoir si en vertu de la législation de l'Egypte, l'un des requérants, M. Siag, avait perdu sa nationalité égyptienne de naissance en raison de son acquisition d'une nationalité étrangère, en l'occurrence celle du Liban[196]. L'Egypte refusait d'admettre qu'une telle perte a eu lieu et a présenté plusieurs certificats de nationalité établis par son ministère de l'intérieur après l'acquisition par l'investisseur de sa nationalité libanaise. L'Etat défendeur a en outre insisté sur le fait qu'aussi bien M. Siag que sa mère Mme Vecchi, qui était l'autre requérante dans cette affaire, s'étaient prévalus à plusieurs reprises de leur nationalité égyptienne et avaient même demandé le renouvellement de leurs pièces d'identité qu'ils utilisaient pour voyager depuis et à destination de l'Egypte[197]. Il en découlait qu'ils étaient non seulement au courant que l'Egypte les considérait toujours comme leurs ressortissants, mais qu'ils se présentaient

[194] *Ibid.*, § 3.4.1
[195] CIRDI, *Waguih Elie George Siag and Clorinda Vecchi c. Egypte*, décision sur la compétence du 11 avril 2007, Aff. n° ARB/05/15
[196] Selon les faits de l'espèce, M. Siag était né en Egypte de parents égyptiens en 1962 et a acquis de ce fait la nationalité égyptienne le jour de sa naissance. Il a ensuite acquis la nationalité libanaise en 1989, avant d'acquérir la nationalité italienne en 1993 en raison de son mariage avec une ressortissante de ce dernier pays, *Waguih Elie George Siag c. Egypte*, *op.cit.*, § 154
[197] *Waguih Elie George Siag c. Egypte*, *op.cit.*, § 29 ; §§ 192-194

eux même comme des égyptiens pour faciliter la gestion de leurs opérations sur place. En se référant alors à la solution retenue par le tribunal dans l'affaire *Champion*, l'Egypte a soutenu qu'un tel constat était suffisant pour démontrer que les investisseurs devaient être considérés comme ayant sa nationalité.

120. Le tribunal a pourtant refusé de suivre la logique de ce raisonnement. Il a tout d'abord considéré, qu'en vertu du principe bien établi en la matière, tous les documents officiels attestant la nationalité égyptienne des requérants, ne constituaient qu'une preuve *prima facie* de l'allégation de l'Etat défendeur[198]. L'existence ou non de cette nationalité des demandeurs devait par conséquent être démontrée en se référant aux disposition de la loi applicable. Cette loi était la même que celle analysée par le tribunal dans l'affaire *Champion*. Or, à la différence de leurs homologues, les arbitres saisis dans l'affaire *Siag* se sont effectivement penchés sur le sens des dispositions de celle-ci. Son article 10 prévoyait notamment qu'aucun ressortissant égyptien ne pouvait acquérir une nationalité étrangère, sauf s'il en recevait une autorisation expresse par le biais d'un décret ministériel. S'il avait omis de demander une autorisation pour acquérir une nationalité étrangère, la personne devait continuer à être considérée exclusivement comme un citoyen égyptien par les autorités égyptiennes, sauf si le gouvernement décidait de lui retirer cette nationalité. Si, en revanche, le ressortissant égyptien avait reçu l'autorisation d'acquérir une nationalité étrangère, il perdait sa nationalité égyptienne. Nonobstant ce dernier cas de figure, un ressortissant égyptien ayant acquis une nationalité étrangère, pouvait garder sa nationalité égyptienne, à condition de notifier au gouvernement sa volonté de rester égyptien, dans un délai ne dépassant pas un an à partir de l'acquisition de sa nationalité étrangère[199].

---

[198] *Ibid.*, § 193

[199] Voir *Waguih Elie George Siag c. Egypte*, *op. cit.*, § 22 où est reproduit le texte de la loi en langue anglaise:

Article 10:

An Egyptian may not gain a foreign nationality except after being permitted by virtue of a decree from the Minister of Interior; otherwise such person shall still be considered an Egyptian in every respect and under all circumstances, unless the Cabinet decides to withdraw his nationality under the provision of Article 16 of this Law.

In the event an Egyptian is permitted to gain a foreign nationality, then this shall lead to the withdrawal of the Egyptian nationality.

However, permission to acquire a foreign nationality may allow the person for whom such permission is given, his wife and minor children to retain the Egyptian nationality, provided he notifies his wish to take advantage of such benefit within a period not exceeding one year from the date of gaining the foreign nationality, and in such case they may retain the Egyptian nationality despite having gained a foreign nationality.

121. Il ressortait des faits de l'espèce, que M. Siag avait demandé une autorisation des autorités égyptiennes pour acquérir une deuxième nationalité, celle du Liban, après que cette dernière lui avait été déjà attribuée. Or, selon l'Egypte M. Siag avait acquis sa nationalité libanaise dès sa naissance par ascendance car l'un de ses parents était également un ressortissant libanais. Pour l'Etat défendeur cela signifiait que le cas de l'espèce n'était pas régi par l'article 10 précité, puisque l'intéressé avait en effet acquis la nationalité libanaise sans qu'il ait volontairement postulé pour l'avoir.

122. Le tribunal n'a pas suivi cette manière d'interprétation. Il a au contraire adhéré à l'opinion présentée par l'un des experts intervenus dans la procédure au nom des investisseurs, le professeur Riad, qui était membre de la commission législative ayant rédigé la loi sur la nationalité faisant l'objet des débats. Selon la lecture proposée par cet expert l'article 10 précité visait tout type de situation de reconnaissance par l'Egypte d'une nationalité étrangère obtenue par l'un de ses ressortissants. Le moment d'obtention d'une telle nationalité par un individu importait peu. Une nationalité étrangère obtenue par un ressortissant égyptien ne produirait pas ses effets aux yeux de l'Egypte, à moins que l'intéressé ne l'a pas notifiée et qu'il n'a pas demandé l'autorisation de l'avoir auprès des autorités compétentes de cet Etat. Si les autorités ont permis à l'intéressé de détenir une deuxième nationalité, ce dernier disposait d'un délai d'un an pour leur faire part de sa volonté de garder également sa nationalité égyptienne[200]. S'il ne le faisait pas il la perdait automatiquement à la date d'expiration dudit délai. Le tribunal ayant constaté que M. Siag n'a jamais officiellement demandé au ministère de l'intérieur égyptien de garder sa nationalité égyptienne, a conclu qu'il l'avait perdue et que donc la demande du requérant à l'encontre de l'Égypte était bien recevable en raison de sa qualité d'investisseur étranger vis-à-vis de celui-ci.

123. Nous ne sommes bien évidemment pas en mesure d'affirmer que c'est cette interprétation de la loi égyptienne qui correspondait au mieux à l'intention du législateur. La solution arbitrale mérite néanmoins d'être soulignée en raison de la méthode suivie par le tribunal. A la différence de l'affaire précédente, il a tranché le

[200] Par conséquent, lorsqu'un ressortissant égyptien acquiert une nationalité étrangère, volontairement ou pas, le délai pendant lequel l'intéressé doit demander une autorisation à ces dernières pour garder simultanément sa nationalité égyptienne commence à courir, non pas à partir de la date d'acquisition de la nationalité étrangère (pour laquelle les autorités égyptiennes n'étaient pas au courant), comme le prévoit le littérairement le texte de la loi, mais à partir de la date ou l'autorisation lui a été accordée par le ministère de l'intérieur égyptien de détenir une deuxième nationalité, parce que c'est à partir de cette date que l'Egypte reconnaît la qualité de double national de l'intéressé, *Waguih Elie George Siag c. Egypte*, *op.cit.*, § 161

différend entre les parties sur la base d'une analyse des dispositions du droit égyptien en matière de nationalité. C'est le seul procédé qui permet vraiment à un tribunal international de s'assurer qu'une qualité de droit interne a bien pu se constituer et qu'elle existe réellement au-delà des apparences et des différentes allégations des parties.

124. D'un autre côté, le fait pour un investisseur de se comporter pendant un certain temps comme s'il était ressortissant de l'Etat défendeur, avant de soutenir lors d'une procédure engagée à l'encontre de ce dernier, qu'il ne l'est pas devrait, à notre avis, être pris en compte par le tribunal afin d'empêcher le requérant de se prévaloir d'une position contraire à celle qu'il avait prise antérieurement[201]. Toutefois, le fondement d'une telle solution est différent et ne doit pas influencer directement sur la conclusion du tribunal relative à l'existence de la nationalité du requérant conformément au droit interne de référence.

125. Une fois la preuve de l'allégeance du requérant à un Etat établi sur la base du droit interne de ce dernier, d'autres conditions, prévues cette fois-ci par le droit international, doivent être réunies pour que ce statut interne puisse constituer un titre valable pour fonder l'action en justice intentée par l'individu au niveau international.

SECTION 2

LES CONDITIONS D'OPPOSABILITÉ DU STATUT DE NATIONAL OU DE RÉSIDENT ATTRIBUÉ À UN INDIVIDU PAR UN ÉTAT VIS-À-VIS DES AUTRES ÉTATS

126. Pour qu'un investisseur privé puisse se prévaloir des dispositions d'un traité interétatique visant la protection de ses biens et avoirs situés à l'étranger, il doit démontrer qu'il est soit national, soit, dans certains cas, résident de l'un des Etats parties à ce traité. Au cours de sa vie un individu peut toutefois, pour des motifs personnels, professionnels, ou bien pour des raisons indépendantes de sa volonté (conflits armés, catastrophes naturels), changer le lieu de sa résidence habituelle et/ou acquérir une nouvelle nationalité ce qui parfois peut avoir pour conséquence la perte de sa nationalité

[201] Nous faisons bien sûr référence ici au concept d'estoppel. Pour plus de détails sur cette notion et sur son utilisation en droit international, voir : MARTIN (A.), *Estoppel en droit international public : précédé de la théorie de l'estoppel en droit anglais*, Paris, Pedone, 1979 ; PINSOLLE (Ph.), « Distinction entre le principe de l'estoppel et le principe de bonne foi », *JDI*, 1998, p. 905.

initiale. En vertu d'un principe bien établi en contentieux de la protection diplomatique, pour qu'un Etat puisse endosser la réclamation de l'un de ses ressortissants à l'encontre d'un autre Etat, l'individu doit avoir disposé de la nationalité du premier Etat de manière continue entre la date de la commission du fait prétendument illicite imputé au deuxième Etat qui a porté préjudice à l'individu, et au moins jusqu'à la date de la présentation de la réclamation par l'Etat requérant. Cette règle dite de la continuité de la nationalité n'est en revanche pas prévue de manière explicite par les traités bilatéraux ou multilatéraux de protection des investissements étrangers. Quant à la Convention de Washington ayant institué le CIRDI elle contient une telle exigence, mais sous forme différente et applicable uniquement aux investisseurs-individus. La question se pose alors de savoir dans quelle mesure la règle de la continuité de la nationalité conditionne le titre pour agir d'un investisseur dans le contexte arbitral mixte en matière d'investissements (**Paragraphe 1**).

127. D'après une autre règle établie par Cour internationale de justice dans sa célèbre affaire *Nottebohm* de 1955, mais dont la portée reste plus qu'incertaine aujourd'hui, toute nationalité d'un individu établie selon les règles juridiques d'un droit interne, mais qui manquerait manifestement d'effectivité par rapport aux liens de rattachement réels que ce même individu entretiendrait avec son Etat national, devrait être privée d'effets au niveau international. A notre connaissance, aucun tribunal arbitral n'a mis en œuvre jusqu'à présent ce principe, et certains de ces tribunaux refusent même d'en reconnaître l'existence. Une telle position signifie-t-elle pour autant que toute décision de la part d'un Etat d'accorder un statut de « national » ou de « résident » à un individu devra inconditionnellement être reconnue par les autres Etats ? (**Paragraphe 2**).

PARAGRAPHE 1
L'APPLICATION DE LA RÈGLE DE LA CONTINUITÉ DE LA NATIONALITÉ DANS LE CADRE DU CONTENTIEUX ARBITRAL MIXTE EN MATIÈRE D'INVESTISSEMENTS

128. Avant d'étudier la version particulière de la condition relative à continuité de la nationalité d'un investisseur formulée par la Convention de Washington ayant institué le CIRDI (B), nous reviendrons brièvement sur le contenu et les fondements de cette même règle en droit international général (A).

A) Substance et fondements de la règle de la continuité de la nationalité

129. C'est dans le contexte du contentieux de la protection diplomatique que la règle dite de continuité de la nationalité a vu le jour. Son objectif principal consiste à empêcher un Etat à endosser la réclamation d'un individu, qui n'était pas son ressortissant au moment où ce dernier a subi un préjudice de la part d'un autre Etat, mais à qui le premier Etat a accordé sa nationalité par la suite dans le but de pouvoir agir à l'encontre de l'Etat prétendument fautif du dommage individuel et exercer ainsi sur lui une pression à des fins politiques[202]. Pour parer de tels risques, la jurisprudence a considéré très tôt[203] que pour qu'une demande de protection diplomatique soit recevable, l'individu doit avoir possédé la nationalité de l'Etat requérant à partir du jour de la commission du fait illicite dont il prétend avoir été la victime.

130. Le contenu exact de cette règle reste toutefois assez flou. Certaines divergences peuvent, tout d'abord être signalées concernant le moment de *Dies a quo*, c'est-à-dire le jour à partir duquel l'individu doit disposer de la nationalité de l'Etat requérant. Il semblerait qu'il doit correspondre à la date de la commission du fait illicite attribué à l'Etat étranger[204], or l'idée avait été avancée également que c'est au moment où le dommage subi par l'individu est constaté définitivement, c'est-à-dire au moment où il est devenu certain que l'Etat fautif refuse d'accorder une réparation pour son acte ou omission préjudiciable à la suite de l'épuisement des tous les recours internes intentés par la personne lésée[205]. Les plus grandes incertitudes subsistent toutefois autour du *Dies ad quem*, c'est-à-dire le jour jusqu'auquel l'individu doit avoir gardé sa nationalité. Le professeur WYLER avait identifié six dates susceptibles de jouer ce rôle[206]. La

---

[202] Voir à titre d'illustration, l'exemple cité par BORCHARD (E.) des cubains ayant émigré aux Etats-Unis d'Amérique où ils ont été naturalisés et dont ils ont sollicité l'assistance pour agir à l'encontre de leur ancien Etat national, *Diplomatic Protection of Citizens Abroad*, New York, The Banks Law Publishing Co., 1927, 988 pages, spéc. p. 663

[203] Voir sur ce point WYLER (E.), *La règle dite de la continuité de la nationalité dans le contentieux international*, Paris, PUF, 1990, p. 33.

[204] BROWNLIE (I.), *Principles of Public International Law,* New York, Oxford University Press, 7ème édition, 2008, 784 pages, spéc., p. 479. WYLER (E.), *La règle dite de la continuité de la nationalité dans le contentieux international*, *op.cit*., p. 53.

[205] JOSEPH (C.), *Diplomatic Protection and Nationality : The Commonwealth of Nations*, Gateshead, Nortumberland Press, 1968, Thèse de doctorat, Université de Genève, p. 25.

[206] WYLER (E.), *La règle dite de la continuité de la nationalité dans le contentieux international*, Paris, *op.cit.*, p. 75. Les dates citées par l'auteur sont les suivantes : « 1) La date à laquelle le gouvernement endosse la demande de son ressortissant ; 2) La date de la signature ou de la ratification du traité instituant l'instance appelée à statuer sur la réclamation internationale ; 3) la date d'entrée en vigueur de ce traité […] ». La deuxième date a été retenue par certaines commissions mixtes au début du XXème siècle, mais reste d'application exceptionnelle. La troisième date a été prévue comme étant le *Dies ad quem* par certaines conventions donnant naissance à des tribunaux internationaux, comme notamment la

première date citée est celle du moment de l'endossement par l'Etat de la demande de son national. En vertu de l'explication qui nous a été fournie par le professeur WYLER, il ne fallait pas entendre par là la date à laquelle l'Etat informe son national qu'il prendrait fait et cause pour lui, car « à ce moment là, la requête n'est pas encore passée au plan international, à moins évidemment que l'Etat national n'entreprenne ses démarches avant d'en informer son ressortissant »[207]. C'est donc au moment de la présentation formelle de la réclamation par l'Etat requérant à l'Etat destinataire de la demande que l'existence de la nationalité de la personne protégée doit être appréciée[208]. C'est également la position adoptée par la commission du droit international dans son dernier rapport portant sur la protection diplomatique. L'article 5§1 de celui-ci prévoit que :

> « Un État est en droit d'exercer la protection diplomatique à l'égard d'une personne qui avait sa nationalité de manière continue depuis la date du préjudice jusqu'à la date de la présentation officielle de la réclamation. La continuité est présumée si cette nationalité existait à ces deux dates. ».

Dans ses commentaires relatifs à cette disposition, la Commission a précisé que ce terme de *réclamation officielle* doit correspondre soit au moment où l'Etat a manifesté clairement son intention, sur le plan international, d'exercer sa protection diplomatique, soit au moment où il porte sa réclamation devant une instance judiciaire. En l'absence donc d'une démarche officielle préalable, visant par exemple à trouver une solution à l'amiable, ce sera le moment de l'enregistrement de la requête auprès de l'instance juridictionnelle compétente qui sera considéré comme le *Dies ad quem*. Le moment de l'enregistrement de la requête est en outre la deuxième date envisageable proposée par le professeur WYLER, et constitue selon lui celle qui est le plus souvent retenue comme

---

Déclaration d'Alger du 19 janvier 1981 ayant crée le tribunal des réclamations irano-américain. « […]4) celle du dépôt de la requête auprès de l'organe juridictionnel ; 5) celle du jugement rendu ; 6) la date du règlement définitif de la demande ». Les raisons que nous invoquons un peu plus bas pour exprimer nos réserves pour l'admission de la 5ème date comme possible *Dies ad quo* sont valables pour justifier notre refus de considérer la sixième date citée comme opportune.

[207] *Ibid.*

[208] Voir dans le même sens O'CONNELL (D.P.), *International Law*, Londres, Stevens & Sons Ltd, 2ème édition, 1970, 2 volumes, 1278 pages, spéc., vol. II, p. 1116 ; WITTENBERG (J.-C.), « La recevabilité des réclamations devant les juridictions internationales », *RCADI*, vol. 41, 1932-III, p. 48.

moment de référence pour l'appréciation de la continuité de la nationalité de l'individu par les tribunaux internationaux[209].

131. Il a été enfin soutenu que l'action de protection diplomatique d'un Etat doit être considérée comme ne disposant plus de base légale si la personne protégée change de nationalité entre la date de la présentation de la réclamation étatique et le moment du prononcé du jugement[210], voire même du moment où la réparation devient effective. Pousser aussi loin les limites de cette condition ne nous semble pas pour autant se justifier par rapport aux fondements de la règle. Comme nous l'avons indiqué, la raison principale de la consécration de cette dernière est d'empêcher un Etat de faire valoir la réclamation d'un individu qui a acquis sa nationalité par naturalisation après la date du dommage[211]. Le fait pour l'individu de devoir garder cette nationalité jusqu'à la date de la présentation de la réclamation peut s'expliquer par le besoin pour l'Etat requérant de disposer d'un intérêt pour agir au moment où il entame son action[212]. Nous ne trouvons pas nécessaire en revanche d'obliger la personne protégée de ne pas changer sa nationalité, par exemple s'il a changé le lieu de sa résidence, jusqu'à la date du prononcé de la décision finale la concernant qui en pratique peut s'avérer correspondre à un moment très éloigné de la date de la commission du fait illicite faisant l'objet de sa réclamation. Une telle extension de la règle restreindrait de manière injustifiée à notre sens la liberté individuelle de choisir d'aller s'installer ailleurs, ou de prêter allégeance à un Etat autre que son Etat national initial, d'autant plus que souvent l'acquisition d'une nouvelle nationalité est conditionnée par l'obligation pour l'individu de renoncer à son ancienne nationalité.

132. Concernant, en dernier lieu, l'exigence selon laquelle l'individu doit posséder la nationalité de la demande de manière continue entre les deux dates requises, son utilité a également été questionnée. Pour reprendre les termes d'un auteur :

---

[209] WYLER (E.), *La règle dite de la continuité de la nationalité dans le contentieux international*, *op.cit.*, p. 78 ; Voir dans le même sens DAILLER (P.), FORTEAU (M.), PELLET (A.), *Droit international* public, Paris, L.G.D.J, 8ème édition, 2009, spéc., p. 904

[210] Voir pour des exemples jurisprudentiels ayant retenu une telle solution, *Minnie Stevens Eschauzier (Grande-Bretagne c. Mexique)*, sentence du 24 juin 1931, *RSA*, Nations Unis, vol. V, p. 210 ; Affaire *Stevenson (Grande-Bretagne c. Venezuela)*, sentence de 1903, *RSA*, vol. IX, p. 506. Voir dans le même sens, JENNINGS (R.Y.), WATTS (A.) (sous la direction de), *Oppenheim's International Law*, Londres, Longman, 9ème édition, 1992, p. 512 ;

[211] Voir dans le même sens DUGARD (J.R.), *Premier rapport sur la protection diplomatique*, 7 et 20 avril 2000, Commission du droit international, Document A/CN.4/506 et Add.1, p. 261.

[212] OHLY (D.Ch.), « A Functional Analysis of Claimants Eligibility », *in LILLICH (R.) (sous la direction de), State Responsibility for Injuries to Aliens* », Charlottesville, University Press of Virginia, 1983, p. 285.

> « Dans la plupart des affaires où un tribunal international a déclaré, *in expressis verbis*, qu'une réclamation devait être « *continuellement* » nationale, dès l'origine jusqu'à sa présentation, il avait en fait à décider de la question de savoir si une réclamation possédait ou non la nationalité de l'État requérant soit à l'une ou l'autre, soit à l'une et l'autre, des deux dates critiques […] Rares et controversées ont été les affaires où un tribunal s'est trouvé confronté avec une réclamation qui possédait la nationalité requise à chacune des deux dates critiques, mais qui, entre ces deux dates, avait perdu ou réacquis une telle nationalité »[213].

S'inscrivant dans la continuité de ce raisonnement, nous approuvons la présomption établie par la Commission du droit international dans le cadre de son projet sur la protection diplomatique du caractère continu de la nationalité d'un individu s'il est établi que ce dernier possédait la nationalité de l'Etat requérant à la fois à la date de son préjudice qu'à celle de la présentation officielle de la réclamation par l'Etat agissant en sa faveur[214].

133. Dans le cadre du contentieux mixte en matière d'investissements, les raisons qui justifieraient la reprise de la règle de la continuité de la nationalité seraient de nature un peu différente. Le risque d'abus ne résulterait plus du fait pour un Etat d'accorder sa nationalité à un individu dans le but de pouvoir exercer une pression diplomatique sur un autre Etat ayant adopté certaines mesures préjudiciables à l'encontre de cet individu. La situation que la règle de la continuité viserait à éviter serait, à l'inverse, celle consistant pour un individu de postuler pour l'obtention de la nationalité ou bien pour le statut de résident d'un Etat dans le but de pouvoir se prévaloir des traités de protection signés par ce dernier et profiter ainsi d'un régime international de protection de ses investissements situés dans un Etat tiers plus favorable à celui qui lui était applicable auparavant. Pour reprendre un raisonnement tenu par le juge Moore concernant le contentieux de la protection diplomatique, mais transposable aussi pour le contentieux mixte en matière d'investissements, le risque est qu'un investisseur :

> « pourrait s'adresser successivement à une douzaine de gouvernements, à qui il pourrait prêter allégeance […] Dans un tel système, le gouvernement

[213] BRIIGGS (H. W.), « La protection diplomatique des individus en droit international : la nationalité des réclamations », *Annuaire de l'Institut de droit international*, Bâle, septembre 1965, vol. I, pp. 72-73.
[214] Voir l'article 5§3, al. 1 du Projet d'articles sur la protection diplomatique de 2006, *Annuaire de la Commission du droit international*, 2006, vol. II

tenu pour débiteur ne saurait jamais quand l'affaire serait réglée. Tous les gouvernements ont donc intérêt à limiter de telles prétentions »[215].

Un tel risque, même s'il ne peut pas être exclu totalement, paraît dans les faits assez circonscrit. Les conditions imposées par les Etats en matière de naturalisation ou de résidence comportent systématiquement des exigences visant à s'assurer de l'installation durable de l'individu sur le territoire de l'Etat concerné et de son intégration effective à la collectivité, comme notamment celle d'un séjour prolongé sur place, la maîtrise de la langue nationale, l'exercice d'une activité professionnelle ou économique dans l'Etat en question etc. Une carte de résidence, et encore moins une nationalité, ne peuvent donc pas, en règle générale, être obtenues facilement et de manière accélérée. Or, même si un Etat, pour des raisons opportunistes, décide d'accorder un statut de résident ou même sa nationalité à certains investisseurs étrangers, dans le but par exemple d'attirer des capitaux vers son territoire, un autre moyen pour priver d'effet une telle allégeance au niveau international serait celui qui consiste à démontrer l'absence de liens de rattachement réels et effectifs entre un tel individu et son « nouvel » Etat d'allégeance[216].

134. Malgré cela et afin sans doute de parer tout risque d'abus de ce type, la Convention de Washington de 1965 ayant institué le CIRDI a repris la règle de la continuité de la nationalité du demandeur tout en l'adaptant pour les besoins du contentieux arbitral mixte[217].

B) La version particulière de la règle de la continuité de la nationalité prévue par la Convention de Washington de 1965

135. L'article 25(2)(a) de la Convention de Washington prévoit que tout investisseur souhaitant porter une réclamation à l'encontre d'un Etat ayant ratifié ce traité doit posséder la nationalité d'un autre Etat contractant :

[215] MOORE (J.B.), *A Digest of International Law*, vol. VI, Washington, Government Printing Office, 1906, p. 637.
[216] Sur ce dernier point, v. *supra*, § 2.
[217] La Convention de Washington est en effet le seul règlement d'arbitrage relatif aux différends liés à des investissements étrangers qui subordonne la compétence des tribunaux constitués en vertu de ses termes à la condition que les requérants-investisseurs doivent avoir une nationalité bien déterminée et dans tous les cas étrangère par rapport à celle de l'Etat défendeur dans une procédure. Les autres règlements d'arbitrage, comme par exemple celui de la CCI de Paris, le règlement CNUDCI ou autres, ont à la fois un champ d'application plus large et subordonnent la compétence des tribunaux constitués en vertu de leurs termes à la seule exigence de l'existence d'un accord entre les parties à la procédure pour soumettre leur litige à ce mode de résolution des différends.

> « à la date à laquelle les parties ont consenti à soumettre le différend à la conciliation ou à l'arbitrage ainsi qu'à la date à laquelle la requête a été enregistrée […] à l'exclusion de toute personne qui, à l'une ou à l'autre de ces dates, possède également la nationalité de l'Etat contractant partie au différend ».

Comme nous l'avons expliqué un peu plus haut, le terme de nationalité employé par la Convention de Washington, peut dans certains cas englober la catégorie des résidents d'un Etat partie à celle-ci, si ces derniers ont été assimilés aux nationaux de cet Etat dans le cadre d'un traité de protection des investissements étrangers qu'il a conclu avec un ou plusieurs autres Etats[218]. Dans une telle hypothèse, pour avoir la qualité pour agir, un investisseur pourra également se prévaloir de son statut de résident d'un Etat partie à la Convention de Washington aux dates requises par le texte.

136. Tout en optant pour la solution majoritairement retenue par la doctrine et la jurisprudence consistant à fixer le *Dies ad quem* au moment de l'enregistrement de la demande, il est intéressant d'observer que les rédacteurs de la convention ont décidé que le *Dies a quo* ne sera pas la date de la commission du fait illicite ou celle du préjudice subi par l'investisseur, mais celle de la conclusion de l'accord arbitral entre les parties au différend. Cet accord entre les parties constitue en effet l'élément fondateur du processus arbitral en ce qu'il manifeste leur volonté de se soumettre à ce mode particulier de règlement contentieux et fonde donc la compétence des arbitres. En vertu d'une distinction établie en droit français d'arbitrage, il existe deux types d'accords arbitraux : la clause compromissoire et le compromis[219]. La clause compromissoire est en général incorporée dans un contrat régissant les relations entre un investisseur et l'Etat étranger sur le territoire duquel le premier mène ses opérations économiques. Ce contrat fixe en outre les modalités de règlement des litiges futurs qui pourraient naître de cette relation[220]. Ainsi, c'est la date de signature de cet accord qui constituera le point de départ pour l'appréciation de la continuité de la nationalité de l'investisseur. Les deux dates critiques seront alors beaucoup plus éloignées l'une de l'autre par rapport à

[218] Voir *supra*, section 1, paragraphe 1, A).
[219] SERAGLINI (Ch), ORTSCHEIDT (J.), *Droit de l'arbitrage interne et international*, Paris, Montchrestien, 2013, p. 479.
[220] Toutefois, considérée comme une convention indépendante du contrat principal, ce premier type d'accord arbitral peut également être conclu par un acte séparé et ultérieur, dès lors qu'il l'a été avant la naissance du litige, v. SERAGLINI (Ch), ORTSCHEIDT (J.), *Droit de l'arbitrage interne et international*, *op.cit.*, pp.505-506.

celles prévues par la règle coutumière en la matière car le *Dies a quo* est fixée avant même la commission du fait illicite par l'Etat hôte de l'investissement[221].

137. Les parties à un différend en matière d'investissement, pourraient aussi s'entendre pour soumettre leur litige à l'arbitrage après la naissance de celui-ci, et donc après la commission du fait prétendument illicite ayant causé un préjudice à l'investisseur. Un tel accord arbitral s'appelle un compromis. Dans ce cas-là, il serait théoriquement envisageable que l'investisseur change sa nationalité entre le moment de la commission du fait prétendument illicite à son encontre et la date à laquelle il a conclu son compromis avec l'Etat fautif. Nous pouvons notamment imaginer qu'avant la conclusion de l'accord arbitral l'investisseur disposait de la nationalité d'un Etat non partie à la Convention de Washington ayant institué le CIRDI, alors que peu avant la conclusion du compromis il a acquis la nationalité d'un autre Etat qui était lui partie à cette Convention, ce qui lui permet d'avoir accès au CIRIDI. Pourtant, si l'Etat fautif ne souhaite pas régler le litige qui l'oppose à l'investisseur étranger en recourant à la procédure arbitrale internationale instituée par la Convention de Washington, il lui suffit de ne pas conclure un compromis avec l'opérateur privé. L'obligation pour les parties à un différend de devoir conclure un accord par écrit pour pouvoir soumettre leur litige à un arbitrage explique donc la formulation choisie par les rédacteurs de la Convention de Washington. Dans de telles conditions, il n'existait pratiquement aucun risque d'un changement abusif de nationalité de la part du requérant. C'était pourtant sans compter l'évolution jurisprudentielle ayant consacré la capacité de l'investisseur de saisir un tribunal arbitral à l'encontre d'un Etat étranger de manière « unilatérale »[222].

138. En effet, depuis la fin des années 1980, les tribunaux constitués sous les auspices du CIRDI ont considéré qu'ils pouvaient être saisis par un investisseur, portant une réclamation à l'encontre d'un Etat étranger, même lorsqu'aucun contrat d'investissement n'avait été conclu entre ces deux parties. En vertu de cette position jurisprudentielle, un Etat partie à la Convention de Washington, pouvait exprimer son consentement à se soumettre à une procédure arbitrale dans un acte séparé adopté en amont et ne le liant pas contractuellement à l'investisseur. Dans sa décision sur la

[221] Il est en outre très peu probable que si un individu possède la nationalité du même Etat à la date de la conclusion de son accord arbitral avec un autre Etat, ainsi qu'à la date de l'enregistrement de sa requête arbitrale, il n'en possède pas celle-ci au moment de la commission du fait illicite.

[222] Voir pour une étude complète sur cette question : BEN HAMIDA (W.), *L'arbitrage transnational unilatéral : réflexions sur une procédure réservée à l'initiative d'une personne privée contre une personne publique,* Paris, 2003, thèse de doctorat soutenue à l'Université Paris 2 Panthéon-Assas.

compétence du 14 avril 1988, le tribunal arbitral CIRDI saisi à l'occasion de l'affaire *SPP c. Egypte* a ainsi considéré que l'Egypte avait fait cela dans le cadre de sa législation interne en adoptant une loi prévoyant l'obligation pour cet Etat de recourir à l'arbitrage CIRDI en cas d'un différend en matière d'investissements qui l'opposerait à tout investisseur étranger ayant la nationalité d'un Etat partie à la Convention de Washington[223]. Peu après cela, la fameuse sentence *AAPL c. Sri Lanka*[224] du 27 juin 1990 a consacré pour la première fois dans la jurisprudence CIRDI la possibilité pour un investisseur de se fonder directement sur une clause de règlement des différends prévue par un traité de protection des investissements signé entre son Etat national et l'Etat hôte de son investissement, en considérant que de telles clauses constituaient de la part des Etats parties à ces traités une offre unilatérale d'arbitrage adressées aux nationaux du ou des autres Etats parties au même instrument[225]. L'existence d'un contrat d'arbitrage directement conclu entre l'investisseur étranger et l'Etat hôte de son investissement n'était donc plus requise. Cette évolution a renversé complètement la donne concernant les instruments invoqués par les investisseurs pour saisir un tribunal arbitral à l'encontre d'un Etat étranger. Selon les dernières statistiques établies par le secrétariat du CIRDI concernant les affaires enregistrées par le Centre jusqu'au 30 juin 2017, celles qui l'ont été sur la base d'un contrat d'investissement conclu directement par les parties à un différend ne représentent plus que 16,8 % de la totalité des différends jugés par les tribunaux. Dans 73,6 % des cas le fondement servant de base à la compétence des juridictions arbitrales constitue un traité interétatique[226].

---

[223] CIRDI, *SPP c. Egypte*, décision sur la compétence du 14 avril 1988, *ILM*, 1993, p. 933 ; pour une traduction du texte et des commentaires sur cette décision, v. GAILLARD (E.), *JDI*, 1994, pp. 218 et s. Le texte de la loi égyptienne devenue le fondement de la saisie du tribunal était formulé de la manières suivante : « Les contestations ayant trait à l'investissement, et concernant la mise en exécution des dispositions de la présente loi sont réglées par le moyen convenu avec l'investisseur, ou dans le cadre des conventions en vigueur entre la BAE et l'Etat de l'investisseur, ou encore dans le cadre de la Convention [instituant le CIRDI], convention à laquelle a adhéré la R.A.E. en vertu de la loi n° 90 de 1971, et ce dans les cas où ladite Convention est applicable », *JDI*, *op.cit.*, p. 223.

[224] Publiée *in International Legal Materials,* 1991, p. 577 ; extrait en français dans la chronique de GAILLARD (E), *JDI*, 1992, p. 217 ; voir pour un commentaire de cette affaire, RAMBAUD (P.), « Des obligations de l'Etat vis-à-vis de l'investisseur étranger (Sentence *AAPL C. SRI LANKA*) », *AFDI*, vol. 38, 1992, pp. 501-510

[225] Voir sur cette question BURDEAU (G.), « Les nouvelles perspectives pour l'arbitrage dans le contentieux économique intéressant les Etats », *op.cit.*, spéc. pp. 10-21 ; PAULSSON (J.), « Arbitration without Privity », *ICSID Review*, 1995, pp. 232-257, spéc. pp. 236-241.

[226] Voir *Affaires du CIRDI – Statistiques*, n° 2017-2, Centre internaional pour le règlement des différends relatifs aux investissements, 2017, p. 10, publié sur le site du CIRDI et disponible à l'adresse suivante : https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/ICSID%20Web%20Stats%202017-2%20(French)%20Final.pdf ; les 9,6% restant correspondent aux affaires enregistrées sur la base d'une loi nationale.

139. Dans ce dernier cas de figure, il a été admis en outre, toujours par la jurisprudence[227], que l'accord entre les deux parties à la procédure arbitrale sur la base duquel les arbitres tiraient leur compétence, devait être considéré comme constitué au moment où l'investisseur étranger a déclaré avoir accepté l'offre unilatérale qui lui avait été adressée par l'Etat hôte de son investissement[228]. Or, le moment où un investisseur déclare vouloir se prévaloir de l'offre unilatérale étatique qui lui est adressée dans le cadre d'un traité de protection des investissements coïncide en pratique avec celui du dépôt de la requête arbitrale par l'investisseur sur le fondement de ce traité. Autrement dit, la règle prévue par l'article 25(2)(b) de la Convention de Washington selon laquelle un investisseur doit posséder la nationalité de l'un des Etats parties à celle-ci, de manière continue, entre la date de l'accord arbitral conclu avec un autre Etat partie à la Convention, et la date de l'enregistrement de sa requête auprès du CIRDI perd tous son effet utile, car en réalité, dans l'hypothèse envisagée, ce deux dates coïncident.

140. S'ensuit-il qu'un investisseur qui n'était pas national ou résident d'un Etat au moment de la commission d'un fait illicite à son encontre, mais qui le devient ultérieurement, pourra agir à l'encontre de l'Etat étranger auteur de ce fait illicite sur la base d'un traité de protection des investissements conclu entre ce dernier et l'Etat de la nouvelle nationalité ou du nouveau lieu de résidence du requérant ?

141. La réponse ne peut en effet être que négative. Les traités de protection des investissements sont en général silencieux sur la question de savoir à quel moment les investisseurs doivent posséder la nationalité de l'un des Etats parties à ceux-ci pour pouvoir invoquer les droits qui leur sont conventionnellement garantis à l'encontre du ou des autres Etats parties à ces mêmes instruments. Il découle en revanche du principe général des effets relatifs des traités que la responsabilité internationale d'un Etat

---

[227] Voir pour une analyse de celle-ci, SCHREUER (C.), MALINTOPPI (L.), REINISCH (A.), SINCLAIR (A.), *The ICSID Convention : A commentary*, Royaume-Uni, Cambridge University Press, 2nd edition, 2013, p. 212. Voir en outre pour un exemple tout récent allant dans ce sens, CIRDI, *CEAC Holdings Limited c. Monténégro*, sentence du 26 juillet 2016, Aff. n° ARB/14/8, § 146.

[228] Cependant voir *contra*, ORREGO VICUNA (F.), opinion dissidente jointe à l'affaire CIRDI, *Waguih Elie George Siag and Clorinda Vecchi*, décision sur la compétence du 11 avril 2007, Aff. n° ARB/05/15, p. 65, disponible sur le site d'*italaw* : http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0785.pdf . L'arbitre a notamment considéré que « La nationalité devrait être appréciée lorsque l'Etat a exprimé son consentement, ou lorsqu'est intervenu l'investissement ; sinon, l'Etat serait tenu à arbitrage avec des personnes exclues lorsqu'il a donné son accord. La garantie donnée aux Etats, pourtant absolue, serait mise en échec. L'investisseur serait maître de la situation et pourrait créer entre temps, non sans risque d'abus, les conditions d'une compétence CIRDI », traduction empruntée de ONGUENE ONANA (D.E.), *La compétence en arbitrage international relatif aux investissements,* Bruxelles, Bruylant, 2012, 619 pages, spéc., p. 391.

contractant ne peut pas être engagée lorsque les mesures adoptées par cet Etat ne visaient pas l'un des autres Etats contractants ou bien les ressortissants de ce dernier. Si au moment de la commission d'un fait contraire aux dispositions d'un traité en matière d'investissements, l'investisseur lésé était national d'un Etat tiers par rapport à cet instrument, ce dernier Etat ne dispose en effet d'aucun droit au respect des dispositions de cette convention pour le compte de ses ressortissants vis-à-vis des Etats parties à celle-ci[229]. Par conséquent le ressortissant lésé de l'Etat tiers ne disposera non plus d'aucun titre juridique pour agir sur le fondement de ce même traité. Même si la personne lésée acquiert par la suite la nationalité de l'un des Etats parties au traité, cela ne lui permettra pas d'obtenir une qualité pour agir à l'encontre de l'Etat contractant auteur des faits commis à son encontre, car au moment de la commission de ces faits, aucune violation de la convention n'aurait pu être constatée la concernant. Pour la personne ayant subi le préjudice, le traité de protection des investissements deviendra applicable au moment où elle acquiert la nationalité de l'un des Etats contractants de celui-ci. Or, en vertu de l'article 28 de la convention de Vienne sur le droit des traités de 1969 :

> « A moins qu'une intention différente ne ressorte du traité ou ne soit par ailleurs établie, les dispositions d'un traité ne lient pas une partie en ce qui concerne un acte ou fait antérieur à la date d'entrée en vigueur de ce traité au regard de cette partie ou une situation qui avait cessé d'exister à cette date. »

142. Il découle donc clairement de cette règle que l'investisseur doit avoir possédé la nationalité de l'un des Etats parties à un traité de protection des investissements au moment où un autre Etat partie au même traité lui a porté un préjudice par un acte contraire aux dispositions de ce traité. L'investisseur-requérant doit en outre disposer de la nationalité du même Etat partie au traité au moment du dépôt de sa requête. Dans le cas contraire, l'investisseur ne sera plus visé par l'offre unilatérale d'arbitrage émise par l'Etat contre lequel il souhaite agir, et partie au même traité, car cette offre s'adresse uniquement aux ressortissants du ou des autres Etats parties à la même convention.

[229] En vertu notamment de l'article 34 de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969: « Un traité ne crée ni obligations ni droits pour un Etat tiers sans son consentement ». L'article 36 § 1 rajoute : « Un droit naît pour un Etat tiers d'une disposition d'un traité si les parties à ce traité entendent, par cette disposition, conférer ce droit soit à l'Etat tiers ou à un groupe d'Etats auquel il appartient, soit à tous les Etats, et si l'Etat tiers y consent. Le consentement est présumé tant qu'il n'y a pas d'indication contraire, à moins que le traité n'en dispose autrement. ».

143. Le tribunal arbitral constitué à l'occasion de l'affaire *Victor Pey Casado c. Chili* a d'ailleurs parfaitement résumé la solution au problème qui nous préoccupe. En vertu de ses termes :

> « La condition de la nationalité au sens de l'API [accord de protection des investissements] se distingue de celle de la nationalité au sens de l'article 25 de la Convention CIRDI en deux aspects fondamentaux. D'abord, contrairement à l'article 25 de la Convention CIRDI, l'API ne précise pas le moment de l'appréciation de la nationalité de la partie requérante. De l'avis du Tribunal, la condition de nationalité au sens de l'API doit être établie à la date du consentement de l'investisseur à l'arbitrage. L'offre d'arbitrer contenue dans le traité doit en effet exister, ce qui suppose que les conditions d'application du traité soient satisfaites, à la date du consentement de l'investisseur pour que celui-ci puisse parfaire la convention d'arbitrage résultant de l'offre générale d'arbitrer contenue dans le traité. Par ailleurs, les conditions d'application du traité, dont la condition de nationalité, doivent également être satisfaites, en l'absence de précision contraire du traité, à la date de la ou des violations alléguées, faute de quoi l'investisseur ne pourrait se prévaloir devant le tribunal arbitral mis en place en application du traité d'une violation de celui-ci. »[230].

144. Il est enfin intéressant de noter qu'à la différence de ce qui est prévu pour les individus, l'article 25(2)(b) de la Convention de Washington dispose que pour pouvoir porter une réclamation devant un tribunal constitué sous les auspices du CIRDI, une personne morale doit avoir la nationalité

> « d'un Etat contractant autre que l'Etat partie au différend à la date à laquelle les parties ont consenti à soumettre le différend à la conciliation ou à l'arbitrage ».

Pour les rédacteurs de la Convention de Washington il suffisait donc qu'une société dispose de la nationalité d'un Etat contractant autre que l'Etat partie au différend au moment de la conclusion de la clause compromissoire ou du compromis entre cette société et l'Etat partie au litige. En revanche, aucune obligation n'a été prévue pour cette société de posséder la même nationalité étrangère au moment du dépôt de sa requête arbitrale. Est-ce que cela signifie que dans l'esprit des rédacteurs de la Convention la règle de la continuité de la nationalité ne concernait que les individus ?

[230] CIRDI, *Victor Pey Casado and President Allende Foundation c. Chili*, *op.cit.*, § 414 ;

145. Nous ne le pensons pas. D'autant plus qu'il ressort clairement de la pratique internationale que le champ d'application de la règle de la continuité de nationalité a été toujours considérée comme s'étendant à toute personne privée, indifféremment de sa nature.[231]. Pourquoi alors le même principe n'a pas été repris par la convention de Washington ? A notre avis, l'explication la plus probable en est que dans l'esprit des rédacteurs de cet instrument, une société ne pouvait avoir qu'une seule nationalité, qui, en vertu de la règle généralement admise en la matière, était celle de l'Etat où elle est constituée[232]. Sauf convention contraire, une société n'est donc pas en mesure de changer sa nationalité : tout transfert de son lieu d'enregistrement dans un autre Etat, entraînerait normalement la fin d'existence de l'entreprise incorporée dans l'Etat précédent et la création d'une nouvelle personne morale. Il s'en suivait que si une société avait la nationalité d'un Etat A au moment de la conclusion de son accord arbitral avec un Etat B, elle devait en avoir eu forcément la même nationalité au moment de la commission du fait illicite par l'Etat B, et elle ne pouvait que garder cette même nationalité jusqu'à la date du dépôt de sa requête arbitrale à l'encontre de ce dernier Etat.

146. Les cas de changement de nationalité des personnes privées, qu'il s'agisse d'individus ou de sociétés, entre la date d'un fait illicite commis à leur encontre et celle du début d'une procédure arbitrale concernant le préjudice qu'elles ont subi en conséquence, sont effectivement rares en pratique. Il est en revanche beaucoup plus fréquent que l'investissement qui fait l'objet d'un tel litige ait changé de titulaire et donc de nationalité, entre ces deux dates critiques. De telles opérations de cession du contrôle sur un investissement se produisent le plus souvent entre des personnes morales[233]. Il se peut ainsi qu'au moment où un Etat A porte atteinte à un investissement situé sur son

[231] Les faits de l'une des premières affaires contentieuses dans laquelle la question de la nécessité du caractère continu de la nationalité d'une personne privée avait été évoquée concernaient déjà une personne morale, CPJI, *Affaire du Chemin de fer Panevezys – Saldutiskis (Estonie c. Lituanie)*, arrêt du 28 février 1939, Série AB, n°76, *spec.*, pp. 17-18. Voir aussi l'article 10 du projet d'articles de la CDI portant sur la protection diplomatique de 2006 qui prévoit que: « Un État est en droit d'exercer sa protection diplomatique à l'égard d'une société qui avait sa nationalité, ou la nationalité d'un État prédécesseur, de manière continue depuis la date du préjudice jusqu'à la date de la présentation officielle de la réclamation ».

[232] Voir dans le même sens, SCHREUER (Ch.), *The ICSID Convention : a Commentary*, *op.cit.*, p. 294 ; MENDELSON (M.), « The Runaway Train : the "Continuous Nationality Rule" From the *Panevezys-saldutiskis Railway* case to *Loewen* », *International Investment Law and Arbitration. Leading Cases from ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*, Londres, Cameron May Ltd, 2005, pp. 97-149, spéc., p. 128.

[233] Nous reviendrons largement sur ces différents cas de figure, notamment les opérations de cessions et les conséquences de celles-ci concernant la recevabilité d'une requête arbitrale introduite par le nouveau titulaire de l'investissement à l'encontre d'un Etat étranger un peu plus loin dans notre thèse.

territoire, cet investissement est la propriété d'une société d'un Etat B, mais qu'ultérieurement cette société cède le contrôle sur son investissement à une société d'un Etat C qui elle introduit une réclamation en réparation à l'encontre de l'Etat A pour l'atteinte que celui-ci a porté à l'investissement en question. Dans un tel cas de figure la jurisprudence a considéré en effet que la recevabilité de la requête devrait être conditionnée, non pas à la continuité de la nationalité du requérant (la société de l'Etat C aura eu toujours la même nationalité du moment de la commission du fait illicite par l'Etat A à celui du dépôt de sa requête), mais à la continuité de la nationalité de l'investissement faisant l'objet de la demande.

147. Les tribunaux arbitraux sont en effet unanimes pour considérer qu'un investisseur ne peut agir en protection d'un investissement que s'il était le titulaire de celui-ci au moment où une atteinte avait été portée à cet investissement par un Etat étranger. Concernant en revanche la date jusqu'à laquelle ce même investisseur devait garder le contrôle sur l'investissement lésé, le tribunal arbitral constitué à l'occasion de l'affaire *Loewen c. Etats-Unis*[234] a estimé qu'il devait s'agir non pas de celle du dépôt de la requête arbitrale, mais de celle du dédommagement du titulaire de l'investissement. Le tribunal dans cette affaire a ainsi imposé aux personnes morales une obligation de continuité de la nationalité de leurs demandes encore plus stricte que celle prévue pour les individus. Les circonstances particulières de l'espèce semblent avoir justifié une solution aussi rigoureuse. Dans les faits, la société canadienne *The Loewen Group Inc,* a porté plainte à l'encontre des Etats-Unis en raison d'une décision de justice particulièrement injuste rendue par les juridictions américaines à l'encontre de sa filiale américaine, la société *Loewen Group International, Inc* qui a porté à tout le groupe un grave préjudice financier. Quelques années après l'enregistrement de sa demande la société canadienne est devenue insolvable. En application d'un plan de redressement approuvé à la fois par les tribunaux des Etats-Unis et du Canada, les actifs de la société ont été transférés à la société américaine *Alderwoods*. Ainsi, la société étant devenue titulaire de l'investissement faisant l'objet du différend était dorénavant de nationalité américaine, c'est-à-dire celle de l'Etat défendeur au litige. Cela aurait eu pour conséquence, pour les Etats-Unis, si cet Etat avait été déclaré responsable en l'espèce,

[234] CIRDI, *Loewen Group, Inc. and Raymond L.Loewen c. Etats-Unis d'Amérique*, sentence arbitrale du 26 juin 2003, Aff. n° ARB/98/3.

de devoir indemniser pour la violation de ses obligations internationales l'un de ses propres nationaux.

148. Ce risque, mis en apparence par la décision *Loewen*, a été pris en considération également par les membres de la commission du droit international au moment où ils se sont penchés sur la rédaction de la disposition de leur projet portant sur la protection relative à la continuité de la nationalité des sociétés. Ainsi, le § 2 de l'article 10 de ce dernier prévoit que :

> « Un État n'est plus en droit d'exercer sa protection diplomatique à l'égard d'une société qui acquiert la nationalité de l'État contre lequel la réclamation est faite après la présentation de ladite réclamation ».

Dans les commentaires concernant ce paragraphe la commission a précisé qu'il était « destiné à prendre en considération le type de situation qui s'est présentée dans l'affaire Loewen, dans laquelle une société a cessé d'exister dans l'État où la réclamation avait été présentée (le Canada) et a été réorganisée dans l'État défendeur (les États-Unis). »[235].

149. En ce qui nous concerne, nous sommes d'avis qu'une meilleure solution à ce problème serait celle d'acter que dans une telle situation un tribunal, s'il trouve l'Etat défendeur responsable pour l'atteinte portée à l'investissement litigieux, doit accorder l'indemnisation pour une telle atteinte non pas au repreneur de l'investissement, mais aux anciens propriétaires de celui-ci. Pour reprendre une critique émise par un auteur concernant la solution *Loewen* à laquelle nous adhérons complètement:

> « fixer le [*dies ad quem*] à une date postérieure à l'enregistrement de la requête pourrait aussi encourager les Etats d'accueil à retarder la procédure de toutes les manières possibles en espérant qu'en raison de ses difficultés financières le demandeur deviendra, tôt ou tard, insolvable ou sera victime d'une O.P.A. hostile ou de tout autre changement forcé de nationalité »[236].

150. Un investisseur doit donc posséder sa nationalité de manière continue pour pouvoir agir à l'encontre d'un Etat étranger, et doit être titulaire en outre des droits sur l'investissement qui fait l'objet du différend entre la date de l'atteinte portée à ce dernier

[235] § 5 des commentaires qui suivent le projet d'article 10, reproduits dans *l'Annuaire de la Commission du droit international*, 2006, vol. II.

[236] RUBINS (N.), « Les pays exportateurs de capitaux comme défendeurs dans l'arbitrage relatif à l'investissement : l'affaire *Loewen c. Etats-Unis* », *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement*, sous la direction de Charles LEBEN, Louvain-la-Neuve, Anthémis, 2006, pp. 237-280, spéc., p. 266

par un Etat étranger et au moins jusqu'à la date de l'introduction de sa requête visant la réparation d'une telle atteinte. A côté de cela, la recevabilité de la requête d'un investisseur peut être conditionnée aussi par une autre règle du droit international selon laquelle sa nationalité doit se caractériser par une effectivité suffisante pour être reconnue comme opposable à l'Etat contre lequel l'individu entend adresser sa réclamation. Les cas dans lesquels ce dernier obstacle processuel pourrait réellement aboutir semblent pourtant extrêmement limités en pratique.

PARAGRAPHE 2
LA CONDITION DU CARACTÈRE EFFECTIF DE LA NATIONALITÉ D'UN INDIVIDU ET SON APPLICATION EN CONTENTIEUX ARBITRAL MIXTE EN MATIÈRE D'INVESTISSEMENTS

151. C'est la CIJ, à l'occasion de son célèbre arrêt *Nottebohm* de 1955, qui a conditionné l'opposabilité de la nationalité des personnes physiques dans l'ordre juridique international à l'effectivité de celle-ci. La règle posée par la CIJ n'a pourtant jamais été confirmée par la jurisprudence postérieure, ce qui a eu pour conséquence de mettre en doute l'existence même de celle-ci en droit positif. Les tribunaux arbitraux en matière d'investissements considèrent en général que rien ne les oblige de procéder à un contrôle systématique de l'effectivité de la nationalité d'un investisseur. Avant pourtant de nous intéresser aux motifs évoqués par les arbitres pour justifier leur position (B), il nous semble utile de revenir brièvement dans un premier temps sur le contenu de ce principe tel qu'annoncé par la CIJ en 1955, et de rappeler pourquoi sa portée demeure si incertaine aujourd'hui (A).

A. Le contenu de la règle d'effectivité de la nationalité et sa portée incertaine.

152. La décision ayant consacré ce principe est celle rendue à l'occasion de l'affaire dite *Nottebohm* en 1955, qui a opposé le Liechtenstein au Guatemala[237]. Pour un bref rappel des faits, M. Nottebohm a été victime de diverses mesures prises à son encontre et à l'encontre de ses biens par le gouvernement du Guatemala pendant la deuxième guerre mondiale. Initialement, il avait la nationalité allemande jusqu'à ce qu'il ait été naturalisé

[237] CIJ, *Affaire Nottebohm (deuxième phase)*, (Liechtenstein c. Guatemala), arrêt du 6 avril 1955, *Réc.*, p. 4

au Liechtenstein, le 13 octobre 1939. Aussi bien la loi relative aux conditions d'acquisition de la nationalité de ce dernier Etat que la législation allemande prévoyaient qu'une telle naturalisation aurait pour effet de faire perdre la nationalité d'origine de M. Nottebohm[238]. Au moment du dépôt de la demande en protection diplomatique par le Liechtenstein, M. Nottebohm possédait donc uniquement la nationalité de ce dernier Etat.

153. La CIJ a relevé qu'au moment de la demande de la naturalisation présentée par M. Nottebohm, son seul lien avec le Liechtenstein, où il n'avait ni résidé, ni disposé d'un domicile, était le fait que l'un de ses frères s'y était établi. Après avoir acquis la nationalité de la Principauté, M. Nottebohm n'a montré en outre aucune intention de s'y installer. Il est au contraire revenu vivre au Guatemala où il résidait de manière régulière depuis 34 ans, et où se trouvait le centre de ses intérêts personnels et de ses affaires professionnelles. M. Nottebohm ne s'est établi de manière continue au Liechtenstein qu'après avoir été contraint de quitter le Guatemala, à la suite des poursuites déclenchées à son encontre dans ce dernier pays. Ces éléments ont permis à la Cour de considérer que la nouvelle nationalité de M. Nottebohm manquait « de sincérité qu'on doit attendre d'un acte aussi grave pour qu'il s'impose au respect d'un Etat se trouvant dans la situation du Guatemala. Elle a été octroyée sans égard à l'idée que l'on se fait, dans les rapports internationaux, de la nationalité »[239]. A la fin de sa décision, la Cour a estimé que « cette naturalisation a été recherchée, par lui [M. Nottebohm] pour lui permettre de substituer à sa qualité de sujet d'un Etat belligérant la qualité de sujet d'un Etat neutre, dans le but unique de passer ainsi sous la protection du Liechtenstein et non d'en épouser les traditions, les intérêts, le genre de vie, d'assumer les obligations… »[240]. La Cour a alors estimé que même si l'attribution de la nationalité des personnes physiques relevait en principe de la seule compétence des Etats, l'existence de certains critères communs de ce que les Etats entendaient par le qualificatif « national » s'était également formée au niveau international[241].

---

[238] Pour la loi du Liechtenstein, voir CIJ, *Aff. Nottebohm*, *op.cit.* p. 14; pour la législation allemande: KLAESTAD (H.), *opinion dissidente*, *Rec.*, pp. 29-30

[239] CIJ, *Nottebohm*, *op.cit.*, p. 20

[240] *Ibid.*

[241] Selon la professeure BASTID (S.) une telle recherche montrait que la Cour entendait établir l'existence d'une coutume internationale, v. « L'affaire Nottebohm devant la Cour internationale de Justice », *Rev. Crit. DIP*, 1956, pp. 607-633, spéc. p. 625 ; Selon BROWNLIE (I.), la doctrine du lien effectif pouvait avoir le statut soit d'une règle coutumière, soit d'un principe général de droit, v. « The Relations of Nationality in Public International Law », *British Yearbook of International Law*, vol. 39, 1963, pp. 284-364, spéc. pp. 312-314 ; *contra* WEIS (P.), *Nationality and Statelesness in International*

Conformément à une conception largement partagée, il était possible de définir ce terme comme étant « un lien juridique ayant à sa base un fait social de rattachement, une solidarité effective d'existence, d'intérêts, de sentiments jointe à une réciprocité de droits et de devoirs »[242]. Ainsi, a été consacrée l'exigence selon laquelle la nationalité attribuée à un individu en droit devait être effective pour être reconnue en droit international.

154. L'arrêt *Nottebohm* constitue cependant le seul exemple d'une décision juridictionnelle internationale dans laquelle un tribunal a refusé de tenir compte de la nationalité unique d'un individu faute d'être suffisamment ancrée dans les faits. Tous les autres cas dans lesquels une juridiction internationale a refusé de tenir compte de la nationalité de la demande d'un requérant, que ce soit dans le cadre de la pratique contentieuse qui a précédé ou de celle qui a suivi l'arrêt *Nottebohm*, concernaient un problème de double nationalité[243]. Les tribunaux arbitraux confrontés à une telle question ont de manière assez unanime, mais pas toujours pour les mêmes motifs, refusé de suivre la position adoptée par la CIJ et d'apprécier l'effectivité de la nationalité d'une personne physique en cas de nationalité unique. L'une des positions les plus tranchées dans ce sens-là était celle de la Commission italo-américaine à l'occasion de l'affaire *Flegenheimer*. En analysant la portée de la doctrine de la nationalité effective, les arbitres ont considéré dans un premier temps qu'il ressortait de la pratique juridictionnelle que cette condition ne pouvait pas être invoquée par un Etat pour rejeter une réclamation internationale de la part d'un autre Etat en faveur de l'un de ses nationaux au motif que le même ressortissant avait en outre une nationalité d'un Etat tiers (autre que l'Etat défendeur)[244]. *A fortiori*, la commission a alors considéré qu'il n'était pas non plus envisageable

---

Law, Stevens, Londres, 1956, p. 98. Cet auteur a considéré que la concordance des pratiques des Etats qui ressortaient de leurs législations internes, ne suffisait pas à donner naissance à une règle internationale coutumière ; voir aussi GUGGENHEIM (P.), *opinion dissidente*, *Nottebohm*, *Réc*, p. 55, § 4.

[242] CIJ, *Nottebohm*, *op.cit.*, p. 23.

[243] Voir dans le même sens PINTO (R), « Les problèmes de nationalité devant le juge international », *op.cit.*, pp. 362-366. Concernant la pratique juridictionnelle postérieure à l'affaire de la CIJ, les développements des arbitres dans la sentence *Mergé* rendue par la Commission de conciliation italo-américaine, peu de temps après l'arrêt de la CIJ pourraient être interprétés comme confirmant l'exigence d'effectivité de la nationalité individuelle en vue de son opposabilité au niveau international même en dehors des hypothèses de double nationalité, mais il est difficile de l'affirmer avec certitude car les faits dont le tribunal avait à connaître concernaient là encore une situation de conflit de nationalités, Commission de conciliation Italie – Etats-Unis, *Affaire Mergé*, 10 juin 1955, *RSA*, vol. XIV, pp. 236-248, spéc. pp. 246-247 ; voir commentaire VIGNES (D-H.), « Commission de conciliation italo-américaine, sentence du 10 juin 1955 : affaire Florence Mergé », *AFDI*, 1956, vol. 2, pp. 430-435.

[244] Commission de conciliation Italie – Etats-Unis, *Affaire Flegenheimer*, *op.cit.*, p. 377, § 62. Une référence explicite a été faite par la commission, pour conforter son propos, à la sentence arbitrale *Salem*, *RSA*, vol. II, p. 1188

d'admettre que le principe d'effectivité pouvait s'appliquer lorsque l'individu ne possédait qu'une seule nationalité. En vertu des termes employés par celle-ci :

> « Il n'existe, en effet, aucun critère d'une efficacité éprouvée pour déceler l'effectivité du rattachement à une collectivité politique, et les personnes qui, étant donné les facilités des déplacements dans le monde moderne, ont, par milliers, la nationalité juridiquement certaine d'un Etat, mais vivent dans des Etats étrangers où se trouvent leur domicile, le centre de leur vie familiale et économique, seraient exposées à la méconnaissance, sur le plan international, de la nationalité qu'elles possèdent en vertu des lois de leur Etat national, si cette doctrine était généralisée »[245].

155. Un nombre d'auteurs ont repris ce type d'argumentation et ont souligné que la règle d'effectivité ne devait pas être appliquée en dehors des cas où elle servait à résoudre un conflit de nationalités[246]. Un autre auteur a même suggéré que le recours de la CIJ au principe de l'effectivité comme condition d'opposabilité internationale était *stratégique.* Son idée était de dire qu'en utilisant cette notion à substance floue pour soumettre certaines qualités de droit interne, dont la constitution dépend en général de modes de formation discrétionnairement établis par les Etats, la Cour a cherché d'une part à rassurer ces derniers qui pourraient craindre de se voir imposer des conditions d'opposabilité précises et contraignantes, et a réussi en même temps son pari qui consistait à imposer certaines limites certes de nature très imprécises mais dont le contenu est susceptible d'évoluer et ne dépendra finalement que de son œuvre prétorienne future[247].

---

[245] *Flegenheimer*, *op.cit.*, p. 377, § 62, citation traduite par PINTO (R.), « Les problèmes de nationalité devant le juge international (à propos de l'affaire Flegenheimer) », *AFDI*, vol. 9, n° 1, 1963, pp. 361-375, spéc. p. 368.

[246] Voir KNAPP (B.), « Quelques considérations sur la jurisprudence de la Cour internationale de justice en matière de nationalité », *Annuaire suisse de droit international*, 1960, p. 158. L'auteur a estimé que « il n'est guère possible de partir de ce problème particulier du choix pour établir des règles générales sur la nationalité dans son ensemble ». Dans le même sens, PERRIN (G.), « Les conditions de validité de la nationalité en droit international public », *Recueil d'études de droit international en hommage à Paul Guggenheim*, Paris, Institut universitaire de hautes études, 1968, pp. 853-887, spéc. p. 876 ;

[247] COUVEINHES (F.), *L'effectivité en droit international public*, 2011, thèse de doctorat soutenue à l'Université Paris II « Panthéon-Assas », sous la direction de ALLAND (D.), pp. 254-257 (798 pages). Cela ressort entre autres des précisions de la Cour selon lesquels les éléments pris en considération pour apprécier l'effectivité de la nationalité sont « divers » et que « leur importance varie d'un cas à l'autre » (CIJ, *Nottebohm*, *op.cit.*, *Rec.*, 1955, p. 22.). L'auteur précité a considéré en outre que les vraies raisons pour lesquelles la CIJ a déclaré la requête du Liechtenstein irrecevable n'étaient pas de nature procédurale mais de fond. La Cour ne voulait simplement pas condamner une pratique courante chez les Etats Alliés qui était celle de refuser de reconnaître la nationalité d'un Etat neutre d'un individu qui avait également la nationalité d'un Etat ennemi, *ibid.*, pp. 558-565.

156. L'article 4 du projet d'articles sur la protection diplomatique adopté par la Commission du droit international en 2006 qui concerne la question de la nationalité des personnes physiques ne conditionne pas non plus la validité de celle-ci à une nécessité d'effectivité. Qui plus est, dans ses commentaires la Commission a émis l'avis que lorsque la Cour dans l'affaire *Nottebohm* a refusé de tenir compte de la nationalité liechtensteinoise de la personne protégée, elle ne cherchait pas à :

> « énoncer une règle générale applicable à tous les Etats mais uniquement une règle relative selon laquelle, vu la situation, le Liechtenstein était tenu de démontrer l'existence d'un lien véritable entre lui-même et M. Nottebohm s'il voulait pouvoir prendre fait et cause pour ce dernier contre le Guatemala, pays avec lequel l'intéressé avait des liens extrêmement étroits. »[248].

157. L'un des éléments clés de la solution de la Cour internationale dans l'affaire précitée serait alors le fait que le lieu de résidence effectif de M. Nottebohm se trouvait au Guatemala - l'Etat contre lequel l'Etat national de ce même individu a porté une réclamation. La Haute juridiction aurait alors estimé que d'une part les éléments de fait qui rattachaient M. Nottebohm au Guatemala seraient de nature plus effectifs que ceux le rattachant au Liechtenstein, et que d'autre part les éléments de faits rattachant M. Nottebohm au Liechtenstein étaient quasi-inexistants.

158. A titre de comparaison, et comme nous le verrons dans le chapitre qui suit, il est aujourd'hui bien admis en droit international qu'en cas d'une demande juridictionnelle introduite par un Etat ou directement par son ressortissant à l'encontre d'un autre Etat, dont la personne privée a également la nationalité, les juridictions ne doivent tenir compte que de la nationalité qui est la plus effective. Le champ d'application de la règle d'effectivité de la nationalité serait-elle alors limité uniquement à des situations dans lesquelles un individu aurait la nationalité d'un Etat, mais partagerait des liens plus forts avec un autre Etat sur le territoire duquel il aurait fixé en outre son lieu de résidence?

159. Ce n'est pas en tout cas la voie choisie par la Commission du droit international. Elle a tout simplement exclu la possibilité de conditionner l'opposabilité de la nationalité d'un individu lorsqu'il n'en possède qu'une seule. Pour justifier son choix, elle a réitéré la

[248] Projet d'articles sur la protection diplomatique et commentaires y relatifs, *Annuaire de la Commission de droit international,* 2006, vol. II, p. 33

crainte exprimée par la commission de conciliation italo-américaine dans l'affaire *Flegenheimer* précitée selon laquelle l'application de ce principe dans de tels cas :

> « exclurait des millions de personnes du bénéfice de la protection diplomatique, puisque, dans le monde contemporain, sous l'effet de la mondialisation économique et des migrations, ils sont des millions à avoir quitté l'État de leur nationalité pour s'installer dans des États dont ils n'ont jamais acquis la nationalité »[249].

Compte tenu toutefois du caractère discrétionnaire de la compétence d'un Etat de prendre fait et cause pour l'un de ses nationaux au niveau international, nous avons des fortes doutes qu'un Etat enclencherait effectivement la procédure de protection diplomatique en faveur de l'un de ses ressortissants qui a décidé de rompre pratiquement tout lien de rattachement avec lui en choisissant de fixer le centre personnel et professionnel de sa vie dans un Etat tiers où il a établi également sa résidence. Comme le professeur Charles DE VISSCHER l'avait fait observer, même si les règles nationales d'attribution de nationalité ne font pas appel aux mêmes critères sociologiques, elles « témoignent de la tendance de l'Etat à s'emparer des individus quand il les juge politiquement utilisables » ainsi qu'« à les abandonner sans protection aucune dans le cas contraire »[250]. Cela est sans doute vrai aussi pour les personnes morales que les Etats considèrent comme insuffisamment rattachées à leur économie nationale.

160. En ce qui nous concerne, nous rejoignons le point de vue exprimé par les auteurs qui ont considéré que la condition d'effectivité pour l'opposabilité de la nationalité d'un individu, qu'elle soit sa seule nationalité ou pas, consacrée par la Cour internationale de justice dans son arrêt *Nottebohm*, s'inscrivait pleinement dans la continuité d'une évolution plus générale du droit international consistant à tenir compte de la notion d'effectivité en tant que principe directeur d'interprétation des règles et de reconnaissance des situations juridiques qui en résultaient[251]. Ainsi, le professeur Paul

---

[249] *Ibid.*, p. 34.

[250] VISSCHER (Ch. De), *Théories et réalités en droit international public*, Paris, Pedone, 1953, p. 221

[251] Voir dans ce sens BASTID (S.), « L'affaire *Nottebohm*… » *op.cit.*, pp. 607-608 ; REUTER (P.), *Le développement de l'ordre juridique international*, Paris, Economica, 1995, 643 pages, p. 514 ; Ces auteurs ont considéré que l'ampleur des principes consacrés par la Haute juridiction dépassait le seul domaine des questions de nationalité. Ils ont notamment mis en parallèle le raisonnement de la Cour dans l'affaire *Nottebohm* avec celui de l'arrêt *Pêcheries norvégiennes* du 18 déc. 1951 concernant la question de l'étendue de la mer territoriale. Pour rappel, dans cette dernière affaire la CIJ a déclaré que même s'il s'agissait d'un acte unilatéral étatique, puisque c'étaient uniquement les Etats riverains qui avaient la compétence pour en adopter un, la délimitation à laquelle a procédé la Norvège était soumise à certains

DE VISSCHER a considéré que la nécessité d'un rattachement réel d'un individu à son Etat n'était qu'un aspect du principe plus général d'effectivité auquel était soumis le système des règles du droit international tout entier, sous peine de ne pas remplir l'une de ses fonctions premières qui est notamment celle de coordonner l'exercice des souverainetés étatiques et d' « harmoniser le jeu des forces politiques en présence »[252] . L'auteur a ajouté qu'il était pour lui indispensable que le droit international tienne compte des réalités des situations sociales, autrement son ordre était exposé à la révolte des faits contre le droit[253].

161. Une autre question se pose en conséquence. Quelles sont les circonstances dans lesquelles on peut considérer que la nationalité d'un individu ne se caractérise pas d'une effectivité suffisante et dans lesquelles elle devrait par conséquent être privée d'effet au niveau international ? Dans son arrêt *Nottebohm* la CIJ a proposé un certain nombre d'éléments susceptibles d'être analysés par les juridictions confrontées à une telle problématique, tout en précisant que sa liste n'avait pas pour vocation d'être exhaustive et que l'importance des différents indices pouvait varier d'une affaire à l'autre[254]. Elle a cité d'une part des critères que nous pouvons considérer comme étant de nature objective ou matériellement identifiables. Il s'agit notamment du lieu du domicile de l'intéressé, du lieu du centre de ses intérêts, aussi bien personnels que professionnels, du lieu de résidence des membres de sa famille etc. La Cour s'est référé d'autre part à un critère de nature plus subjective et donc plus difficilement mesurable qui était celui de l'attachement manifesté par l'individu à son Etat de nationalité et de celui inculqué à ses enfants. Tenter d'évaluer le sentiment d'appartenance individuel vis-à-vis de son Etat d'allégeance juridique peut certes s'avérer une tâche délicate et compliquée, mais nous paraît en effet indispensable si le vrai but de la doctrine de l'effectivité est celui d' « atteindre le réel dans sa totalité »[255]. Comme le Professeur TOUZE l'avait en outre

---

principes internationaux qui permettaient d'en apprécier la validité à l'égard des Etats tiers. Il a été notamment souligné en doctrine que l'un des critères permettant aux juges d'apprécier cette «validité » était justement celui de l'effectivité (pp. 131-133 de l'arrêt).

[252] VISSCHER (P. De), « L'affaire Nottebohm », *RGDIP*, vol. 60, 1956, pp. 238-266, spéc. p. 258

[253] *Ibid.*

[254] CIJ, aff. *Nottebohm*, *op.cit.*, p. 22

[255] VISSCHER (P. De), « L'affaire Nottebohm », *op.cit.*, p. 260 ; Le professeur Jacques MAURY quant à lui avait estimé que « L'incertitude […] est la rançon de toute solution qui veut se tenir proche des faits, des réalités », « Du conflit de nationalités et en particulier du conflit de deux nationalités étrangères devant les autorités et les juridictions françaises » *in Mélanges Georges Scelle*, Paris, L.G.D.J, 1950, t. 1, p. 389

constaté, le lien de nationalité constitue « une combinaison essentielle entre deux dimensions : une dimension étatique et une dimension individuelle »[256].

162. Cette dernière difficulté se dissipe partiellement par le fait que le refus par une juridiction de donner un effet à une nationalité établie conformément au droit interne d'un Etat doit finalement rester de nature très exceptionnelle. En justifiant sa solution retenue dans l'arrêt *Nottebohm*, la CIJ avait insisté sur « l'absence de tout lien de rattachement entre Nottebohm et le Liechtenstein »[257]. Ce n'est alors lorsqu'aucun élément objectif de rattachement ne lie un individu à son Etat national (son domicile ou le centre de ses intérêts professionnels ne s'y trouve pas ou plus) que la question de l'appréciation de l'attachement personnel de l'individu vis-à-vis de ce même Etat se posera. Aux fins de l'évaluation du degré de cet attachement les juges ou les arbitres pourraient s'appuyer sur certains éléments plus concrètement identifiables en se posant notamment la question de savoir par exemple quelle est la fréquence des retours éventuels de l'individu dans son Etat de nationalité, est-ce qu'il s'intéresse et participe à la vie publique de celui-ci en exerçant par exemple ses droits électoraux ; est-ce qu'il dispose de certaines propriétés qu'il a acquises ou héritées et dont il ne veut pas se séparer; prend-il part à d'autres activités sur place etc. Les réponses recueillies à de telles interrogations sont susceptibles de forger une opinion du tribunal quant à la volonté de l'individu de rester connecté à son pays national et cela malgré la distance du centre de sa nouvelle vie, qui le sépare géographiquement, mais peut-être pas mentalement de l'Etat de sa naissance ou de son Etat national par ascendance.

163. Un contrôle semblable d'effectivité du rattachement étatique d'un individu, devrait à notre avis être exercé également lorsqu'une règle internationale confère la capacité à un requérant de se prévaloir de son titre de résident d'un Etat aux fins de bénéficier de certains droits internationaux vis-à-vis d'autres Etats. Dans une telle hypothèse, la preuve *prima facie* du statut de résident de l'individu résultera sans doute d'un certificat l'autorisant à résider dans un Etat donné. Un tel statut ne devrait cependant pas lui être reconnu sur le plan international, s'il s'avère qu'en réalité cet individu ne réside pas effectivement dans cet Etat.

---

[256] TOUZE (S.), « La notion de nationalité en droit international, entre unité juridique et pluralité conceptuelle. Rapport introductif », *Droit international et nationalité*, colloque de la SFDI à Poitiers du 9 au 11 juin 2011, Pedone, Paris, 2012, p. 20.
[257] CIJ, *Nottebohm*, *op.cit.*, p. 26. C'est nous qui soulignons.

164. En conclusion, nous pensons que la règle selon laquelle la nationalité d'une personne physique doit être effective pour pouvoir produire ses effets au niveau international est utile, et même nécessaire dans le sens où elle constitue la contrepartie du pouvoir discrétionnaire que les Etats se reconnaissent en matière d'attribution de cette qualité. Elle devrait pouvoir s'appliquer même en cas d'une nationalité unique d'un requérant. En revanche, elle ne doit pas pouvoir empêcher un individu de se prévaloir de sa nationalité que dans des cas exceptionnels, correspondant d'une part à une situation dans laquelle l'individu ne dispose que des liens de rattachement extrêmement tenus avec son Etat national, et lorsqu'il ressort d'autre part que ce même individu est ressortissant ou résident d'un autre Etat vis-à-vis duquel ses liens de rattachement sont nettement plus étroits.

165. Les tribunaux arbitraux en matière d'investissements ne se sentent généralement pas liés par une quelconque règle leur imposant de contrôler l'effectivité de la nationalité d'un investisseur-requérant. La plupart d'entre eux considèrent en effet que même si l'opposabilité de la nationalité d'un individu est conditionnée ainsi dans le cadre du contentieux de la protection diplomatique, le recours à une telle pratique n'était guère prévue par le conventions en matière de protection des investissements étrangers. En dépit de cette position générale, quelques tribunaux ont toutefois admis que ne pas se poser la question de l'effectivité de la nationalité d'un investisseur dans certains cas de figure comportait le risque d'aboutir à la reconnaissance de certaines situations manifestement déraisonnables.

B. L'extrême réticence des tribunaux arbitraux de contrôler l'effectivité de la nationalité d'un investisseur

166. Nous pouvons distinguer deux cas de figure dans lesquels l'effectivité de la nationalité d'un individu a été mise en cause dans la pratique arbitrale récente. Le premier correspond à l'hypothèse la plus courante, dans laquelle c'est l'Etat défendeur qui conteste la sincérité du rattachement étatique invoqué par l'investisseur en vue de la recevabilité de sa requête (1). Le deuxième correspond à l'inverse à une situation dans laquelle c'est l'investisseur demandeur qui conteste le bien-fondé de la nationalité qui lui a été attribuée par l'Etat défendeur au différend et qui l'empêche d'agir à l'encontre de cet Etat sur la base d'une deuxième nationalité que le requérant possède (2). Ce dernier cas de figure évoque aussi le problème plus spécifique de la double-nationalité,

thème sur lequel nous reviendrons en détails dans le chapitre qui suit, mais que nous envisagerons à présent sous le seul angle des éléments nécessaires pour considérer une nationalité ineffective en soi.

1. Exemples de mise en cause de l'effectivité de la nationalité de l'investisseur par l'Etat défendeur au différend

167. De manière systématique, lorsque la nationalité d'un individu est contestée par un Etat défendeur en contentieux d'investissements, ce dernier a tendance, afin d'étayer son allégation, de mettre en comparaison les liens de faits qui rattachent l'investisseur à son Etat national avec ceux qui le rattachent à un autre Etat. L'objectif d'une telle démarche est bien évidemment celui de mettre en avant les nombreux liens qui rattachent l'investisseur à ce dernier Etat et de les faire contraster par rapport au manque de proximité entre ce même individu et l'Etat dont il invoque la nationalité. La CIJ n'a-t-elle pas elle-même raisonné de la même façon lorsqu'elle a constaté qu'il n'y avait aucun lien de rattachement entre M. *Nottebohm* et le Liechtenstein, en rajoutant que le lieu de résidence et le centre des intérêts professionnels de ce dernier se trouvaient en réalité au Guatemala ?

168. Cette manière de procéder a donné toutefois lieu à une pratique consistant non pas à apprécier le degré d'effectivité de la nationalité litigieuse en soi, mais de mettre en comparaison celle-ci avec un autre lien de rattachement entre l'individu et un Etat tiers, dans le but de faire ressortir la relation d'allégeance *la plus effective* entre les deux. Or, comme nous l'avons déjà expliqué précédemment, nous considérons que pour qu'une nationalité puisse être déclarée ineffective par une juridiction internationale, deux stades préalables sont nécessaires. Premièrement, quasiment aucun lien de rattachement ne doit exister entre l'individu et l'Etat dont cet individu prétend être ressortissant. Et deuxièmement, ce même individu doit dans les faits, être réellement rattaché à un autre Etat.

169. Les faits de deux affaires arbitrales sont particulièrement intéressants à cet égard. Dans le cadre de celles-ci, les demandeurs étaient des nationaux de l'Etat défendeur, avant de perdre ce statut en raison de leur acquisition de la nationalité d'un autre Etat. C'est ensuite sur la base de cette dernière qu'ils ont porté une réclamation juridictionnelle à l'encontre de leurs anciennes patries afin de demander réparation pour les dommages

que les autorités respectives de celles-ci auraient infligé à leurs investissements réalisés sur place.

170. Dans la première affaire, *Siag et Vecchi c. Egypte*[258], les requérants étaient le fils et l'épouse d'un ressortissant égyptien et avaient à ce titre également la nationalité égyptienne. Au moment du décès du père, son fils et son épouse ont repris les affaires de la famille et sont devenus les actionnaires d'une société égyptienne de tourisme qui a acheté un terrain à l'Etat en 1989 afin d'y construire un grand complexe hôtelier. Cependant, en 1996 leur propriété a été nationalisée ce qui a donné lieu au litige entre les parties[259]. Le premier demandeur dans cette affaire, M. Siag, a acquis la nationalité libanaise en 1989 ce qui a eu pour effet la perte de sa nationalité de naissance conformément à la législation égyptienne[260]. Il est ensuite devenu un ressortissant de l'Italie en raison de son mariage avec une femme italienne. La deuxième requérante, Mme Vecchi, était née de parents italiens et avait acquis la nationalité italienne à sa naissance. Elle l'a ensuite perdue, parce qu'elle a choisi de devenir égyptienne à la suite de son mariage avec le père de M. Siag. Finalement, après la mort de son mari, elle a fait une demande pour retrouver sa nationalité initiale auprès des autorités italiennes, et elle lui a été de nouveau accordée en 1993, ce qui a eu pour effet de lui faire perdre la nationalité égyptienne[261]. C'est donc sur la base de leur nationalité italienne que les investisseurs ont introduit leur demande d'indemnisation à l'encontre de l'Egypte devant un tribunal arbitral CIRDI. L'Etat défendeur a contesté la compétence de ce dernier en considérant que malgré la perte de leur nationalité ces deux individus continuaient toujours à être plus étroitement rattachés à la population et à l'économie égyptienne. Comme le tribunal l'a précisé « *This is another way of saying that the Claimants links with Italy are ineffective to establish jurisdiction under the ICSID Convention as a matter of international law* »[262]. Or, comme les arbitres ont rajouté un peu plus loin dans leur analyse, si d'une part l'Etat défendeur a focalisé son argumentaires sur les multiples liens qui rattachaient les demandeurs à l'Egypte, il n'a pas démontré, d'autre part, que leur nationalité italienne manquait de fondement[263].

---

[258] CIRDI, *Waguih Elie George Siag et Clorinda Vecchi c. Egypte*, décision sur la compétence du 11 avril 2007, Aff. n° ARB/05/15.
[259] *Ibid*, § 17.
[260] *Ibid.*, §§ 154 et 172
[261] *Ibid.*, §§ 174-180 et §§ 193-194
[262] *Ibid.*, § 196.
[263] *Ibid.*, § 200.

171. Le tribunal a en outre exprimé des doutes concernant l'application de la règle d'effectivité de la nationalité du requérant dans le contexte du droit conventionnel en matière d'investissements. Il a en effet considéré que le traité bilatéral d'investissements (conclu entre l'Italie et l'Egypte) qui constituait le fondement de sa compétence comportait une définition claire et précise concernant la catégorie d'investisseurs ayant la capacité de le saisir. Il s'agissait notamment des personnes ayant la nationalité de l'un ou de l'autre Etats parties à ce traité, conformément à la législation respective de cet Etat. Aucune autre condition relative à l'effectivité d'une telle nationalité n'était prévue par cet instrument[264].

172. On pourrait toutefois objecter à ce type d'analyse par l'argument que les Etats parties à un tel traité n'ont tout simplement pas besoin de préciser que la nationalité qu'ils attribuent aux individus en vertu de leur droit interne doit remplir la condition d'effectivité pour être opposable sur le plan international. Comme évoqué précédemment, cette dernière condition constitue la contrepartie logique du pouvoir discrétionnaire que les Etats se reconnaissent mutuellement en matière d'attribution de cette qualité. Rien n'indique en outre que les Etats parties à un tel traité ont voulu s'écarter ou prendre le contre-pied de la règle générale du droit international selon laquelle toute législation interne en matière d'attribution de nationalité doit « être admise par les autres États, pourvu qu'elle soit en accord avec les conventions internationales, la coutume internationale et les principes de droit généralement reconnus en matière de nationalité »[265]. Or, l'un de ces principes non écrits, selon nous, est celui que la nationalité d'un individu doit reposer sur certains faits de rattachement réels et effectifs qui lient ce dernier à son Etat national.

173. Dans la deuxième affaire évoquée plus haut, *Micula c. Roumanie*[266], les requérants étaient des frères jumeaux nés en Roumanie et qui avaient initialement la nationalité de ce dernier Etat. Aux alentours de leurs 30 ans, ils ont quitté leur pays natal et sont allés s'installer en Suède. Ayant obtenu dans un premier temps le statut de résidents et un permis de travail, les deux frères ont été un peu plus tard naturalisés. L'une des

---

[264] *Ibid.*, § 198. Voir dans le même sens, CIRDI, *Saba Fakes c. Turquie*, sentence arbitrale du 14 juillet 2010, Aff. n° ARB/07/20, § 65.

[265] Voir l'article 1er de la Convention de La Haye de 1930 concernant certaines questions relatives aux conflits de lois sur la nationalité. Voir aussi l'article 3 2) de la Convention européenne de 1997 sur la nationalité.

[266] CIRDI, *Ioan Micula*, décision sur la compétence et la recevabilité du 24 septembre 2008, Aff. n°ARB/05/20.

conditions pour obtenir la nationalité suédoise était cependant celle de renoncer à leur nationalité roumaine, ce qu'ils ont tous les deux fait conformément à la procédure prévue en la matière par leur pays de naissance[267]. A la suite des changements politiques qui ont eu lieu en Roumanie au début des années 90, les deux frères ont décidé d'y retourner et d'y réaliser certains investissements. Ces dernières activités étaient à l'origine d'un différend qui a opposé les Micula aux autorités roumaines.

174. La Roumanie a a soutenu que « *a state with which the injured party (or here, an 'investor') has overwhelmingly stronger links than the state under the nationality of which a claim is being raised is entitled to defeat that claim on the basis of those overwhelming links (and the absence of any material links with the state of nationality)* »[268].

175. Deux types d'observations peuvent être tirées de la manière dont ce moyen de défense a été formulé. Il a été d'une part soutenu qu'un investisseur ne pourra pas s'appuyer sur sa nationalité pour agir à l'encontre d'un autre Etat, avec lequel il entretient des relations plus étroites qu'avec son Etat national, et où sont concentrés une partie importante de ses intérêts professionnels et personnels. Ce type de défense pose la question, forte intéressante, de savoir si le fait pour un individu de résider dans un Etat sans pour autant en avoir la nationalité, est susceptible de l'empêcher de se prévaloir de sa nationalité pour agir à son encontre, au motif que les liens « matériels » qui le rattachent à son Etat d'allégeance seraient devenus de nature moins effective en raison de son choix de s'établir dans l'Etat défendeur au litige. Pour l'instant la jurisprudence refuse d'admettre le bien fondé d'un tel moyen de défense.

176. Relève en revanche de toute autre nature l'argument selon lequel l'individu ne disposerait en effet d'aucun « lien matériel » avec son Etat de nationalité. Sur ce dernier point le tribunal saisi, en se référant à la solution *Siag* précitée, a considéré que : « *There is little support for the proposition that the genuine link test has any role to play in the context of ICSID proceedings* »[269].

[267] *Ibid.*, §§ 90-93
[268] *Ibid.* § 71
[269] *Ibid.*, § 100.

177. Pourtant, le père fondateur de la Convention de Washington ayant institué le CIRDI Aron Broches avait fait observer concernant la condition de nationalité posée par l'article 25 de celle-ci que :

> « *here was a general recognition that in the course of ruling on their competence Commissions and Tribunals might have to decide whether a nationality of convenience, or a nationality acquired involuntarily by an investor could or should be disregarded* »[270].

L'acquisition d'une nationalité pour des motifs de convenance par un investisseur peut être définie comme une nationalité obtenue « dans des conditions exceptionnelles de rapidité et de bienveillance »[271] de la part de l'Etat qui le lui a attribuée, dans le seul but pour l'investisseur d'obtenir ainsi une qualité pour agir devant le CIRDI.

178. Il nous semble alors infondé de considérer que l'application de la règle d'effectivité de la nationalité se limite uniquement au contentieux interétatique de la protection diplomatique. Elle a au contraire une portée générale et sa raison d'être est celle de permettre à tout tribunal intervenant dans l'ordre international de déclarer inopposable dans le cadre de ce dernier, une nationalité qui ne correspond manifestement pas à la réalité d'une situation individuelle.

179. Malgré leurs doutes quant à l'existence d'une règle conditionnant l'opposabilité de la nationalité des requérants sur le plan international, les tribunaux arbitraux constitués à l'occasion des affaires *Siag* et *Micula* précitées ont tout de même pris le soin de préciser que la nationalité ayant servi de fondement des réclamations des demandeurs avait dans tous les cas un caractère suffisamment effectif pour être valablement reconnue[272]. Le tribunal saisi dans l'affaire *Micula* a notamment indiqué que :

> « *Messrs. Micula have assets in Sweden. Mr. Ioan Micula's in-laws are living in Sweden and his two daughters are Swedish nationals. Messrs. Micula intend to retire in Sweden and they pay into pensions funds to that effect. The fact that they presently reside in Romania is not a decisive factor. Indeed, it is clear that they have done so in order to run their business, and as testified by Mr. Viorel Micula they could live in another country if they*

[270] BROCHES (A.), *Selected Essays: World Bank, ICSID, and Other Subjects of Public and Private International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, 1995, pp. 204-205.
[271] CIJ, *Affaire Nottebohm*, 1955, Rec, *op.cit.*, p. 26. Voir dans le même sens SINCLAIR (A.), « ICSID's Nationality Requirement », *in* GRIERSON WEILER (T.J.) (dir), *Investment Treaty Arbitration and International Law*, Huntington (New York), JurisNet, 2008, p. 101.
[272] CIRDI, *Siag et Vecchi c. Egypte, op.cit.*, § 200 ; CIRDI, *Micula c. Roumanie*, *op.cit.*, § 104.

had their business located somewhere else »[273].

De manière plus générale, il ressort de l'étude de la jurisprudence que lorsqu'un individu est naturalisé par un Etat conformément à une procédure régulière en tenant compte de la durée de résidence de l'intéressé sur le territoire de cet Etat, de son intégration sociale et professionnelle, ou de la création de liens conjugaux, il devient très difficile pour un autre Etat de faire remettre en cause les fondements réels d'une telle nationalité[274].

180. Le caractère fictif d'une nationalité pourrait alors être constaté dans deux cas de figure. Le premier est celui, évoqué déjà un peu plus haut, d'une naturalisation effectuée « dans des conditions exceptionnelles de rapidité et de bienveillance ». Or, le manque de fondement du lien juridique de la nationalité d'un individu pourrait aussi résulter d'une situation dans laquelle cette nationalité lui est octroyée de manière automatique à sa naissance[275]. Si par exemple un Etat accorde sa nationalité à un individu, au seul motif qu'il est né, même cela s'est produit de manière accidentelle, sur son territoire, sans pour autant que le même individu est resté pour y vivre ou a fait quoi qu'il en soit d'autre pour rendre effectif son rattachement à l'égard de cet Etat, l'effectivité de sa nationalité pourrait être contestée par d'autres Etats[276]. Pareillement, si un Etat accorde automatiquement sa nationalité aux descendants de deuxième, troisième génération ou

---

[273] *Ibid*.

[274] Il n'y avait notamment rien dans les deux affaires précitées qui serait de nature à nous faire penser que les requérants avaient obtenu leur nationalité de manière qui aurait pu de près ou de loin être comparée à la manière dont M. Nottebohm avait été naturalisé par le Lichtenstein, v. CIJ, *Aff. Nottebohm*, *op.cit.*, p. 26.

[275] Voir dans le même sens, CIJ, Aff. *Nottebohm*, *op.cit.*, p. 23 ; MAURY (J.), « L'arrêt Nottebohm et la condition de nationalité effective », *Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, vol. 23, 1958, pp. 515-534, spéc. p. 528. Selon cet auteur la différence quant à l'application du principe de l'effectivité dans le cadre de ces deux hypothèses d'octroi de nationalité, serait non pas de nature, mais de degré.

[276] Voir *contra* CJCE, *Zhu et Chen*, arrêt de l'assemblée plénière du 19 octobre 2004, Affaire N° C-200/02. Dans cette affaire il a été établi qu'une ressortissante chinoise enceinte s'était rendue en Irlande dans le seul but d'accoucher sur place pour que son enfant puisse acquérir la nationalité de ce dernier pays en vertu de sa législation libérale qui permettait à toute personne née sur l'Ile d'Irlande d'y devenir citoyen. Huit mois après la naissance de la petite fille, sa mère a fait une demande d'un permis de séjour permanent au Royaume-Uni, pour que toutes les deux, conformément à la réglementation européenne qui obligeait les Etats membres de l'UE à accorder le droit de séjour à tous les ressortissants communautaires, puissent s'y établir. Les autorités anglaises ont refusé de donner une suite favorable à une telle demande au motif qu'en organisant son séjour de manière à donner naissance à un enfant sur le territoire d'un Etat membre qui applique des règles d'acquisition de la nationalité fondées exclusivement sur le droit de sol, la ressortissante chinoise a cherché à tirer abusivement un avantage des dispositions du droit communautaire. La CJCE a pourtant considéré que : « il n'appartient pas à un État membre de restreindre les effets de l'attribution de la nationalité d'un autre État membre, en exigeant une condition supplémentaire pour la reconnaissance de cette nationalité en vue de l'exercice des libertés fondamentales prévues par le traité », *ibid.*, § 39.

plus de l'un de ses ressortissants, même si ces descendants sont tous nés à l'étranger et ont rompu ou perdu tout contact avec l'Etat de leurs ascendants.

181. Cette dernière hypothèse a d'ailleurs été citée par un tribunal arbitral en matière d'investissement comme un cas potentiel dans lequel il était envisageable de déclarer la nationalité attribuée à un investisseur pour inopposable.

2. Exemples de mise en cause par l'investisseur de l'effectivité de la nationalité qui lui est accordée par l'Etat défendeur au différend

182. Dans le cadre de l'affaire arbitrale *Champion c. Egypte* de 2003 trois frères de nationalité américaine ont introduit une réclamation à l'encontre de l'Egypte sur la base du traité bilatéral conclu entre ce dernier pays et les Etats-Unis d'Amérique. L'Egypte a contesté la compétence du tribunal, constitué sous les auspices du CIRDI, pour connaître ce différend, au motif que les demandeurs avaient également la nationalité égyptienne par ascendance du côté de leur père qui était né en Egypte. Or, selon les termes de l'article 25(2)(a) de la Convention de Washington, les tribunaux constitués sous les auspices du CIRDI étaient compétents pour connaître des différends opposant un Etat contractant à un ressortissant d'un autre Etat contractant, « à l'exclusion de toute personne qui…possède également la nationalité de l'Etat contractant partie au différend ».

183. Les requérants se sont pour leur part fondés sur l'arrêt *Nottebohm* pour essayer de convaincre les arbitres que la nationalité égyptienne qui leur a été conférée moyennant une application générale et automatique de la législation interne de l'Egypte, ne devait pas pouvoir leur être opposée dans le cadre de cette procédure, faute d'effectivité. Les trois demandeurs étaient en effet tous nés aux Etats-Unis entre 1979 et 1985 d'un père de nationalité égyptienne et d'une mère de nationalité américaine. Ils ont alors soutenu que « *in fact, they neither have today nor ever have had any particular ties or relations with Egypt. Claimants conclude that such an involuntary nationality should not to be taken into account when interpreting the Convention* »[277].

184. Le tribunal a admis que le processus qui consiste à se fier exclusivement au droit interne des Etats afin d'établir si un individu dispose en outre de la nationalité de l'Etat défendeur à un différend, pourra dans certains cas déboucher sur des résultats qui sont

[277] CIRDI, *Champion c. Egypte*, décision sur la compétence du 21 octobre 2003, Aff. N° ARB/02/09, spéc., §3.4.1, p. 16

manifestement déraisonnables ou absurdes. En vertu des termes employés par les arbitres, de telles situations absurdes pourraient résulter « *where a country continues to apply the jus sanguinis over many generations. It might for instance be questionable if the third or fourth foreign born generation, which has no ties whatsoever with the country of its forefathers, could still be considered to have, for the purpose of the Convention, the nationality of this state* »[278].

185. Dans une autre affaire - *Pey Casado c. Chili* - la question s'est posée de savoir si un demandeur pouvait renoncer à sa nationalité de l'Etat défendeur à la procédure, au motif que cet Etat l'avait considéré comme ennemi et l'avait *de facto* privé de tous ses droits découlant de sa qualité de ressortissant de celui-ci. En reprenant pour son compte un avis doctrinal du professeur SCHREUER, le tribunal a considéré que si la validité de la renonciation d'une nationalité était en principe régie par le droit national de l'Etat visé par un tel acte, un tribunal international n'était pas toujours lié par les dispositions du droit interne de ce dernier. Un tribunal devait en particulier s'écarter du contenu de la législation d'un Etat lorsque celui-ci imposait sa nationalité à un investisseur qui résidait à l'étranger et ne voulait manifestement plus être considéré comme national de cet Etat[279].

186. Ces deux illustrations démontrent parfaitement la nécessité de tenir compte de l'effectivité d'une nationalité sur le plan international, sous peine de valider des situations abusives ou tout simplement contraires à l'idée que tout homme raisonnable se fait habituellement de la notion de nationalité et des liens de fait qu'elle implique entre un individu et son Etat.

*

187. De manière plus générale, il découle de tout ce qui précède que lorsqu'un individu-investisseur prétend être ressortissant d'un Etat partie à un traité en déposant un recours arbitral à l'encontre d'un autre Etat, ce dernier pourrait mettre en cause une telle allégation s'il arrive à démontrer l'une ou plusieurs des trois choses suivantes. Que la nationalité accordée à l'individu en vertu du droit interne de son Etat national l'avait été sur la base d'une information erronée et que donc un élément de fait nécessaire pour l'attribution d'une telle nationalité n'a jamais été réalisé. Que l'individu ne disposait de

[278] *Ibid.*, §3.4.1, p. 17
[279] CIRDI, *Victor Pey Casado and President Allende Foundation c. Chili,* sentence arbitrale du 8 mai 2008, §§ 319-322.

la nationalité de sa demande au moment de la commission du fait illicite qui a porté atteinte à l'investissement dont il est titulaire, ou bien que ce n'était pas lui le titulaire de cet investissement à ce moment-là. Ou enfin, que l'individu n'entretient aucun lien de rattachement avec l'Etat dont il prétend être ressortissant.

188. Un problème différent est celui de savoir si lorsqu'un investisseur possède deux ou plusieurs nationalités qui sont toutes fondées sur des liens de rattachement réels, mais dont le degré d'effectivité est différent, les tribunaux arbitraux doivent faire un choix et ne tenir compte que d'une seule de ces nationalités pour le besoin de la recevabilité de la requête de l'individu.

CHAPITRE 2

LES MODALITÉS DE PROTECTION D'UN INVESTISSEUR – PERSONNE PHYSIQUE EN CAS DE PLURINATIONALITÉ

189. C'est la nationalité étrangère d'un individu qui conditionne en règle générale sa capacité de se prévaloir de certains droits conventionnels vis-à-vis de l'Etat de territorialité de son investissement devant un tribunal arbitral. Qu'en-est il pour autant lorsqu'en outre la nationalité d'un Etat étranger, l'investisseur possède également la nationalité de l'Etat contre lequel il adresse sa réclamation ? Les réponses à cette dernière question divergent en fonction du contexte normatif. A titre d'exemple l'article 25 la Convention de Washington de 1965 ayant institué le CIRDI limite la compétence des tribunaux arbitraux constitués sous les auspices du Centre aux différends opposant un Etat partie à la convention à un ressortissant d'un autre Etat partie. Ce même article précise ensuite que le terme « ressortissant » doit s'entendre comme :

> « toute personne physique qui possède la nationalité d'un Etat contractant autre que l'Etat partie au différend à la date à laquelle les parties ont consenti à soumettre le différend à la conciliation ou à l'arbitrage ainsi qu'à la date à laquelle la requête a été enregistrée…à l'exclusion de toute personne qui, à l'une ou à l'autre de ces dates, possède également la nationalité de l'Etat contractant partie au différend ».

190. L'arbitrage CIRDI n'est toutefois pas le seul système international de règlement des différends auquel un investisseur privé pourrait recourir pour essayer de résoudre un différend qui l'oppose à l'un de ses Etats nationaux. Les traités en matière de protection des investissements se réfèrent aussi à d'autres mécanismes arbitraux en permettant à l'investisseur étranger de choisir son for, et d'opter, par exemple, pour la saisie d'un tribunal sous les auspices de la CCI de Paris ou la Chambre de commerce de Stockholm, ou bien encore pour la constitution d'un tribunal arbitral *ad hoc* conformément au règlement d'arbitrage CNUDCI. Les règlements d'arbitrage de ces différents institutions ont un champ d'application plus large, dans la mesure où ils visent la résolution des litiges de toute sorte n'ayant pas forcément un rapport avec un investissement[280], qui peuvent opposer aussi bien des personnes privées entre elles que

[280] Le Règlement d'arbitrage de la CCI de Paris de 2012 et de la Chambre de commerce de Stockholm ne comportent aucune limitation concernant les domaines d'interventions des tribunaux constitués sous leurs

des personnes privées à des entités publiques. Aucune exigence concernant la nationalité du demandeur n'est requise par ces instruments. Dans un tel cas, la qualité pour agir de l'investisseur sera conditionnée à la fois par le traité de protection des investissements contenant la clause de règlement des différends sur laquelle il appuie sa demande, et par les règles supplétives du droit général du contentieux international. Ces traités sont souvent silencieux concernant la question de savoir si un investisseur qui a à la fois la nationalité d'un Etat contractant et celle d'un autre Etat contractant aura la capacité d'agir à l'encontre de ce dernier. Logiquement, les tribunaux saisis devraient alors se référer à la règle générale de droit international régissant ce type de conflits de nationalités. Le contenu de celle-ci a fluctué pendant un certain temps. Initialement, la doctrine et une partie de la jurisprudence considéraient en effet qu'un individu ayant la nationalité de deux ou plusieurs Etats ne pouvait pas se prévaloir de l'une d'entre elles afin de chercher d'engager la responsabilité internationale d'un autre de ses Etats d'allégeance. Progressivement, cette première position a cédé la place à celle selon laquelle un individu pouvait se prévaloir de l'une de ses nationalités pour engager la responsabilité internationale d'un autre Etat dont il avait également la nationalité à condition que la nationalité de sa demande était plus effective que celle qui le liait à l'Etat contre lequel sa réclamation avait été adressée.

191. Cette règle dite de la nationalité la plus effective ou encore de la nationalité dominante ou prépondérante[281] a été consacrée également en jurisprudence arbitrale relative aux investissements étrangers, sauf dans les cas, comme celui prévu par la Convention de Washington, d'une disposition excluant expressément l'application de ce principe (**Section 1)**. Il découle de l'étude de l'ensemble de la pratique arbitrale en la matière que le critère clé qui permet à un tribunal de considérer que l'une des nationalités d'un individu est, dans les faits, prépondérante par rapport à une autre nationalité est celui du

---

auspices. L'ancien règlement d'arbitrage de la CCI de Paris de 1998 précisait que la Cour avait pour mission de régler des différends « *intervenant dans le domaine des affaires* ». Le règlement d'arbitrage CNUDCI de 2010, prévoit dans son article 1er qu'il concerne des « *litiges au sujet d'un rapport d'un droit déterminé, contractuel ou non contractuel* ».

[281] L'utilisation de ce dernier terme a été préférée par la Commission du droit international dans le cadre de son dernier projet portant sur la protection diplomatique de 2006 au terme « dominant » employé souvent par la doctrine dans le même sens et contexte. Nous sommes d'accord avec la Commission pour considérer que le terme « prépondérant » décrit mieux (que le terme dominant) « l'élément de relativité et indique que l'individu a des liens plus forts avec un Etat qu'avec l'autre », *Annuaire de la Commission du droit international*, 2006, vol. II, p. 47, § 4 des commentaires relatifs à l'article 7 du Projet d'articles sur la protection diplomatique.

lieu de résidence de la personne physique au moment où elle a subi son préjudice (**Section 2**).

SECTION 1

LA RÈGLE DE LA NATIONALITÉ LA PLUS EFFECTIVE ET SON APPLICATION EN CONTENTIEUX ARBITRAL EN MATIÈRE D'INVESTISSEMENTS

192. Après une longue période d'hésitation jurisprudentielle, il semble aujourd'hui bien établi que, sauf disposition contraire prévue par un traité, un Etat n'est plus en mesure d'opposer la nationalité qu'il a accordée à un individu en vue de lui refuser l'application de certains droits d'origine internationale, lorsque ce dernier est également ressortissant d'un autre Etat et lorsque sa deuxième nationalité se caractérise par une plus grande effectivité que la première. L'Etat défendeur dans une procédure ne sera pas, par ailleurs, capable de remettre en cause la nationalité de la demande d'un investisseur, au motif que ce dernier posséderait en outre une deuxième nationalité d'un Etat tiers qui elle serait plus effective que la première sur laquelle l'investisseur a fondé sa réclamation. Autrement dit, la règle de la nationalité la plus effective ne s'applique que dans les cas où c'est la nationalité de l'Etat défendeur qui fait l'objet d'une mise en balance (**Paragraphe 1**). Cette différence de régime se justifie difficilement d'un point de vue strictement juridique et semble confirmer la thèse selon laquelle les rasions de la consécration de la règle de la nationalité la plus effective sont avant tout de nature politique (**Paragraphe 2**).

PARAGRAPHE 1

LA CONSÉCRATION DE LA RÈGLE DE LA NATIONALITÉ LA PLUS EFFECTIVE EN CAS DE CONFLIT DIRECT DE SOUVERAINETÉS

193. Selon de nombreux auteurs, en vertu d'une règle incontestablement établie en droit international général, un individu ne pouvait pas être à l'origine d'une action visant à engager la responsabilité internationale de son Etat national. Par conséquent, lorsqu'une demande était portée par un ressortissant ayant la double nationalité à l'encontre de l'un de ses Etats nationaux, celle-ci ne pouvait pas aboutir[282]. Si ce principe avait été certes

[282] DAILLIER (P.), FORTEAU (M.), PELLET (A.), *Droit international public*, L.G.D.J., Paris, 8ème edition, 2009, 1709 pages, spéc. §495, p. 905; ROUSSEAU (Ch.), *Droit international public*, Paris, Sirey,

appliqué par certaines juridictions avant la deuxième guerre mondiale, il a aujourd'hui cédé sa place à une autre technique visant à trancher ce type de conflits de souverainetés en cherchant à déterminer quelle est la nationalité la plus effective du requérant (A). La règle dite de la nationalité la plus effective de la demande ne s'applique pourtant pas dans des situations lorsqu'aucune des nationalités que possède le requérant n'est celle de l'Etat contre lequel il adresse sa réclamation (B).

A. L'évolution jurisprudentielle ayant abouti à la consécration de la règle de la nationalité la plus effective

194. Tous les instruments et propositions conventionnels élaborés pendant la période entre les deux guerres mondiales, prévoyaient que la responsabilité internationale d'un Etat ne pouvait pas être engagée en raison d'un dommage qu'aurait subi l'un de ses ressortissants, même si ce dernier possédait en outre la nationalité d'un Etat tiers. L'application effective de cette règle dite de non-responsabilité par les juridictions internationale a fait l'objet pourtant de nombreuses controverses (1). Dans tous les cas, elle avait été clairement écartée par la jurisprudence après la deuxième guerre mondiale, au profit de la technique consistant à n'accorder effet qu'à la nationalité prépondérante du requérant. (2).

1. La règle de non-responsabilité

195. Le projet de convention de Harvard relatif à la responsabilité internationale des Etats à raison des dommages causés sur leur territoire à la personne ou aux biens des étrangers de 1929 contenait une disposition dont les termes se lisaient ainsi: « Un Etat n'encourt aucune responsabilité si la personne lésée ou celle pour le compte de qui la réclamation est présentée était ou est un de ses ressortissants »[283]. L'article 4 de la convention de La Haye de 1930 était, quant à lui, encore plus explicite et disposait qu':

> « un Etat ne peut exercer sa protection diplomatique au profit de l'un de ses nationaux à l'encontre d'un Etat dont celui-ci est aussi le national ».

1963, p. 364 ; SANTULLI (C), *Droit du contentieux international*, *op.cit.*, p. 227, § 393 ; VERHOEVEN (J.), *Droit international public*, Larcier, Bruxelles, 2000, 856 pages, spéc. p. 637 ; WEIS (P.), *Nationality and Statelesness in International Law*, Londres, Stevens and Sons, 1956, p. 195 ; BAR-YAACOV (N.), *Dual Nationality*, Londres, Stevens and Sons, 1961, p. 76.

[283] Article 16 a), *AJIL*, vol. 23, Supplément spécial N°22, p. 22.

196. La raison principale pour la consécration d'une telle règle, tenait au fait qu'une action de protection par un Etat en faveur de l'un de ses ressortissants qui était également un national de l'Etat contre lequel celle-ci a été dirigée, pouvait être perçue par ce dernier comme une tentative d'ingérence du premier dans ses affaires intérieures, qui en l'occurrence concerneraient la manière dont il traitait ses propres sujets, et créerait ainsi un vrai risque de frictions entre les deux souverainetés par principe égales[284]. C'est ce qui ressort des motifs présentés par le commissaire Frazer dans le cadre de l'affaire *Alexander* de la Commission anglo-américaine, considérée comme la première décision juridictionnelle ayant consacré le principe de non-responsabilité[285].

197. Ce principe ne semble, pourtant, pas avoir été appliqué systématiquement par la jurisprudence. Des doutes ont été exprimés aussi quant à la valeur coutumière de celui-ci[286]. Il a été notamment souligné que s'il existait bien des précédents qui annonçaient clairement l'existence d'une telle norme[287], d'autres décisions ont, en revanche, tempéré sa portée en ne l'appliquant que lorsqu'il ressortait des faits de l'espèce que la nationalité de l'Etat défendeur était celle qui était la plus effective.

198. La première affaire qui, semble-t-il, a consacré le principe de la nationalité la plus effective en dépit de celui de non responsabilité et de l'égalité parfaite entre deux Etats ayant attribué leur nationalité respective à un individu, est celle dite *Drummond* de 1834. En l'espèce, un réclamant ayant la double nationalité franco-britannique a présenté une demande de réparation devant le Conseil privé britannique à l'encontre de la France, sur le fondement du traité de Paris du 30 mai 1814. Ce dernier conférait un droit à indemnisation au profit des sujets britanniques ayant été dépossédés de leurs biens par le gouvernement français pendant la Révolution. La demande de M. Drummond a été déclarée irrecevable, non pas directement en application du principe de non-responsabilité, mais au motif qu'au moment de la saisie « il était de fait un sujet

[284] Voir dans le même sens BORCHARD (E.), *Diplomatic Protection of Citizens Abroad*, New York, Banks Law Publishing, 1922, p. 581

[285] « *Complications would inevitably result, for no government would recognize the right of onother to interfere thus in behalf of one whom it regarded as a subject of its own* », voir KLEIN (P.), « La protection diplomatique des doubles nationaux : reconsidération des fondements de la règle de non-responsabilité », *op.cit*., p.187 ; L'affaire *Alexander* peut être consultée *in* MOORE (J.B.), *International Arbitrations*, 1898, t. III, p. 2531

[286] KLEIN (P.), « La protection diplomatique des doubles nationaux : reconsidération des fondements de la règle de non-responsabilité », *op.cit.* pp. 186-204 ; DUGARD (J.R.), Premier rapport sur la protection diplomatique, du 7 mars 2000, Cinquante-deuxième session de la CDI (A/CN.4/506), pp. 34-37

[287] Voir à titre d'exemple l'Aff. *Heirs of Jean Maninat* ou encore l'Aff. *Heirs of Massiani*, toutes les deux rendues par la commission franco-vénézuélienne instituée par le Protocole de Paris du 19 février 1902, *RSA*, vol. X, p. 55 et p. 159.

français, était domicilié en France, et avait toutes les caractéristiques et les attributs d'un français »[288].

199. Une autre décision devenue une véritable pomme de discorde entre les partisans de la règle de non-responsabilité et ceux de la nationalité effective, est celle rendue par la CPI en 1912, à l'occasion de la célèbre affaire *Canevaro*. La question se posait de savoir devant les arbitres, si un individu, possédant à la fois la nationalité italienne et péruvienne, pouvait être considéré uniquement comme ressortissant italien pour le besoin du recours intenté en sa faveur par l'Italie à l'encontre du Pérou. Si le tribunal a, d'une part, considéré que « [...] quelle que puisse être en Italie, au pont de vue de la nationalité, la condition de Raphaël Canevaro, le gouvernement du Pérou a le droit de le considérer comme citoyen péruvien et de lui dénier la qualité de réclamant italien », cette conclusion a été précédée par la précision suivante : « [c]onsidérant qu'en fait Raphaël Canevaro s'est, à plusieurs reprises, comporté comme citoyen péruvien »[289] en raison surtout de sa candidature pour le Sénat dans ce pays ainsi que pour devenir consul général du Pérou aux Pays-Bas. Le tribuanl a donc, certes, rejeté la demande au nom de Raphaël Canevaro en raison de sa double nationalité, mais selon certains commentateurs, la véritable raison pour cela a été le fait que sa nationalité péruvienne était jugée comme étant la plus effective[290].

200. De tels motifs juridictionnels peuvent être perçus comme justifiant la solution des tribunaux en fonction de la nationalité prépondérante du requérant. Ils sont présents également dans de nombreuses affaires rendues par les différentes commissions arbitrales instituées à la suite des troubles internes qu'a connus le Venezuela à la fin du XIX et au début du XXème siècle et des dommages subis par des ressortissants des Etats-Unis et des puissances européennes qui leur ont été causés par les éléments factieux de l'armée de ce pays. Ainsi, dans l'affaire de *Brissot et de Hammer*[291] de 1885, la veuve et les enfants d'un ressortissant américain tué par les rebelles vénézuéliens ont demandé réparation au Venezuela pour les dommages qu'ils ont subis. La veuve possédait la nationalité vénézuélienne par naissance et était devenue américaine par l'effet de son mariage. Les enfants avaient également la double

[288] Voir pour un résumé de cette affaire, DUGARD (J.R.), Premier rapport sur la protection diplomatique, *op.cit.*, p. 35
[289] CPI, Aff. *Canevaro*, 3 mai 1912, *RSA*, vol. XI, pp. 397-410
[290] Voir dans ce sens DUGARD (J.R.), Premier rapport sur la protection diplomatique, *op.cit.*, p. 36, § 131
[291] MOORE (J.B.), *International Arbitrations*, t. III, p. 2456

nationalité du fait qu'ils étaient nés d'un père américain et d'une mère vénézuélienne au Venezuela. La commission des réclamations a conclu à l'irrecevabilité de la plainte en soulignant que la veuve et les enfants avaient choisi de rester vivre au Venezuela après la mort du père et n'ont en rien montré qu'ils souhaitaient garder leur nationalité américaine[292].

201. A la lumière de ces différents exemples jurisprudentiels, la constatation de M. KLEIN selon laquelle « s'il suffisait d'appliquer cette règle [de la non-responsabilité] de manière automatique, l'arbitre ne se préoccuperait guère des liens du demandeur avec l'un ou l'autre des Etats en cause et la plainte du double national serait déclarée irrecevable de plano »[293] , peut en difficilement être débattue.

202. Il a été, d'un autre côté, relevé que les avis des Etats lors des débats sur l'élaboration de la Convention de La Haye, concernant les normes en matière de double nationalité étaient plus que variés. Des Etats comme la Bulgarie, le Danemark, la Finlande, la France ou encore la Grande Bretagne ont admis que des exceptions à la règle générale de non-responsabilité étaient envisageables dans certaines circonstances[294]. On pourrait, certes, répliquer que les Etats ont su finalement dépasser leurs divergences et combattre leurs hésitations en donnant leurs approbations par 29 voix contre seulement 5 pour l'acceptation de la version finale de l'article 4 de cet instrument[295]. Une exception à la règle annoncée par l'article 4 a été, pourtant, prévue à l'article 5 de la Convention de La Haye :

> « Dans un Etat tiers, l'individu possédant plusieurs nationalités devra être traité comme s'il n'en avait qu'une. Sans préjudice des règles de droit appliquées dans l'Etat tiers en matière de statut personnel et sous réserve des conventions en vigueur, cet Etat pourra, sur son territoire, reconnaître exclusivement, parmi les nationalités que possède un tel individu, soit la nationalité du pays dans lequel il a sa résidence habituelle et principale, soit la nationalité de celui auquel, d'après les circonstances, il apparaît comme se rattachant le plus en fait ».

---

[292] *Ibid.*, p. pp. 2458-2459. Une autre Commission d'arbitrage entre la Grande Bretagne et le Venezuela a rejeté dans l'affaire *Mathison*, la demande d'un individu possédant simultanément la nationalité de ces deux derniers pays au motif que la loi (de nationalité) de l'Etat du domicile du réclamant (qui était au Venezuela) prévalait sur sa nationalité britannique, *RSA*, vol. IX, p. 489.

[293] KLEIN (P.), « La protection diplomatique des doubles nationaux : reconsidération des fondements de la règle de non-responsabilité », *op.cit.*, p. 192

[294] *Conference for the codification of international law*, Oceana Publ., New York, 1975, pp. 25-28

[295] En vertu de cet article: « un Etat ne peut exercer sa protection diplomatique au profit de l'un de ses nationaux à l'encontre d'un Etat dont celui-ci est aussi le national »

Même s'il ressort clairement de la formulation de cette disposition, qu'elle était destinée à s'appliquer *exclusivement* dans le cadre des ordres juridiques internes des Etats, afin de désigner l'une des nationalités d'un individu en vue de déterminer les règles applicables à son statut personnel, cet article a été fréquemment invoqué et retenu par les juridictions internationales, comme une règle s'opposant à l'application du principe de l'égalité des souverainetés consacré par l'article 4.

203. A titre d'exemple, dans l'affaire *Mergé*[296] de 1955, la Commission de conciliation italo-américaine a considéré qu'en vertu des règles internationales générales établies en matière de double nationalité, qui étaient celles codifiées par la Convention de La Haye de 1930, deux principes coexistaient : « *the first (Article 4) within the system of public international law; the second (Article 5) within the system of private international law*. »[297]. Concernant toutefois la règle établie par l'article 5, la Commission a rajouté : « *This rule, although referring to the domestic jurisdiction of a State, nevertheless constitutes a guiding principle also in the international system* »[298].

204. Ni les différentes tentatives de codification, ni les solutions jurisprudentielles, en raison de l'extrême prudence des tribunaux de consacrer clairement la règle de non recevabilité de la demande dans les cas où elle leur a été adressée par des doubles nationaux (ou en faveur de ceux-ci par l'un de leur Etat de nationalité), et qui au contraire cherchaient très souvent à justifier leurs solutions de rejet en précisant que la nationalité de l'Etat demandeur ne se caractérisait pas d'une effectivité suffisante, n'ont pas abouti à une acceptation unanime quant à l'existence la règle de non-responsabilité. Au contraire, l'application de celle-ci semble être définitivement écartée par la jurisprudence après la fin de la deuxième guerre mondiale, au profit de la consécration du principe de la nationalité prépondérante.

[296] Commission de conciliation Italie-Etats-Unis, Aff. *Mergé* du 10 juin 1955, *RSA*, vol. XIV, pp. 236-248; voir dans le même sens, Commission de conciliation italo-américaine, Aff. *Flegenheimer*, sentence arbitrale du 20 septembre 1958, *RSA*, vol. XIV, pp. 376-377, § 62.
[297] *ibid*., p. 242 ; pour une traduction de ces extraits en français voir, *R.G.D.I.P.*, 1959, p. 132
[298] *ibid*. Voir dans le même sens, Tribunal irano-américain, *Esphahanian c. Bank Tejarat*, décision n° 157 du 29 mars 1983, Chambre deux, *I-USCTR*, 1983-I, vol. 2, pp. 157-170.

2. Le tournant jurisprudentiel d'après-guerre

205. En s'inscrivant dans la continuité des tentatives précédentes de codification d'autres organismes, l'Institut de droit international a réaffirmé en 1965, à l'article 4 a) de la résolution qu'il a adoptée lors de sa session de Varsovie que :

> « Une réclamation internationale présentée par un Etat en raison d'un dommage subi par un individu qui possède en même temps la nationalité de l'Etat requérant et celle de l'Etat requis, peut être rejetée par celui-ci et est irrecevable devant la juridiction saisie »[299].

206. Cette proposition a été vivement critiquée par le professeur Paul DE VISSCHER qui a considéré qu'elle n'était pas l'expression correcte du droit positif et qu'elle était démentie aussi bien par des décisions arbitrales du XIXème et de la première moitié du XXème siècle que par la jurisprudence d'après guerre. Selon ses mots « [c]'est dans la matière de la protection diplomatique des doubles nationaux que la théorie du lien effectif, conçue comme exigence propre du droit international, s'est frayée lentement et progressivement son chemin »[300]. Pour illustrer ses propos, le professeur De VISSCHER a cité l'arrêt *Nottebohm* et la sentence *Mergé*. Bien que dans le cadre du premier, la personne protégée ne possédait qu'une seule nationalité, la CIJ avait en effet fondé sa solution sur des précédents ne concernant que des problèmes juridiques de double nationalité[301]. Dans la deuxième affaire en revanche qui était clairement relative à un problème de double nationalité, les arbitres, tout en s'appuyant sur le raisonnement développé par la CIJ dans l'arrêt précité[302], ont considéré que « *[t]he principle, based on the sovereign equality of States, which excludes diplomatic protection in the case of dual nationality, must yield before the principle of effective nationality whenever such nationality is that of the claiming State.* ». Ils ont pourtant apporté une précision importante : « *[b]ut it must not yield when such predominance is not proved because the*

[299] Résolution du 10 septembre 1965, *Annuaire IDI*, 1965, vol. 51, p. 261 ; Voir dans le même sens : RODE (Z.R), « Dual nationals and the doctrine of dominant nationality », *AJIL*, 1959, p. 139 ;
[300] VISSCHER (P.De), « Cours général de droit international public », *RCADI*, vol. 136, 1972, p. 163
[301] « L'arbitre international a tranché de la même façon de nombreux cas de double nationalité où la question se posait à propos de l'exercice de la protection. Il a fait prévaloir la nationalité effective, celle concordant avec la situation de fait, celle reposant sur un lien de fait supérieur entre l'intéressé et l'un des Etats dont la nationalité était en cause. », Aff. *Nottebohm*, *op.cit.*, p. 22.
[302] Commission de conciliation Etats-Unis-Italie, Aff. *Mergé*, décision n°55 du 10 juin 1955, *RSA*, vol. XIV, pp. 236-248, spéc. p. 246, § 4 ;

first of these two principles is generally recognised and may constitute a criterion of practical application for the elimination of any possible uncertainty »[303].

207. Dans l'affaire *Mergé*, le gouvernement américain a présenté une réclamation au nom de Mme Florence Strunsky, épouse Mergé, qui était née aux Etats-Unis de parents américains mais qui avait conclu un mariage avec un ressortissant italien. Mme Mergé, qui était devenue ainsi une double nationale américano-italienne, avait perdu des différents objets mobiliers qu'elle possédait en Italie pendant la deuxième guerre mondiale et demandait une indemnisation pour ses pertes. Ayant constaté qu'elle avait choisi de ne plus résider aux Etats-Unis à la suite de son mariage, mais de suivre son mari le tribunal a conclu que sa nationalité américaine ne pouvait pas être considérée comme prépondérante et a déclaré sa demande irrecevable. A-t-il cependant implicitement admis que c'était au contraire la nationalité italienne de Mme Mergé qui était plus effective ? Au vu de la considération précitée du tribunal selon laquelle le principe de la nationalité dominante n'a pas vocation à remplacer purement et simplement le principe de l'égalité souveraine des Etats mais de coexister avec lui, il s'en suit que tout conflit de nationalités n'aboutit pas nécessairement à la conclusion que l'une de ces dernières doit prévaloir sur l'autre. Autrement dit, lorsqu'il n'a pas été démontré que la nationalité invoquée par le demandeur était plus effective que sa nationalité de l'Etat défendeur, les deux pourraient aussi être considérées comme effectives à un niveau équivalent. En pratique, il importait peu de savoir si c'était réellement le cas ou si au contraire c'était la nationalité italienne de Mme Mergé qui était prépondérante sur sa nationalité américaine, car dans les deux cas la demande de protection diplomatique des Etats-Unis aurait été déclarée irrecevable.

208. En théorie, cependant, il nous est difficile d'admettre qu'à chaque fois qu'un tribunal constate que la nationalité de la demande d'un requérant n'est pas plus effective que sa nationalité de l'Etat défendeur au différend, cela signifierait que les deux seraient effectives à un degré similaire. Il est en effet plus logique d'admettre, qu'en mettant en comparaison deux nationalités, nous arriverons le plus souvent à la conclusion que c'est soit l'une soit l'autre de ces deux nationalités qui est prépondérante. Autrement dit lorsque la demande de la part d'un double-national est rejetée, elle le sera, la plupart du temps, non pas au motif de l'application de la théorie de l'égalité des souverainetés en

[303] *ibid.*, p. 247, § 5.

matière d'attribution de nationalité, mais bien en vertu de la règle de la nationalité qui s'avère être la plus effective.

209. D'autres institutions arbitrales ont d'ailleurs clairement choisi de se placer exclusivement sur le terrain du principe de la nationalité prépondérante et n'ont pas cherché à concilier l'inconciliable. En vertu de la ligne jurisprudentielle adoptée par le tribunal irano-américain des réclamations institué par l'Accord de l'Alger du 19 janvier 1981[304]: « *the relevant rule of international law which the Tribunal may take into account…is the rule of… the search for "stronger factual ties between the person concerned* <u>*and one of the States*</u> *whose nationality is involved"* »[305].

210. C'est la deuxième chambre du tribunal irano-américain, à l'occasion de l'affaire *Esphahanian*[306], qui a été sollicitée en premier à se prononcer sur la possibilité d'un requérant ayant à la fois la nationalité américaine et iranienne d'agir à l'encontre de l'Iran. Confrontés à une telle demande, les arbitres ont tout d'abord essayé d'en trouver une solution en se référant au texte de la Déclaration d'Alger. L'article II(1) de celle-ci, prévoyait que le tribunal était compétent pour régler des différends opposant d'une part des ressortissants des Etats-Unis à l'Etat iranien et d'autre part des ressortissants de l'Iran à l'Etat américain. L'article VII (1) (a) prévoyait quant à lui que le terme de national de l'Iran ou des Etats-Unis signifiait tout individu qui était ressortissant de l'un

[304] Dans le cadre de la résolution de la crise diplomatique et politique ayant opposé les Etats-Unis à l'Iran à la suite de la révolution iranienne et à la prise d'otages du personnel diplomatique américain à Téhéran, l'Algérie a joué un rôle principal en tant que médiateur dans les négociations entre les deux parties concernées. Les Accords d'Alger du 19 janvier 1981 prennent en effet la forme particulière d'une série d'instruments dans lesquels n'apparaissent pas la signature des Etats-Unis ou celle de l'Iran, mais qui sont des déclarations faites par le Médiateur dans ce conflit, l'Algérie, annonçant les engagements pris par les deux Etats. La seconde déclarations dans le cadre de ces accords est relative au règlement du contentieux entre le gouvernement des Etats-Unis et le gouvernement d'Iran et prévoit la création d'un tribunal arbitral. Ce tribunal avait été mis en place pour résoudre les nombreux différends de nature économique ou commerciale y compris donc des litiges liés à un investissement, ayant opposé d'une part (et surtout) les ressortissants américains à l'Iran, et de l'autre les ressortissants iraniens aux Etats-Unis, survenus à la suite du changement du régime intervenu en Iran. En effet, avant la révolution islamique de 1979 les relations économiques entre les Etats-Unis et l'Iran étaient intenses. De nombreuses sociétés américaines prenaient part activement à des projets prospection ou d'exploitation de ressources naturelles dans le Golfe persique, à des projets forestiers ou encore à des activités de construction des infrastructures routières ou aéroportuaires comme la construction de l'aéroport à Téhéran, DAILLIER (P.), SZUREK (S.), GHERARI (H.), MÜLLER (D.), « Tribunal irano-américain de réclamations », *Annuaire français de droit international*, 1999, pp. 515-553, spec. pp. 517-525.

[305] Tribunal irano-américain, décision n° A/18 du 6 avril 1984, Chambre plénière, *IUSCTR*, 1984-I, vol. 5, p. 265. Les arbitres ont repris un considérant de l'arrêt *Nottebohm* de la CIJ qui en français se lit ainsi : « *celle reposant sur un lien de fait supérieur entre l'intéressé et l'un des Etats dont la nationalité était en cause* », Aff. *Nottebohm*, *op.cit.*, p. 22

[306] Tribunal irano-américain, *Esphahanian c. Bank Tejarat*, décision n° 157 du 29 mars 1983, Chambre deux, *I-USCTR*, 1983-I, vol. 2, pp. 157-170

ou de l'autre de ces Etats[307]. Les termes de ces deux dispositions n'étant pas suffisamment clairs pour permettre la résolution de la question spécifique qui se posait devant eux, les arbitres se sont alors référés à l'article 31.3.c) de la Convention de Vienne sur le droit des traités afin de recourir à toute autre règle pertinente de droit international applicable entre les Parties. L'une de ces normes était les Convention de La Haye de 1930. En examinant tout d'abord l'article 4 de celle-ci, le tribunal a estimé qu'il devait être interprété avec précaution, parce que la règle de non-responsabilité qu'elle énonçait datait de plus de 50 ans et apparaissait désuète à la date à laquelle il a été saisi, en raison notamment de l'évolution importante du droit positif en la matière. Il s'est alors fondé sur l'article 5 de la même convention et a considéré qu'il se trouvait dans la même position que celle d'une juridiction interne saisie par une demande d'un individu ayant la nationalité de deux Etats tiers et qui était dans l'obligation de traiter le demandeur comme ne disposant que d'une seule nationalité. Le tribunal a donc considéré, que pour le besoin du litige pour lequel il était saisi, le requérant devait être considéré comme ne possédant qu'une seule nationalité. S'il s'agissait de celle sur laquelle il appuyait sa demande, les arbitres devaient juger cette dernière recevable, autrement, ils devaient considérer que c'était la nationalité de l'Etat défendeur qui l'emportait et rejeter de se prononcer au motif qu'ils n'étaient pas compétents de régler les différends entre l'un des Etats parties et ses propres ressortissants[308].

211. L'Iran a contesté la solution ainsi adoptée et a demandé à la formation plénière du tribunal de se prononcer sur la manière d'interprétation de l'article VII, paragraphe 1 de la Déclaration d'Alger. Selon l'un des arguments iraniens :

> « *The international law pertaining to the exercise of diplomatic protection clearly prohibits claims by persons who possess the nationality of both the*

[307] Article VII : « *For the purpose of this Agreement : 1. A "national" of Iran or of the United States, as the case may be, means (a) a natural person who is a citizen of Iran or the United States* ». Le texte de la Déclaration peut être consulté sur le site du tribunal irano-américain : http://www.iusct.net/General%20Documents/2-Claims%20Settlement%20Declaration.pdf

[308] Nous ne pouvons pas nous empêcher de citer ici la critique émise par le professeur François RIGAUX à propos de ce raisonnement du tribunal selon laquelle : « *sur le seul plan méthodologique, il est étrange de disqualifier l'article 4…, pour ensuite emprunter au même instrument international une disposition – l'article 5 – totalement étrangère au conflit de nationalités de l'ordre juridique international* », Propos tenus lors d'une conférence que l'auteur a tenu à La Haye et qui ont été cités par STERN (B.), « Les questions de nationalité des personnes physiques et de nationalité et de contrôle des personnes morales devant le tribunal des différends irano-américains », *AFDI*, 1984, vol. 30, pp. 425-445, spéc. p. 430 ;

claimant and the respondent States. This prohibition is evidenced by the traditional sources of international law »[309].

Dans sa décision d'interprétation n°A/18 le tribunal a pourtant rejeté l'allégation iranienne et donné raison à sa deuxième chambre ayant rendu la décision contestée[310].

212. Concernant l'arbitrage récent sur la base des traités en matière de protection des investissements, nous avons déjà indiqué un peu plus haut que l'article 25(2) de la Convention de Washington ayant institué le CIRDI s'inscrit en contre-pied par rapport à la jurisprudence d'après-guerre et édicte une règle qui prohibe expressément les requêtes présentées devant les tribunaux constitués sous les auspices du Centre par des bi-nationaux qui auraient la nationalité de l'Etat partie au litige. Il s'en suit donc que la règle de la nationalité la plus effective ne trouve tout simplement pas d'application dans le cadre du contentieux arbitral organisé par le CIRDI[311].

213. En dehors du cadre du CIRDI, nous avons trouvé une seule affaire jugée par un tribunal constitué conformément au règlement d'arbitrage CNUDCI dans laquelle le problème de la double nationalité du requérant s'est posé. Il s'agit de la décision *Serafin Garcia Armas et Karina Garcia c. Venezuela* du 15 décembre 2014[312]. Les demandeurs avaient introduit leur demande sur la base de leur nationalité espagnole à l'encontre de leur autre Etat national - le Venezuela, où ils avaient également établi leur résidence. L'Etat défendeur a contesté la compétence du tribunal en alléguant que la nationalité vénézuélienne des requérants était plus effective que leur nationalité espagnole. Le tribunal a toutefois considéré que le traité bilatéral conclu entre l'Espagne et le Venezuela conférait la compétence à tout ressortissant espagnol d'opposer les droits prévus par ce traité au Venezuela. Selon les arbitres rien dans cette convention ne leur permettait d'exclure de la catégorie des personnes pouvant bénéficier de ces droits, celles qui avaient en outre la nationalité vénézuélienne[313]. Le tribunal s'est donc

[309] Tribunal irano-américain, décision d'interprétation, n°A/18 du 6 avril 1984, *IUSCTR*, 1984-I, vol. 5, pp. 251-266, spéc. p. 256
[310] *ibid*. p. 265
[311] CIRDI, *Champion c. Egypte*, décision sur la compétence du 21 octobre 2003, Aff. N° ARB/02/09 § 3.4.1 ; CIRDI, *Burimi SRL et Eagle Games SH.A c. Albanie*, sentence arbitrale du 29 mai 2013, Aff. n° ARB/11/18, §§ 118-122.
[312] CNUDCI, *Serafin Garcia Armas et Karina Garcia Gruber c. Venezuela*, décision sur la compétence du 15 décembre 2014, Aff. CPA n° 2013-3.
[313] *Ibid.*, §§ 197-206. Les arbitres ont également rejeté l'argument présenté par le Venezuela selon lequel le tribunal devait tenir compte de la prohibition énoncée par l'article 25(2) de la Convention de Washington pour les doubles nationaux de pouvoir agir à l'encontre de l'un de leurs Etats nationaux car le

reconnu compétent, en refusant de procéder à un test d'effectivité afin de déterminer si la nationalité vénézuélienne des requérants n'était pas prépondérante par rapport à leur nationalité espagnole. Cette solution va encore plus loin dans le processus de remise en cause de la règle de non-responsabilité des Etats du fait des dommages causés à l'un de leurs ressortissants. Il suffirait alors pour un investisseur de posséder une deuxième nationalité pour pouvoir bénéficier à coup sûr de la protection d'un traité international conclu entre ses deux Etats de nationalité. Cependant, vu la consécration de plus en plus large aussi bien par le reste de la jurisprudence, que par la doctrine, de la règle de nationalité la plus effective dans de telles hypothèses, nous avons des doutes que cette solution sera suivie par d'autres tribunaux arbitraux confrontés au même problème à l'avenir.

214. La règle de la nationalité la plus effective en tant que moyen de résoudre le conflit des nationalités des investisseurs bi-nationaux a également fait son apparition dans la pratique conventionnelle récente de certains Etats. A titre d'illustration, l'Article premier du traité bilatéral d'investissements conclu entre le Canada et le Côte d'Ivoire en 2012 prévoit que :

> « la personne physique qui possède à la fois le statut de citoyen du Canada et celui de national de la Côte d'Ivoire est réputée être exclusivement un ressortissant de la Partie de sa nationalité dominante et effective ; »[314].

L'application de la règle de la nationalité la plus effective ne s'étend pourtant pas aux cas de figure dans lesquels l'investisseur bi-national n'a pas la nationalité de l'Etat contre lequel il adresse sa réclamation.

B. La non-application de la règle de la nationalité la plus effective lorsque l'individu ne possède pas la nationalité de l'Etat visé par sa réclamation

215. Bien que la règle de la nationalité effective et celle de la nationalité la plus effective remplissent des fonctions différentes, les cas d'application de la première ont été en pratique réduits et assimilés à des situation de mise en balance de deux ou plusieurs nationalités attribuées à un individu. C'est la décision dans l'affaire *Mergé*

---

traité bilatéral entre l'Espagne et le Venezuela avait fait figurer l'arbitrage CIRDI en premier dans la liste des mécanismes arbitraux auxquels les ressortissants de l'autre Etat partie pouvaient recourir.

[314] Traité bilatéral d'investissements signé entre le Canada et le Côte d'Ivoire le 30 novembre 2014 et entré en vigueur le 14 décembre 2015. Voir dans le même sens l'Article 8.1 de l'Accord économique et commercial global du 30 octobre 2016 (AECG, plus connu sous le nom CETA en anglais) ; ou encore Section A, Article 1, « investor of a Party » du modèle du traité bilateral d'investissements des Etats-Unis d'Amérique de 2012.

susmentionnée, qui a consacré la règle de la nationalité la plus effective. Le raisonnement de la Commission de conciliation italo-américaine dans le cadre de cette dernière suivait celui développé par la CIJ dans son arrêt *Nottebohm* selon lequel « [c]onférée par un Etat, elle [la nationalité] ne lui donne titre à l'exercice de la protection vis-à-vis d'un autre Etat que si elle est la traduction en termes juridiques de l'attachement de l'individu considéré à l'Etat qui en a fait son national »[315]. La Commission de conciliation en a alors déduit que « *[f]or even greater reason* »[316], cette théorie devait s'appliquer aux problèmes spécifiques posés par les demandes portées par des doubles nationaux :

> « *in view of the fact that in such case effective nationality does not mean only the existence of a real bond, but means also the prevalence of that nationality over the other, by virtue of facts which exist in the case.* ».

216. La théorie de la nationalité effective, telle que construite par la CIJ dans son arrêt *Nottebohm*, consistait toutefois à dénier le droit d'un Etat de présenter une réclamation internationale en faveur de l'un de ses ressortissants lorsque les liens de rattachement entre l'individu protégé et cet Etat étaient dans les faits quasi-inexistants. Et cela peu importe si cet individu possédait en outre une autre nationalité ou pas. L'affaire *Mergé* a fait reformuler ce principe en une règle visant de mettre en balance les deux nationalités du requérant afin de ne retenir que celle de l'Etat auquel il est le plus rattaché dans les faits, et cela même lorsqu'aucune de ces deux nationalités ne pouvait pas être considérée comme *fictive*.

217. De la même manière, le tribunal irano-américain a également fondé ses solutions en matière de double-nationalité sur le raisonnement de l'arrêt *Nottebohm*. Dans sa décision d'interprétation n°A/18, il a considéré que si l'affaire : « *did non involve a claim against a State of which Nottebohm was a national* »[317] , il ne devait pas moins être guidé par le principe qui ressortait de ce précédent en vertu duquel ne devait être reconnue en droit international que la nationalité réelle et effective d'un individu, c'est-à-dire, dans son cas d'espèce, celle qui correspondait aux « *stronger factual ties between the person concerned and one of the States whose nationality is involved* »[318].

---

[315] Aff. *Mergé*, *op.cit.*, p. 246. Citation d'extrait de l'Aff. *Nottebohm*, *op. cit.*, p. 23
[316] *ibid.*
[317] Tribunal mixte irano-américain, décision d'interprétation n°A/18, *op.cit.*, p. 263
[318] *ibid.*, p. 265

218. La conséquence de ces applications particulières du principe plus général de la nationalité effective était que les tribunaux ont commencé à appliquer ce dernier uniquement dans des hypothèses d'un conflit direct entre deux nationalités du requérant, celle invoquée par lui en appui de sa demande, et celle de l'Etat contre lequel il adresse sa réclamation. Dans tous les autres cas, les tribunaux internationaux se montrent extrêmement réticents à évaluer l'effectivité de la nationalité de la demande d'un individu. Y compris dans les cas ou cet individu dispose plus d'une seule nationalité, mais aucune d'entre elles n'est celle de l'Etat contre lequel il entend agir.

219. A titre d'illustration, en matière d'investissements, dans l'affaire *Fakes c. Turquie*[319] de rendue par un tribunal CIRDI en 2010, le requérant avait introduit sa demande à l'encontre de l'Etat défendeur sur la base du traité bilatéral d'investissement conclu entre la Turquie et les Pays-Bas. La Turquie a contesté la compétence du tribunal en alléguant que l'investisseur possédait en outre une nationalité jordanienne, et que c'était cette dernière qui était sa nationalité effective[320]. Les arbitres ont considéré qu'en ce qui concernait les bi-nationaux qui n'avaient pas la nationalité de l'Etat défendeur au litige, aucun test d'effectivité de la nationalité de leur demande ne devait pas être effectué :

> « *It clearly results from this definition that the Netherlands- Turkey BIT does not require an investor"s nationality to be effective for him or her to bring a claim against the host State on the basis of the BIT* »[321].

Nous ne partageons pas ce point de vue du tribunal. Dans la continuité de ce que nous avons dit précédemment, nous pensons que le test d'effectivité d'une nationalité doit pouvoir s'appliquer en toute hypothèse et pour toute nationalité invoquée par un requérant en appui d'une demande juridictionnelle. C'est pourquoi, nous approuvons plutôt le raisonnement mené par un autre tribunal arbitral CIRDI, constitué à l'occasion de l'affaire *Olguin c. Paraguay* de 2001[322]. Dans celle-ci le requérant avait introduit sa demande sur la base de sa nationalité péruvienne, mais l'Etat défendeur avait contesté son titre pour agir en soutenant qu'il était plus étroitement rattaché à son autre Etat de nationalité, les Etats-Unis d'Amérique, où il avait établi également sa résidence. Ici, le tribunal n'a pas rejeté le moyen de défense soulevé par le Paraguay en estimant que le test d'effectivité n'avait pas lieu à s'appliquer dans un tel cas de figure, mais l'a fait en

[319] CIRDI, *Saba Fakes c. Turquie*, sentence arbitrale du 14 juillet 2010, Aff. n° ARB/07/20.
[320] *Ibid*., § 54.
[321] *Ibid*., §§ 63-64, spéc. § 64.
[322] CIRDI, *Eudoro Armando Olguin c. Paraguay*, sentence arbitrale du 26 juillet 2001, Aff. n° ARB/98/5

considérant qu'aussi bien la nationalité américaine du requérant que sa nationalité péruvienne pouvaient être qualifiées d'effectives :

> « *What is important in this case in order to determine whether the Claimant has access to the arbitral jurisdiction based on the BIT, is only whether he has Peruvian nationality and if that nationality is effective. There is no doubt on this point. There was no dispute regarding the fact that Mr. Olguín has dual nationality, and that both are effective [...] To this Tribunal, the effectiveness of his Peruvian nationality is enough to determine that he cannot be excluded from the provisions for protection under the BIT.* »[323]

220. Mais qu'est-ce que justifie alors que dans une hypothèse où un requérant bi-national possède la nationalité de l'Etat contre lequel il adresse sa réclamation et dans laquelle ses deux nationalités se caractériseraient par une effectivité suffisante, un tribunal choisit de ne retenir que celle qu'il considère finalement comme étant sa nationalité la plus effective ?

PARAGRAPHE 2
LES FONDEMENTS À LA CONSÉCRATION DE LA RÈGLE DE LA NATIONALITÉ LA PLUS EFFECTIVE

221. Les tribunaux ayant eu recours au test de la nationalité la plus effective d'un individu en vue de déterminer s'il pouvait se prévaloir de certains droits internationaux à l'encontre de l'un de ses Etats d'allégeance, ne se sont jamais vraiment attardés sur les raisons de la consécration d'une telle règle. Il a incombé alors à la doctrine d'essayer de trouver les raisons pour la consécration d'un tel procédé. Deux catégories d'explications ont été proposées : la première regroupe les fondements de nature juridique (A), alors que la deuxième se réfère aux explication à caractère politique (B).

[323] *Ibid*., § 61. C'est plutôt cette solution qui s'inscrit, à notre avis, dans la continuité de l'une des décisions jurisprudentielles anciennes ayant consacré le principe selon lequel l'Etat défendeur à une procédure n'est pas en mesure de contester la validité de la nationalité *effective* de la demande d'un individu ou de son Etat national, au seul motif que cette personne physique possède également la nationalité d'un Etat tiers, v. notamment Tribunal arbitral *ad hoc* crée par un accord entre l'Egypte et les Etats-Unis du 20 janvier 1931, Affaire *Salem*, Sentence arbitrale du 8 juin 1932, *RSA*, vol. II, pp. 1161-1237 spéc., p. 1188 ;

A. Les fondements juridiques de la règle de la nationalité la plus effective

222. Le choix fait par les tribunaux internationaux de traiter une personne physique possédant plusieurs nationalités comme si elle n'en avait qu'une seule s'inspire, semble-t-il, d'une pratique propre au droit international privé qui est suivie par les juridictions internes étatiques confrontées à une demande qui leur est adressée par un binational[324]. La démarche d'un juge international qui consiste à écarter l'une des nationalités d'un individu afin de décider quel est le régime juridique qui peut lui être applicable est en effet la même que celle suivie par un juge interne qui, pour savoir s'il est compétent de connaître le différend ou quelles sont les règles juridiques qu'il doit appliquer dans un domaine relatif au statut personnel de l'individu, se voit obligé de ne retenir qu'une des nationalités de celui-ci.

223. C'est la nécessité de résoudre un conflit de lois de droit privé que peut obliger une juridiction interne de trancher une question préalable de conflit de nationalités attribuées par des droits étrangers différents. Lorsqu'un individu qui se présente devant un juge étatique possède plusieurs nationalités, ce dernier n'est pas en mesure de désigner la loi qu'il devrait appliquer à sa situation, parce que souvent un tel choix est tributaire de la nationalité de l'individu. Le juge ne pourra pas déterminer quelle est la bonne nationalité de la personne physique en recourant simplement à la règle de renvoi aux droits étrangers compétents en matière d'attribution de celle-ci, puisqu'il arriverait nécessairement à la conclusion qu'ils confèrent tous la nationalité au même individu en vertu de critères qui peuvent être différents. Il devra alors procéder à un choix et n'opter que pour la nationalité qu'il considérerait comme étant la plus effective, selon des critères qui lui sont propres. C'est notamment la solution retenue par la Cour de cassation française[325]. Dans de nombreux autres droits nationaux, les juridictions suivent également cette méthode qui consiste, en cas de pluralité de nationalités, de choisir d'appliquer la législation de l'Etat auquel l'individu se rattache le plus étroitement[326]. Il est d'ailleurs intéressant de relever qu'il ressort de la pratique des

---

[324] Tribunal irano-américain, *Esphahanian c. Bank Tejarat*, décision n° 157 du 29 mars 1983, *op.cit.* Voir aussi sur cette question et sur celle de l'articulation des articles 4 et 5 de la Convention de La Haye concernant cetaines questions relatives aux conflits de lois sur la nationalité de 1930, *supra*, § 1.

[325] Cour de cassation, Chambre civile 1, arrêt *Martinelli*, du 15 mai 1974, *JDI*, 1975, vol. 102, pp. 298-300, note ALEXANDRE (D.), pp. 300-309 ; dans le même sens MAYER (P.), HEUZE (V.), *Droit international privé,* Paris, Montchrestien, 10ème édition, 2010, 820 pages, p. 650, § 858

[326] Pour des exemples des solutions ainsi retenues par des différents droits nationaux, voir LAGARDE (P.), « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain » (Cours général de droit international privé), *RCADI*, 1986, vol. 196, pp. 9-238, spéc. p. 78 ;

tribunaux nationaux que le critère auquel ils accordent le plus d'importance pour la résolution de ces conflits de nationalités est celui de la résidence[327]. Comme nous le verrons un peu plus bas, c'est également ce même critère qui s'avère la plupart des cas décisif en contentieux international.

224. Pourtant, la raison de la transposition de cette méthode caractéristique du droit international privé, en droit international public, n'a jamais été expliquée par la jurisprudence. Le choix d'une nationalité, comme condition préalable à la désignation du for ou d'une loi compétente en droit interne peut être décrit comme une nécessité. A l'inverse, rien de tel ne s'impose en droit international. La non résolution d'un conflit de nationalités dans le cadre de ce dernier système aboutira à la non application de certaines règles internationales (au profit du régime national qui s'appliquera pour régir la situation de l'individu) ou à une déclaration d'incompétence par un tribunal international. Or, dans les deux cas une telle situation ne sera pas équivalente à un déni de justice, ce qui se produira si un juge interne refuse de résoudre un différend pour lequel il a été saisi. L'une des explications plausibles pour la consécration d'une telle pratique serait de dire qu'elle s'inscrit dans le cadre d'une évolution générale du droit international qui s'intéresse de plus en plus à la situation de l'individu en lui offrant un accès direct à la justice internationale et en lui garantissant une protection toujours plus étendue vis-à-vis des pouvoirs souverains des Etats, y compris en matière de double nationalité vis-à-vis de l'un de ses Etats nationaux. Il est toutefois possible de répliquer à un tel discours que si c'était réellement la raison principale qui avait conduit les juridictions internationales d'appliquer régulièrement le test de la nationalité prépondérante, il aurait été beaucoup plus simple pour elles d'adopter une position encore plus libérale en se déclarant en principe compétentes de connaître les demandes qui leurs sont adressées par des binationaux à l'encontre de l'un de ses Etats nationaux, à l'exception peut-être des cas dans lesquels la nationalité invoquée par le requérant s'avère être manifestement ineffective[328]. Force est, en outre, de constater que lorsque

[327] LAGARDE (P.), « Nationalité et droit international privé », *Annales de droit de Louvain,* 2003, pp. 205-220, spéc. p. 210. L'auteur a précisé que progressivement c'est la référence à « la résidence habituelle » qui a remplacé celle du « domicile », qui risquait souvent de s'avérer fictif. C'est d'ailleurs le seul critère expressément cité par l'article 5 de la convention de La Haye de 1930 : « […] cet Etat pourra, sur son territoire, reconnaître exclusivement, parmi les nationalités que possède un tel individu, soit la nationalité du pays dans lequel il a sa résidence habituelle et principale, soit la nationalité de celui auquel, d'après les circonstances, il apparaît comme se rattachant le plus en fait ».

[328] Ce qui est différent d'un cas de figure dans lequel la nationalité invoquée par un requérant en appui de sa demande s'avère être moins effective de celle de l'Etat contre lequel il adresse sa réclamation. Moins effective ne signifie par ineffective en soi.

les Etats s'engagent dans une voie de protection des droits de l'Homme en ouvrant la possibilité pour leurs ressortissants de leur opposer des droits internationaux devant une juridiction supraétatique, la condition de la nationalité ne constitue plus un obstacle à la saisie de celle-ci[329]. Si cette dernière évolution du droit international peut s'expliquer par le consensus de plus en plus large entre les nations quant à la portée universelle de ce type de droits liés à la personne et à la dignité humaine, rien de tel ne justifie de limiter les prérogatives d'un Etat de régir les activités économiques de ses ressortissants sur son territoire, juste parce qu'ils possèdent en outre une nationalité d'un Etat tiers. Nous sommes même d'avis que lorsqu'un bi-national possède des intérêts économiques ou réalise une opération d'investissement dans l'un de ses Etats de nationalité, cela constitue un fort indice de l'effectivité (voire même de la prépondérance) de son rattachement vis-à-vis de cet Etat.

225. Ni les caractéristiques propres du droit international général, ni l'évolution de ses objectifs ne justifient vraiment l'application systématique de la règle de nationalité la plus effective. Les origines de cette règle ne peuvent alors s'expliquer que par la volonté de certains Etats puissants de garantir une protection complète de tous leurs ressortissants vis-à-vis de certains Etats étrangers, y compris de ceux qui possédaient la nationalité de ces derniers.

B. Les raisons politiques de la règle de la nationalité prépondérante

226. Comme Florian COUVEINHES a pu le constater, toutes les décisions adoptées au cours du XXème siècle qui ont conclu à la recevabilité d'une requête dirigée par un individu ou par l'un de ses Etat nationaux à l'encontre de son autre Etat de nationalité, au motif qu'il était plus étroitement rattaché à son premier Etat, prenaient en compte la nationalité d'un Etat puissant en dépit de celle d'un Etat se trouvant dans une position de dépendance politique et/ou économique vis-à-vis du premier. Il était par conséquent difficile pour cet auteur :

[329] Voir à titre d'exemple pour une telle possibilit l'article 34 de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales qui prévoit que : « La Cour peut être saisie d'une requête par toute personne physique […] qui se prétend victime d'une violation par l'une des Hautes Parties contractantes des droits reconnus dans la Convention ou ses protocoles […] »

« de ne pas voir un rapport entre l'inégalité de fait des parties à l'instance et l'application d'une règle contraire au principe formel de l'égale souveraineté des Etats, au détriment de la partie faible »[330].

227. Cette règle de la nationalité prépondérante avait été systématiquement appliquée par les juridictions créées à la fin de la première et de la deuxième guerres mondiales pour régler certains différends entre les pays vainqueurs et les pays vaincus de celles-ci.

228. C'était notamment le cas pour le tribunal mixte institué par l'article 304 du traité de Versailles du 28 juin 1919 dont la fonction était de connaître les demandes d'indemnités pour les préjudices causés aux ressortissants des pays vainqueurs et à leurs biens par les mesures exceptionnelles de guerre prises par l'Allemagne pendant le conflit armé. La formation franco-allemande de celui-ci a jugé ainsi recevable la demande du Maître Blumenthal, un double national franco-allemand, au motif que « le fait que l'intéressé est citoyen français depuis le 10 octobre 1914 suffit pour le mettre au bénéficie des dispositions du traité de Versailles édictées en faveur des ressortissants des Puissances alliées et associées »[331]. Les arbitres ont à peine cherché à justifier leur choix. Il ressort en effet de leur raisonnement une présomption en vertu de laquelle la nationalité française du requérant devait être considérée comme prépondérante. Les arbitres ont même rajouté qu'ils auraient admis à connaître la plainte du demandeur, même s'il ne disposait que de la nationalité allemande au moment du préjudice et qu'il n'avait été réintégré à un stade ultérieur dans sa nationalité française en vertu des dispositions du traité de paix[332].

229. Sur la base de la jurisprudence de ce type de tribunaux d'indemnisation mis en place après les deux grands conflits armés, certains auteurs ont pu observer que les arbitres de ceux-ci ne cherchaient même pas à déterminer quelle était la nationalité la plus effective du demandeur, mais retenaient de manière quasi-automatique celle de l'Etat vainqueur[333].

230. Comme nous avons déjà eu l'occasion de le préciser, la première juridiction après la fin de la deuxième guerre mondiale qui a appliqué la règle de la nationalité dominante était

---

[330] COUVEINHES (F.), *L'effectivité en droit international public*, thèse de doctorat soutenue à l'Université Paris II le 13 décembre 2011, sous la direction du Professeur Denis ALLAND, 798 pages, spéc. p. 616 et s.
[331] Tribunal arbitral mixte franco-allemand, *Daniel Blumenthal c. Etat allemand*, décision du 24 avril 1923, *Recueil des décisions des tribunaux mixtes*, 1924, vol. 3, pp. 616-621, spéc. pp. 618-619.
[332] *ibid.*, p . 619.
[333] BAR-YAACOV, *Dual Nationality*, Stevens, Londres, 1961, 297 pages, spéc. pp. 214-217 et 233-235

la commission de conciliation italo-américaine. Ses décisions en la matière, et notamment la sentence *Mergé*, sont devenues une référence et un fondement important pour les positions doctrinales et jurisprudentielles ultérieures préconisant la généralisation de ce principe. Cette commission a été créée en vertu de l'article 83 du traité de paix avec l'Italie du 10 février 1947. Il est intéressant de noter qu'à l'occasion de l'affaire *Mergé*, dans laquelle ce tribunal a posé ses principes conducteurs en matière de détermination de la nationalité la plus effective, les Etats-Unis ont expressément invoqué l'argument selon lequel le tribunal ne devait pas tenir compte du principe de l'égalité des Etats, puisque le traité qui lui donnait compétence était un traité de paix, ce qui supposait justement que les Parties de celui-ci ne pouvaient pas être considérée comme égales[334]. La commission, tout en admettant que le traité a été imposé à l'Italie et qu'elle se trouvait dans une position de dépendance vis-à-vis des Etats-Unis, a estimé que ce dernier pays n'a cependant pas saisi l'occasion de se prévaloir de sa position de force pour contraindre l'Italie d'assumer des obligations à l'égard de ses propres ressortissants qui avaient en outre la nationalité américaine[335]. Il n'empêche que la solution finalement retenue par le tribunal, permettant à ces derniers de porter plainte à l'encontre de l'Italie, malgré leur nationalité italienne, va clairement dans le sens des intérêts de l'Etat vainqueur et des ressortissants que cet Etat considérait comme suffisamment intégrés à sa communauté pour agir en leur faveur, et impose sans doute une charge supplémentaire à l'Etat vaincu qui s'est retrouvée devant l'obligation d'indemniser des individus qu'il considérait pour autant comme des italiens.

231. En ce qui concerne, enfin, le tribunal des différends irano-américains qui a, lui aussi, adopté la politique de la nationalité prépondérante, force est de constater qu'il a été créé, là encore, à l'initiative des Etats-Unis et qu'au moment de sa création, l'Iran se trouvait dans une situation politique très délicate en raison notamment de son isolement diplomatique et économique quasi-complet du reste de la communauté internationale. Après l'établissement du tribunal, il a pu, d'ailleurs, être observé un déséquilibre important entre le nombre de requêtes introduites par des ressortissants américains à l'encontre de l'Iran par rapport à celui des requêtes de la part des ressortissants iraniens à l'encontre des Etats-Unis. Comme la Professeure STERN l'a fait observer :

[334] Commission de conciliation Italie - Etats - Unis, Aff. *Mergé*, *op.cit.*, p. 238, II, § 1, c).
[335] *ibid.*, p. 241, § 3

> « Cette constatation a conduit certains à reconnaître que ce qui se passait à la Haye était un « Western process ». Il ne fait pas de doute qu'aussi bien le siège que la composition du Tribunal et les précédents invoqués font de cette procédure arbitrale internationale une procédure largement ancrée dans le monde occidental. »[336].

L'une des cristallisations de l'opposition des juges nommés par les deux Parties était justement leur désaccord quant à l'application de la règle de la nationalité la plus effective. Les juges iraniens joignaient de manière régulière des opinions dissidentes aux décisions consacrant celle-ci et permettant ainsi à des ressortissants irano-américains de présenter leurs demandes d'endommagement devant le tribunal[337].

232. Nous avons déjà vu que ce problème de double nationalité a été réglé autrement par la Convention de Washington de 1965 dont l'article 25 (2) (a) exclut expressément la possibilité pour des investisseurs d'agir à l'encontre de l'un de leurs Etats de nationalité. Il est, pourtant, intéressant de rappeler que la première version préliminaire de cette convention prévoyait exactement l'inverse et permettait à tout investisseur d'agir à l'encontre de son Etat de nationalité devant un tribunal CIRDI lorsqu'il était également ressortissant à un autre Etat partie. Il n'y avait même pas le besoin pour le requérant de démontrer que la nationalité sur laquelle il fondait sa demande était sa nationalité la plus effective. Cette proposition a rencontré une forte opposition de la part de la plupart des Etats ayant participé à l'élaboration de cet instrument et a été finalement retirée et remplacée par la version actuelle de l'article 25[338]. L'acceptation de ce principe passe donc beaucoup plus difficilement dans le cadre des négociations de type multilatéral qui avaient là encore pour objectif d'aboutir à la mise en place d'un régime international protecteur des intérêts des Etats exportateurs de capitaux investis dans des Etats importateurs de ceux-ci. Cette fois-ci la position qui a pris le dessus était celle selon laquelle il était « *unrealistic to expect a State to submit to an international jurisdiction with respect to its own national* »[339].

---

[336] STERN (B.), « Changements de circonstances et clauses d'élection du for devant le Tribunal des différends irano-américains », *A.F.D.I.*, vol. 29, 1983, pp. 313-334, p. 315.

[337] Voir entre autres l'opinion dissidente du juge Dr SHAFEIEI relative à la décision *Esphahanian* du 29 mars 1983, *IUSCTR*, vol. 2, 1983, pp. 217-218 ou encore l'opinion dissidente des juges iraniens relative à la décision du tribunal n°*A/18* du 6 avril 1984, *IUSCTR*, vol. 5, 1985-I, pp. 275-337

[338] *Documents relatifs à l'origine et à l'élaboration de la Convention*, Washington, CIRDI, 1968, vol.III, 867 pages, spéc : pp. 256, 258, 260, 285, 325

[339] SCHREUER (Ch.), MALINTOPPI (L.), REINISCH (A.), SINCLAIR (A.), *The ICSID Convention : A commentary*, UK, Cambridge, 2ème édition, 2009, p. 271, § 665 ; voir dans le même sens, BROCHES

233. A part ce dernier exemple, constituant certes une exception importante de la règle suivie par le reste de la jurisprudence, les tribunaux, nous l'avons vu, ont tendance aujourd'hui à permettre aux bi-nationaux, lorsque la nationalité de leur demande s'avère plus effective, d'agir à l'encontre de l'un de leurs Etats de nationalité. Ce qui nous intéressera à présent sera alors la question de savoir quels sont les critères permettant aux tribunaux de considérer que la nationalité de la demande d'un requérant est réellement plus effective que celle qui lui est attribuée par l'Etat destinataire de sa réclamation.

SECTION 2

LES CRITÈRES D'APPLICATION DE LA RÈGLE DE LA NATIONALITÉ LA PLUS EFFECTIVE

234. Théoriquement plusieurs et différents éléments de rattachement qui lient un individu et ses deux Etats de nationalité sont pris en compte par les tribunaux saisis par une demande de la part d'un bi-national afin de déterminer quelle est son allégeance la plus effective (**Paragraphe 1**). L'étude de la pratique contentieuse et des motifs précédant les solutions des tribunaux en la matière démontre, pourtant, que parmi les différents critères étudiés, il y en a un qui revêt une importance essentielle : celui du lieu de résidence du requérant (**Paragraphe 2**).

PARAGRAPHE 1

L'HÉTÉROGÉNÉITÉ APPARENTE DES CRITÈRES PERMETTANT DE DÉTERMINER LA NATIONALITÉ LA PLUS EFFECTIVE D'UN INDIVIDU

235. Dans son premier rapport sur la protection diplomatique, rédigé dans le cadre des travaux de la CDI portant sur le même thème, le professeur DUGARD a répondu aux critiques pointant le manque de précision du principe de la nationalité la plus effective. Il a estimé que la jurisprudence du tribunal des réclamations irano-américain avait réussi le pari de dissiper les incertitudes en la matière et a contribué de façon importante « à élucider les facteurs à prendre en considération pour déterminer le caractère effectif du lien d'un individu à l'égard de son Etat de nationalité »[340]. Pour appuyer ses propos,

(A.), « The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States », *RCADI*, 1972, vol. 136, p. 357

[340] DUGARD (J.), Premier rapport sur la protection diplomatique, *op.cit.*, p. 41.

l'auteur a dressé une liste des différents éléments qui avaient été pris en compte par les arbitres en en énumérant pas moins d'une vingtaine :

> « la résidence habituelle[341], le temps passé dans chacun des pays de nationalité, la date de la naturalisation[…] ; l'endroit où l'intéressé a fait ses études, ainsi que le programme et la langue des cours ; l'emploi et les intérêts financiers ; l'endroit où vit la famille, les liens familiaux dans chaque pays, la nationalité des autres membres de la famille et l'enregistrement des naissances et des mariages à l'ambassade de l'autre Etat de nationalité ; la participation à la vie sociale et publique ; l'utilisation de la langue, l'imposition, le compte en banque, la sécurité sociale, les visites dans l'autre Etat de nationalité et les autres liens qu'il entretient avec cet Etat ; la possession et l'utilisation d'un passeport de l'autre Etat ; le renoncement à une nationalité ; et le service militaire effectué dans un des Etats »[342].

Il a terminé son analyse en précisant qu'aucun de ces liens de rattachement ne devait pas être considéré comme décisif et que leur poids relatif dépendait des circonstances de chaque espèce.

236. Malgré l'importance indéniable de cette étude exhaustive des critères utilisés par les tribunaux, nous avons du mal à comprendre comment un nombre aussi élevé d'éléments entrant dans la ligne de mire pour les solutions finales des arbitres est susceptible de

---

[341] La notion de « résidence habituelle » correspond à la fois à l'endroit où le requérant réside physiquement mais également à celui où il a l'envie et l'intention de s'établir si les circonstances lui permettent, AGHAHOSSEINI (M.), *Claims of Dual Nationals and the Development of Customary International Law*, Leiden, Pays-Bas, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, p. 171. Voir sur cette distinction entre résidence actuelle et résidence souhaitée traduisant l'attachement du requérant vis-à-vis de son autre Etat de nationalité, *infra*, § 2.

[342] DUGARD (J.), Premier rapport sur la protection diplomatique, *op.cit.*, p. 41. Voir pour une autre synthèse doctrinale retenant *grosso modo* les mêmes critères utilisés par le tribunal irano-américain pour aux fins de déterminer la nationalité la plus effective d'un requérant, BROWER (Ch. N.), BRUESCHKE (J.D.), *The Iran-United States Claims Tribunal*, La Haye, Pays-Bas, Martinus Nijhoff Publishers, 1998, p. 34. Les auteurs ont énuméré les indices suivants : « *1) country of claimant's residence and work ; 2) country of residence of immediate family ; 3) country of location of claimant's college of graduate education ; 4) country of location of bank accounts ; 5) country of children's birth and their education ; 6) country of location of investments ; 7) country of tax payments ; 9) country of voting in elections ; 10) country of armed forces service ; 11) period of time between beginning of residence and application for nationality ; 12) period of time between naturalization and the date the claims arose ; 13) intention to become a citizen and never ti live in country of previous nationality ; 14) extent of integration onto American or Iranian society and participation in public life ; 15) comparative duration of time lived in the United States and Iran ; 16) Marriage to a United States citizen (native or naturalized) ; 17) language spoken at home by claimant, spouse and children, i.e., Persian or English ; 18) religious faith of claimant, spouse and children, i.e., Islam or other ; 19) memberships in social, civic, and professional organizations in each country ; 20) contemporaneous written statements evidencing allegiance to one country or the other ; 21) source of dual nationality, i.e., through deliberate steps to become naturalized or through operation of Iranian law ; and 22) the motivation for returning to the United States, e.g., out of love and allegiance or due to the unstable political and social conditions in Iran in the late 1970s.* »

contribuer à la précision ou à l'objectivisation du processus de détermination de la nationalité prépondérante d'un individu. L'extrême prudence dans la manière de présenter ces indices, en refusant notamment de les classer dans un ordré hiérarchisé en fonction de leur importance, nous semble au contraire susceptible à vouer à l'échec la compréhension des raisons pour lesquelles l'une des nationalités d'un individu est préférée par rapport à l'autre. A chaque fois que les nationalités individuelles faisant l'objet de l'examen se caractérisent par une certaine effectivité, il y aura forcément des éléments de rattachement qui lieraient l'individu à l'un et à l'autre de ses Etats d'allégeance. Comment alors savoir quels sont les liens qui seront considérés comme ayant une signification déterminante par un juge ? Comme le poids d'aucun de ces facteurs n'est pas par définition plus important que celui des autres, nous pouvons même penser qu'ils devraient se neutraliser mutuellement, ce qui amènerait à une constatation qu'aucune des nationalités de l'individu ne peut prévaloir sur l'autre.

237. D'un autre point de vue, si tous les critères de rattachement ont un poids équivalent, les tribunaux seraient en droit de leur accorder une importance plus ou moins significative en fonction des circonstances de chaque espèce. Une telle liberté accordée aux juridictions comporte le risque de faire de ce processus de comparaison un exercice extrêmement subjectif et imprévisible, ce qui alimenterait davantage les affirmations évoquées précédemment selon lesquelles la notion de la nationalité prépondérante aurait avant tout pour objectif de servir les intérêts de certains pays puissants à l'encontre d'autres Etats en situation de dépendance. Conscient de ces dangers, le professeur DUGARD a mis en garde les organes juridictionnels en leur enjoignant de « user de la plus grande prudence lorsqu'ils appliquent le principe de la prépondérance dans des affaires où la force des liens que le binational entretient avec ses deux Etats de nationalité est pratiquement équivalente, car cet exercice comporte un risque sérieux de porter atteinte à l'égalité des deux Etats de nationalité »[343]. Il nous semble cependant paradoxal de préconiser d'une part l'établissement d'une règle qui ouvre la porte aux prétentions visant à démontrer qu'un individu entretient des liens de rattachement plus forts et plus effectifs à l'égard d'un Etat par rapport à un autre, et, d'autre part, de se

[343] *ibid.*, p. 42. Pour remédier à ce risque l'auteur a proposé que les arbitres reprennent la solution adoptée par le tribunal irano-américain dans sa décision n° A/18, dans laquelle il a considéré que lorsque la juridiction établit sa compétence sur le fondement de la nationalité prépondérante du requérant, la deuxième nationalité peut demeurer pertinente pour le fond de l'affaire, particulièrement dans les cas où il ressort des faits d'une espèce que l'individu se prévale aussi de la nationalité de l'Etat défendeur dans d'autres situations pour tirer les avantages de son statut de ressortissant de ce dernier.

soucier ensuite d'un risque susceptible de porter atteinte à l'égalité des souverainetés étatiques.

238. En étudiant de plus près la pratique contentieuse en la matière, nous avons en réalité constaté que l'importance soi-disant équivalente attribuée aux critères énumérés pour déterminer la nationalité la plus effective d'un requérant n'était qu'une apparence. Un seul lien de rattachement joue en pratique un rôle déterminant dans le cadre de cette mise en balance : le lieu de résidence dite habituelle de l'individu à des dates prédéterminées.

PARAGRAPHE 2
L'IMPORTANCE DÉCISIVE DU CRITÈRE DE LA RÉSIDENCE HABITUELLE POUR LA DÉTERMINATION DE LA NATIONALITÉ LA PLUS EFFECTIVE D'UN INDIVIDU

239. La nationalité prépondérante d'un bi-national en vue de la détermination de sa capacité pour agir sur le plan international à l'encontre de l'un de ses Etats de nationalité dépend avant tout du lieu de sa résidence dite habituelle, situé dans l'un ou l'autre de ces derniers (A). En revanche, il ne suffit pas pour un investisseur de résider dans un Etat, lorsqu'il ne possède pas la nationalité de celui-ci, pour se prévaloir de l'allégeance vis-à-vis de ce dernier afin d'agir à l'encontre de son Etat national (B).

A. La reconnaissance de la nationalité de la demande d'un individu systématiquement subordonnée à son lieu de résidence

240. C'est la commission de conciliation italo-américaine, à l'occasion de l'affaire *Mergé* du 10 juin 1955, qui a consacré pour la première fois après la deuxième guerre mondiale, le principe en vertu duquel une requête introduite en faveur d'un individu binational peut être recevable, à condition que l'Etat demandeur démontre que la nationalité qu'il a accordée à l'individu en faveur duquel il agit est plus effective que la nationalité qui lui a été octroyée par l'Etat défendeur. Au moment de la mise en balance des deux liens d'allégeance de Mme Mergé, les arbitres ont considéré que :

> « *habitual residence can be one of the criteria of evaluation, but not the only one. The conduct of the individual in his economic, social, political,*

civic and family life, as well as the closer and more effective bond with one of the two States must also be considered. »[344].

La façon dont cette phrase a été formulée faisait déjà ressortir en premier lieu le critère de la résidence habituelle, même si d'un point de vue sémantique tous les indices énumérés ont été en effet placés sur le même plan. Juste après l'annonce de cet attendu de principe la commission a donné quatre illustrations de situations dans lesquelles la nationalité américaine d'un individu possédant en outre la nationalité italienne pouvait être considérée comme prépondérante. Celles-ci devaient servir de guide pour les tribunaux saisis ultérieurement et confrontés à la nécessité de mesurer le poids respectif des deux liens d'allégeance. Il en ressort que l'accent est toujours posé sur le critère de la résidence habituelle du binational[345].

241. De manière semblable, dans sa décision d'interprétation n° A/18[346], le tribunal irano-américain a estimé que les arbitres devaient « *consider all relevant factors, including habitual residence, center of interests, family ties, participation in public life and other evidence of attachement* [347]». Cette formule a été régulièrement reprise et posée comme règle de base par les tribunaux traitant le même sujet par la suite[348]. Cependant, au moment de l'application concrète de cette règle, c'était toujours le critère de la résidence habituelle qui s'avérait décisif[349].

---

[344] Aff. *Mergé*, *op.cit.*, p. 247, § 6.

[345] Aff. *Mergé*, *op.cit.*, p. 247, § 7. Les quatre principes se lisaient ainsi de suite :
« a) The United States nationality shall be prevalent in cases of children born in the United States of an Italian father and who *have habitually lived there*.
b) The United States nationality shall also be prevalent in cases involving Italians who, after having acquired United States nationality by naturalization and having thus lost Italian nationality, have reacquired their nationality of origin a; a matter of law as a result of having sojourned in Italy for more than two vears, *without the intention of retransferring their residence permanently to Italy*.
c) With respect to cases of dual nationality involving American women married to Italian nationals, the United States nationality shall be prevalent in cases in which *the family has had habitual residence in the United States* and the inierests and the permanent professional life of the head of the family were established in the United States.
d) In case of dissolution of marriage, if the family was established in Italy and *the widow transfers her residence to the United States of America, whether or not the new residence is of an habitual nature must be evaluated, case by case*, bearing in mind also the widow's conduct, especially with regard to the raising of her children, for the purpose of deciding which is the prevalent nationality », *ibdi.* C'est nous qui soulignons.

[346] Décision du 6 avril 1984, *IUSCTR*, vol. 5, 1984-I, pp. 251-266, spéc. p. 265

[347] *ibid*

[348] Voir par exemple Tribunal des réclamations Iran – Etats-Unis, *Rana Nikpour c. Iran,* sentence interlocutoire du 18 février 1993, n° ITL 81-336-1, *IUSCTR*, vol. 29, 1993, pp. 67-75, spéc. p. 73, § 22.

[349] AGHAHOSSEINI (M.), *Claims of Dual Nationals and the Development of Customary International Law*, Leiden, Pays-Bas, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, p. 171 ; DAILLIER (P.), BENLOLO (M.), DUMEE (M.), ROBERT (A.), MÜLLER (D.), « Tribunal irano-américain des réclamations », Chronique n°2, *AFDI*, 2000, pp. 352-353. Voir à titre d'illustration, Tribunal des réclamation irano-américain, *Saghi*

242. Le qualificatif « habituel » signifie que le tribunal prend en compte à la fois le lieu de résidence physique du requérant dans l'un de ses Etats de nationalité, mais aussi son envie et son intention, ou au contraire son refus, de s'établir dans son autre Etat de nationalité. La résidence habituelle ne correspond donc pas forcément à l'endroit ou le requérant se trouve physiquement à une date ou pendant une période déterminée. Elle ne découle pas non plus forcément du seul statut légal de résident accordé à l'individu par l'un de ses Etats de nationalité[350].

243. Il découle logiquement de la règle dite de la continuité de la nationalité qu'un individu doit avoir résidé ou avoir eu l'intention de résider dans l'Etat dont il invoque la nationalité aux fins de sa réclamation entre le moment de la survenance du différend qui l'oppose à son autre Etat de nationalité et la date à laquelle ce même individu a saisi un tribunal international à l'encontre de ce dernier. La période exacte pendant laquelle le lieu de résidence du requérant devra être appréciée dépend toutefois du contexte normatif dans le cadre duquel se situe le différend.

244. Concernant, par exemple, la catégorie de ressortissants pouvant adresser une réclamation à l'encontre de l'Italie devant la commission de conciliation italo-américaine, l'article 78§9 (a), alinéa première du traité de paix conclu entre l'Italie et les Etats vainqueurs de la deuxième guerre mondiale prévoyait que :

> « *United Nations nationals" means individuals who are nationals of any of the United Nations, or corporations or associations organized under the laws of any of the United Nations, <u>at the coming into force of the present Treaty</u>, provided that the said individuals, corporations or associations <u>also had this status on September 3, 1943, the date of the Armistice with Italy</u>.* »[351]

Sur la base de cette dernière disposition, la Commission de conciliation créée par le traité de paix a considéré que pouvaient agir à l'encontre de l'Italie, des ressortissants

---

c. Iran, sentence interlocutoire du 12 janvier 1987, n° ITL 66-298-2, *IUSCTR*, vol. 14, 1987-1, pp.7-8, § 16 ; *Benedix c. Iran*, sentence partielle du 22 février 1989, n° 412-256-2, *IUSCTR*, vol. 21, 1989-1, p. 23, § 14.

[350] Voir dans le même sens, BEDERMAN (D.J.), « Eligible Claimants Before the Iran-United States Claims Tribunal », *in LILLICH (R.B.) et MAGRAW (D.B) (dir) The Iran-United States Claims Tribunal : Its Contribution to the Law of State Responsibility*, Irvington-on-Hudson, Etat de New York, Transnational Publishers, pp. 72-73.

[351] L'alinéa deux ajoutait que devaient être considérés comme des nationaux de l'un des Etats vainqueurs toute personne physique ou morale qui avaient été assimilées à un ennemi de guerre par les autorités italiennes pendant les hostilités.

italiens qui disposaient également de la nationalité américaine aux dates indiquées par l'article précité, à condition cependant que leur nationalité américaine était considérée comme étant la plus effective. La prépondérance de la nationalité américaine d'un individu était constatée à chaque fois qu'il a été établi que le lieu de son habitation habituelle se trouvait aux Etats-Unis, entre le moment où l'Italie avait causé un dommage à la personne protégée et le moment d'entrée en vigueur du traité de paix.

245. A titre d'illustration, dans l'affaire *Zangrilli*, les Etats-Unis ont pris fait et cause pour un ressortissant qui avait la nationalité italienne de naissance et qui a été ensuite naturalisé aux Etats-Unis à l'âge de 26 ans. Il ressortait des faits de l'espèce, qu'après avoir obtenu sa nouvelle nationalité, M. Zangrilli a résidé aux Etats-Unis pendant 15 ans, ensuite il a retourné en Italie où il est resté entre 1915 et 1929 (pendant 14 ans), avant de s'établir de nouveau aux Etats-Unis pour environ seize ans jusqu'au mois de septembre 1946, date à laquelle il est une deuxième fois rentré en Italie et y a résidé au moins jusqu'à la décision finale du tribunal dans cette affaire. Bien que le double national changeait souvent, et pour des périodes similaires de durée, l'endroit où il habitait, le tribunal a relevé que : « *Throughout the period of the war and at the time the damage occurred he resided in the United States*. »[352] Ce dernier a, par conséquent, considéré que « *The fact that he now resides in Italy is irrelevant for the purposes of the subject case because it involves events which occurred subsequent to those which the Commission is called upon to consider*. »[353] Les arbitres en ont conclu que les Etats-Unis étaient en droit d'estimer que leur nationalité prévalait sur celle de l'Italie et pouvaient donc valablement porter leur réclamation à l'encontre de cette dernière.

246. Dans l'affaire *Ganapini*, les Etats-Unis ont introduit une demande au nom d'une double-nationale qui était de nouveau née en Italie et naturalisée plus tard aux Etats-Unis[354]. A la suite de l'acquisition de sa nationalité américaine, elle est retournée vivre dans son pays de naissance entre 1930 et 1937 et elle a épousé un ressortissant italien. Si son époux et l'enfant qui est né de leur mariage sont restés vivre en Italie, en raison des problèmes de santé qu'avait le père de la famille, Mme Ganapini, elle, est repartie aux Etats-Unis et y a vécu de manière ininterrompue entre 1937 et 1952. Elle y a trouvé

[352] Commission de conciliation Italie-Etats-Unis, Aff. *Zangrilli*, décision n° 149, du 21 décembre 1956, *RSA*, vol. XIV, pp. 294-296 spéc. p. 295.
[353] *ibid.*, p. 296.
[354] Commission de conciliation Italie-Etats-Unis, Aff. *Ganapini*, décision n° 196, du 30 avril 1959, *RSA*, vol. XIV, pp. 400-402

un travail grâce auquel elle subvenait aux besoins de son mari et de sa fille. En 1952 elle a de nouveau rejoint ses proches en Italie. Même s'il ressortait clairement de tous ces éléments que la personne protégée était très fortement attachée à l'Italie où habitait sa famille et où elle a vécu pendant de longues périodes de sa vie, le fait qu'elle résidait aux Etats-Unis pour y travailler pendant la guerre et au moment de l'entrée en vigueur du traité de paix a suffi au tribunal pour considérer que la requête en sa faveur pouvait être examinée malgré sa nationalité italienne[355].

247. C'est également entre des dates biens précises, que le tribunal irano-américain s'intéressait à savoir où se trouvait la résidence d'un requérant binational agissant à l'encontre de l'un de ses Etats de nationalité (le plus souvent à l'encontre de l'Iran)[356]. En vertu de l'article VII§2 de la Déclaration d'Alger relative au règlement du contentieux entre les Etats-Unis et l'Iran, les personnes qui avaient la qualité pour agir étaient toutes celles qui possédaient la nationalité de l'Iran ou celle des Etats-Unis de manière continue entre le moment de la naissance du différend qui l'opposaient à l'un ou l'autre de ces deux Etats et la date d'entrée en vigueur de la Déclaration d'Alger. Sur la base de cette disposition, le tribunal mixte a considéré, dans sa décision d'interprétation n°A/18, qu'il était compétent de connaître les demandes des doubles nationaux, si la nationalité invoquée par le demandeur, était sa nationalité prépondérante entre ces mêmes dates[357].

---

[355] Cette conclusion était intéressante également d'un autre point de vue. En effet, en vertu du principe conducteur établi par la commission dans son affaire *Mergé* auquel les arbitres se sont référés dans la présente affaire, la nationalité américaine d'une femme qui a conclu un contrat de mariage avec un ressortissant italien et acquis par conséquent la nationalité de son mari, doit être considérée comme prépondérante, lorsque le couple décide d'établir sa *résidence habituelle* aux Etats-Unis où doivent se situer également les intérêts aussi bien personnels que professionnels du père de la famille (aff. *Mergé*, p. 247, § 7 (c)). Cette dernière condition qui s'explique par la conception patriarcale du mariage qui prévalait à cette époque, a été interprétée de manière assez souple par le tribunal dans l'affaire *Ganapini* qui a considéré qu'en l'espèce c'était l'épouse qui exerçait les fonctions normalement attribuées à l'époux et que c'était donc le centre des ses activités professionnelles qui devait être pris en compte en vue de la détermination de sa nationalité prépondérante, *op.cit.*, p. 401.

[356] DAILLIER (P.), BENLOLO (M.), DUMEE (M.), ROBERT (A.), MÜLLER (D.), « Tribunal irano-américain des réclamations », Chronique n°2, *AFDI*, 2000, p. 351.

[357] Tribunal des réclamations Iran-Etats-Unis, Décision d'interprétation n°A/18 du 6 avril 1984, *Iran-United-States Claims Tribunal Reports*, vol. 5, 1984-I, pp. 251-266, spéc. p. 265 : « *For the reasons stated above, the Tribunal holds that it has jurisdiction over claims against Iran by dual Iran-United States nationals when the dominant and effective nationality of the claimant* <u>*during the relevant period from the date the claim arose until 19 January 1981*</u> *was that of the United States* », c'est nous qui soulignons. Il est toutefois intéressant d'observer que ces deux institutions arbitrales ne limitaient pas leur examen uniquement à la période ainsi déterminée. Afin d'affirmer que la nationalité américaine du demandeur était prépondérante pendant ce laps de temps, ils scrutaient la conduite de celui-ci depuis sa naissance et cherchaient en général de s'assurer qu'il avait pris sa décision de s'établir aux Etats-Unis bien avant la date de naissance du litige qui l'opposait à l'Italie ou à l'Iran. Comme la troisième chambre

248. Le fait, en revanche, que le demandeur avait obtenu la nationalité sur laquelle il appuyait sa demande, quelques jours seulement avant la naissance du litige qui l'opposait à son autre Etat national, ne constituait pas un facteur qui pouvait lui être préjudiciable, sauf en cas de fraude[358]. A titre d'exemple, dans l'affaire *Hemmat c. Iran*[359], la demanderesse était née en Iran de parents iraniens et la nationalité de ce dernier Etat lui avait été donc automatiquement attribuée. A l'âge de 25 ans elle a immigré aux Etats-Unis, où elle a épousé un autre ressortissant iranien qui un peu plus tard a obtenu la nationalité américaine. Elle s'est établie avec son mari aux Etats-Unis. Vingt-deux ans après son arrivée dans ce dernier pays, en 1980, elle a été également naturalisée. Le point principal de discorde entre les parties au différend était alors celui de savoir si la naturalisation a eu lieu un peu avant ou juste après la naissance du litige qui opposait la requérante à l'Iran.

> « *This extended period of residence in the United States and the fact that she never returned to Iran subsequent to her departure in 1958 strongly suggest that she had made a decision to remain permanently in the United States. The tribunal thus concludes that the Claimant's years of residence in the United States prior to her naturalization so integrated her into American society that her dominant and effective nationality was that of the United States upon her naturalization on 15 February 1980* »[360].

L'importance décisive accordée au critère de la résidence par les tribunaux se confirme également en inversant la logique de notre raisonnement et en observant le poids clairement moindre que les juridictions attribuent à tout autre élément susceptible théoriquement de démontrer l'existence d'un degré de rattachement tout aussi effectif de l'individu à l'égard de son Etat de nationalité de non résidence.

---

du tribunal irano-américain l'a précisé : « *the entire life of the Claimant, from birth, and all the factors which, during this span of time, evidence the reality and the sincerity of the choice of national alligience he claims to have made, are relevant* », Tribunal des réclamations Iran-Etats-Unis, *Reza Said Malek c. Iran*, sentence interlocutoire n°ITL-68-193-3 du 23 juin 1988, *IUSCTR*, vol. 19, 1988-II, pp. 48-55.

[358] Cependant, si le requérant avait failli de démontrer qu'il possédait la nationalité américaine, sa demande fondée sur cette dernière, devait lui être automatiquement rejetée, même si sa résidence habituelle pendant la période requise se trouvait bien aux Etats-Unis, voir Tribunal des réclamations Iran – Etats-Unis, *David Harounian c. Iran*, sentence du 27 novembre 1989, n°450-447-3, *IUSCTR*, vol. 23, 1989-III, pp. 282-284.

[359] Tribunal des réclamations Iran – Etats-Unis, *Nahid (Danielpour) Hemmat c. Iran*, sentence interlocutoire du 16 juin 1989, n°70-170-3, *IUSCTR*, vol. 22, 1989-II, pp. 129-134.

[360] *ibid.*, p. 134, § 19.

249. A titre d'illustration, dans l'affaire *Cestra* qui s'est posée devant la commission de conciliation italo-américaine[361], l'individu, en faveur duquel les Etats-Unis avaient introduit une demande, était un ressortissant italien de naissance, qui avait immigré aux Etats-Unis et obtenu la nationalité américaine par voie de naturalisation. Il avait choisi d'établir sa résidence permanente aux Etats-Unis pendant la deuxième guerre mondiale, mais il retournait très souvent en Italie pour des périodes parfois assez longues[362]. En faisant abstraction de cette dernière constatation, et malgré le fait que toute la famille de M. Cestra habitait en Italie où il possédait également des intérêts dont il s'occupait régulièrement, la Commission a considéré qu'il ressortait des éléments dont elle disposait que M. Cestra n'avait aucunement l'intention de s'établir de nouveau dans son pays d'origine. Les autres liens qui rattachaient l'individu à l'Italie n'étaient donc pas considérés par le tribunal comme plus importants par rapport à son intention de s'établir définitivement aux Etats-Unis.

250. Une autre solution dans le même sens a été retenue par la même juridiction dans l'affaire *Ruspoli-Drutzkoy*[363]. Les faits concernaient cette fois-ci une ressortissante américaine de naissance qui avait épousé un national italien, a obtenu la nationalité de son époux et a vécu avec lui en Italie pendant huit ans. Après le décès de ce dernier, le tribunal a considéré sur la base de différents éléments[364] que la personne protégée avait choisi de nouveau d'établir sa résidence permanente aux Etats-Unis, et que c'était par conséquent sa nationalité américaine qui devait être considérée comme la plus effective. Le fait d'un autre côté que, Mme Ruspoli ne s'est jamais séparée de ses biens immobiliers en Italie (notamment d'un château à Nemi qu'elle a hérité de son époux italien) et revenait régulièrement pour des visites plus ou moins longues à Rome, où elle s'installait dans l'appartement que son mari lui avait laissé, et où elle a même payé la taxe en 1938 pour que son nom soit de nouveau inscrit dans le registre des résidents de cette ville, n'a pas empêché le tribunal d'estimer que « *The repeated signs of preference*

---

[361] Commission de conciliation Italie-Etats-Unis, Aff. *Cestra*, décision n°165 du 28 février 1957, *RSA*, vol. XIV, pp. 307-309 ;

[362] Après avoir été naturalisé aux Etats-Unis, M. Cestra avait dans un premier temps perdu sa nationalité italienne, mais il l'a retrouvée en raison d'un séjour de plus de deux ans en Italie entre 1934 et 1938. Il ressort également du dossier qu'après la deuxième guerre mondiale, la personne protégée s'était de nouveau rendue dans son Etat de naissance et y est restée entre 1947 et 1950 et entre 1954 et la date de la prise de la décision par le tribunal dans cette affaire.

[363] Commission de conciliation Italie-Etats-Unis, Aff. *Ruspoli-Droutzkoy*, décision n°170 du 15 mai 1957, *RSA*, vol. XIV, pp. 314-320

[364] Comme par exemple le fait que la veuve s'était réfugiée aux Etats-Unis pendant les deux guerres mondiales, qu'elle a adopté sa nièce à New York etc,

for the bond with the country of origin, first and after the interlude of her second marriage which lasted eight years… lead the majority of the Commission to conclude that Mrs. Ruspoli's dominant nationality was American. »[365].

251. Il est enfin à rappeler que dans l'affaire de principe *Mergé* précitée, la Commission de conciliation italo-américaine avait affirmé que le principe de l'égalité des souverainetés des Etats devait prévaloir sur celui de la nationalité prépondérante aux fins de la recevabilité d'une requête dans tous les cas où l'Etat demandeur n'était pas en mesure de démontrer que la nationalité de sa demande était réellement plus effective que la nationalité de la personne protégée de l'Etat défendeur du litige. On comprend mieux cette prise de position du tribunal à la lumière des faits particuliers de l'espèce. Il résulte en effet de ces derniers que la personne protégée, Mme Mergé et son époux italien, n'avaient pas établi leur résidence aux Etats-Unis, mais ne s'étaient pas installés non plus en Italie entre la date où les biens de Mme Mergé ont été détruits par les autorités italiennes et celle de l'entrée en vigueur du traité de paix. Mme Mergé avait, pendant ce temps, suivi son mari au Japon où il travaillait à l'ambassade italienne à Tokyo. Ce détail pourrait expliquer le fait que le tribunal a préféré fonder sa solution sur le principe de non-responsabilité que sur celui d'une prépondérance éventuelle de la nationalité italienne de Mme Mergé. La seule hypothèse dans laquelle le principe de non-responsabilité pourrait alors être réellement utile pour fonder le rejet d'une demande de la part d'un binational est celle lorsqu'il s'avère que pendant la période entre les dates critiques pour la comparaison de l'effectivité des deux liens d'allégeance, le demandeur avait établi sa résidence habituelle dans un Etat tiers[366].

252. La préférence accordée par la jurisprudence au critère de la résidence pour la détermination de la nationalité prépondérante d'un double national ressort également du raisonnement mené par les différentes formations du tribunal irano-américain. A titre d'illustration nous pouvons nous référer à l'analyse menée par la troisième chambre

[365] *ibid.*, p. 320

[366] Voir dans le même sens Tribunal des réclamations Iran-Etats-Unis, *Benedix c. Iran,* sentence partielle du 22 février 1989, n°412-256-2, du 22 février 1989, *IUSCTR*, vol. 21, 1989-I, pp. 20-24. En l'espèce, la demande de l'épouse d'un ressortissant américain qui était iranienne de naissance mais qui est devenue américaine par l'effet de son mariage, et qui était dirigée à l'encontre son Etat de naissance a été rejetée par le tribunal car le couple s'était installé dans un premier temps à Téhéran pour une durée de 10 ans, avant d'avoir emménagé à Londres où ils se trouvaient pendant la période des troubles en Iran qui étaient la cause de leur préjudice, et où ils habitaient toujours le jour où le tribunal a rendu sa décision. Au moment de la sentence, ils vivaient donc dans la capitale anglaise depuis environ 11 ans.

dans sa décision *Nourafchan c. Iran*[367]. En l'espèce, la requérante était née aux Etats-Unis par des parents iraniens[368] et peu après sa famille l'a ramenée en Iran où elle a passé toute son enfance et elle a reçu sa formation initiale. En 1976, à l'âge de 18 ans elle est partie vivre aux Etats-Unis où elle a suivi des cours d'anglais et de mathématique. Elle a fait des études en informatique et a trouvé son premier travail dans ce domaine. Peu après son départ, ses parents l'ont rejointe en Californie, ce qui explique qu'elle était retournée une seule fois en Iran depuis son départ. La requérante continuait pourtant de vivre et échanger avec ses proches, tous de nationalité iranienne. Elle prenait part aux activités religieuses et sociales de sa communauté à Los Angeles. Comme le juge ANSARI l'avait fait remarquer dans son opinion dissidente : « *engaging in such religious activities is not limited to the American society* »[369]. Son milieu familial et amical continuait donc d'être constitué quasi exclusivement d'iraniens et rien ne permettait d'établir avec certitude que d'un point de vue social ou culturel la requérante s'était davantage intégrée à la communauté nationale américaine qu'iranienne. Pourtant, il a été souligné qu'elle a choisi les Etats-Unis comme étant son pays de résidence habituelle. Le poids accordé par le tribunal à ce fait a été visiblement très important, puisque malgré tous les autres éléments démontrant son attachement à la culture iranienne, la requête de la demanderesse a été déclarée recevable.

253. De manière semblable, dans l'affaire *Rana Nikpour c. Iran*, la requérante, iranienne par naissance, avait résidé pour des périodes à peu près équivalentes aussi bien en Iran qu'aux Etats-Unis. Elle avait épousé un ressortissant iranien et avait deux enfants qui étaient nés et qui ont toujours vécu aux Etats-Unis. La demande de la requérante avait été déclarée recevable car à partir de 1973 elle avait choisi de s'établir aux Etats-Unis où elle a trouvé un travail au sein d'une compagnie d'assurance américaine et s'est acheté une maison pour elle et ses enfants. Il avait pourtant été relevé qu'avant de commencer à travailler au sein de la compagnie américaine, la requérante occupait un poste de directrice dans une société iranienne dont elle possédait 20 % du capital. Le tribunal a toutefois refusé de considérer ce dernier élément comme preuve du plus fort attachement de la demanderesse à l'Iran qu'aux Etats-Unis au motif que sa participation

[367] Tribunal des réclamations Iran-Etats-Unis, *Zaman Azar Nourafchan c. Iran*, décision interlocutoire du 15 décembre 1989, n°ITL75-412/415-3, *IUSCTR*, vol. 23, 1989-III, pp. 307-314
[368] Selon le juge iranien qui a joint une opinion dissidente à la solution finale du tribunal, la naissance a eu lieu lors d'une simple visite des parents aux Etats-Unis, Juge Parviz ARSANI, *opinion dissidente*, *IUSCTR*, vol. 23, 1989-III, pp. 315-319, spéc. p. 315.
[369] *ibid.*, p. 316

au capital d'une société iranienne aux Etats-Unis traduisait « *primarily an economic interest which did not require an actual presence in or direct contacts with Iran* »[370].

254. Inversement, si le demandeur ne résidait pas dans le pays dont il invoquait la nationalité pour adresser une réclamation à l'encontre de son autre Etat de nationalité, les tribunaux refusaient de manière unanime et quasi-automatique de connaître le différend. C'était par exemple ce qui a été décidé pour la requête soumise au tribunal irano-américain par M. *Diba*[371]. Ce dernier était né à Téhéran en 1929, mais a obtenu aussi la nationalité américaine à la suite de son mariage avec une ressortissante américaine en 1953. Il a vécu aux Etats-Unis pendant 17 ans et a eu deux enfants de son épouse, qui ont toujours résidé de ce dernier pays. Son premier mariage s'étant soldé par un échec, le demandeur est retourné vivre en Iran en 1967 où il a épousé une iranienne avec qui il a eu 3 enfants. Il est devenu le représentant de plusieurs compagnies américaines et son activité professionnelle a été toujours étroitement liée à l'économie américaine où il se rendait d'ailleurs régulièrement. Sa résidence au moment de la survenance du préjudice qui l'opposait à l'Iran se trouvant pour autant dans ce dernier Etat, le tribunal a rejeté la recevabilité de sa requête. Il a d'ailleurs considéré que pendant la période où il vivait aux Etats-Unis « *by 1967 his dominant and effective nationality was probably that of the United States* », mais en a conclu que « *Mr Diba has failed to establish that his dominant and effective nationality at the time the claim arose…was that of the United States* »[372].

255. Les seuls cas dans lesquels ce n'était pas la résidence physique du requérant dans l'un de ses Etats de nationalité qui était le critère déterminant pour la détermination de sa nationalité la plus effective étaient ceux où il ressortait des faits de l'espèce que l'individu aurait voulu en réalité établir sa résidence, si les circonstances lui avaient permis, dans son autre Etat de nationalité.

256. A titre d'exemple, les Etats-Unis avaient introduit une demande à l'encontre de l'Italie devant la commission de conciliation mise en place par le traité de paix, visant à

[370] Tribunal des réclamations Iran – Etats-Unis, *Rana Nikpour c. Iran,* sentence interlocutoire du 18 février 1993, n° ITL 81-336-1, *IUSCTR*, vol. 29, 1993, pp. 67 et s., § 24.
[371] Tribunal mixte Iran-Etats-Unis, Chambre trois, *Benny Diba and Wilfred J. Gaulin c. Iran*, sentence du 31 octobre 1989, n°444-940-2, *IUSCTR*, vol. 23, 1989-III, pp. 268-275.
[372] *Ibid*., p. 273, § 24.

protéger une personne ayant aussi bien la nationalité américaine qu'italienne[373]. Virginia Mattei Puccini était née en Italie mais a émigré aux Etats-Unis où elle a épousé un ressortissant américain obtenant ainsi la même nationalité que celle de son époux. Après la mort de ce dernier en 1937, Mme Puccini est retournée en Italie pour visiter sa sœur et sa mère âgée. Les faits retranscrits dans la solution du tribunal indiquent que la veuve a pendant tout son séjour utilisé uniquement son passeport américain, qu'elle a été enregistrée en tant qu'américaine, qu'elle se cachait pendant la guerre pour ne pas être arrêtée et envoyée dans un camp de concentration et que la guerre aussitôt terminée, elle a vendu tous ses biens immobiliers en Italie et a retourné vivre aux Etats-Unis. Le comportement qu'elle eu pendant tout le conflit, son départ immédiat à la fin de celui-ci ainsi que le fait qu'elle a été traitée comme ennemi par les autorités italiennes ont forgé la conclusion du tribunal selon laquelle son séjour en Italie ne se caractérisait pas par une intention de transférer son domicile là-bas, et que sa résidence habituelle se trouvait toujours aux Etats-Unis. Sa nationalité américaine a été par conséquent jugée comme prépondérante.

257. La même ligne jurisprudentielle a également été suivie par le tribunal irano-américain. Une affaire en particulier a retenu notre attention. Il s'agit de la sentence *Morteza Khatamu c. Iran*[374]. Dr. Khatami avait acquis la nationalité iranienne à sa naissance et avait fait ses études de médecine en Iran. En 1951 il a émigré aux Etats-Unis, où il en a vécu et travaillé pendant 20 ans et où il a fini par être naturalisé en 1971. En 1975 cependant, le requérant est retourné vivre en Iran, où il est devenu professeur en médecine à l'Université d'Isfaham. Au moment de la révolution en Iran, Dr. Khatami avait été limogé de son poste et il est revenu vivre aux Etats-Unis. De 1978 jusqu'à la date d'entre en vigueur de la Déclaration d'Alger ayant institué le tribunal irano-américain, le requérant est devenu lieutenant-colonel au sein du corps médical de l'armée américaine[375]. Malgré donc le fait qu'entre le moment où le nouveau régime iranien l'avait dépossédé de ses biens et la date de la mise en place du tribunal, le requérant a résidé aux Etats-Unis et a servi militairement ce dernier Etat, les arbitres ont considéré que le Dr. Khatami était en réalité nettement plus attaché à son Etat de naissance qu'aux Etats-Unis et que s'il avait le choix il aurait préféré retourner vivre en

[373] Commission de conciliation Italie-Etats-Unis, Aff. *Puccini*, décision n°173 du 17 mai 1957, *RSA*, vol. XIV, pp. 323-325.
[374] Tribunal des réclamations Iran-Etats-Unis, *Morteza Khatami c. Iran*, sentence du 13 décembre 1994, n° 562-767-3, *IUSCTR*, vol. 30, 1994, pp. 267 et s.
[375] *Ibid.*, § 14.

Iran. Cela résultait notamment d'une lettre dont les arbitres ont eu possession adressée par le requérant au Shah iranien datée du mois de juin 1978, dans laquelle le Dr. Khatami explique qu'il avait pris la décision de retourner travailler en Iran en raison de l'amour profond qu'il ressentait pour sa patrie et que malheureusement le fait d'être limogé ne lui avait laissé « *no alternative other that [to] leav[e] [his] homeland and return to the United States out of despair and disappointment, instead of serving [his] country which [he] love[s] so much, and which [he] wanted so much to serve* »[376].

258. Poursuivant un raisonnement semblable, dans l'affaire *Perry-Rohani c. Iran*[377], la troisième Chambre du tribunal irano-américain a déclaré irrecevable la requête que la demanderesse avait introduit en son nom et au nom de ses enfants issus de son mariage à l'encontre de l'Iran, au motif justement que si elle avait vraiment le choix, elle aurait établi sa résidence en Iran et non pas aux Etats-Unis. La requérante avait la nationalité américaine par naissance mais a épousé un iranien et a acquis également la nationalité de son mari. Lors des vacances que la requérante passait avec ses proches en Suisse et en Grèce durant l'année 1978, elle a été prévenue de l'évolution politique en Iran et a par conséquent décidé de s'installer aux Etats-Unis avec ses enfants. Malgré le fait qu'au moment de l'expropriation de ses biens en Iran, elle séjournait en Californie, le tribunal a considéré que « *this decision does non outweight the choice she once made to center her life in Iran* ». Ce choix résultait selon les arbitres de plusieurs facteurs, parmi lesquels l'acquisition de deux appartements à Téhéran, le fait que c'était là-bas qu'elle exerçait une activité professionnelle, ou encore que son cercle d'amis se composait quasi-exclusivement de ressortissants iraniens. Le tribunal a par conséquent décidé qu'elle n'était plus en mesure de se prévaloir de sa nationalité américaine à l'encontre de son pays où elle vivait habituellement. La même conclusion s'imposait pour ses enfants qui, étant mineurs, dépendaient entièrement de la volonté de leurs parents.

259. Une solution plutôt contradictoire aux deux dernières décisions précitées doit cependant être signalée. Dans l'affaire *Ebrahimi*[378], la demande d'une ressortissante américaine de naissance qui avait épousé un iranien, et qui était dirigée à l'encontre de l'Iran avait été cette fois-ci déclarée recevable par les arbitres au motif que la demanderesse avait

[376] *Ibid.*, § 28.
[377] Tribunal des réclamations Iran-Etats-Unis, *Perry-Rohani c. Iran*, sentence du 30 juin 1989, n°427-831-3, *IUSCTR*, vol. 22, 1989-II, pp. 194-199.
[378] Tribunal des réclamations Iran-Etats-Unis, *Ebrahimi c. Iran*, Sentence interlocutoire du 16 juin 1989, n°ITL-71-44/45/46/47-3, *IUSCTR*, vol. 22, 1989-II, pp. 138-145.

choisi de transférer son lieu de résidence de l'Iran aux Etats-Unis. En l'espèce, Marjorie Ebrahimi était née en Texas mais a quitté les Etats-Unis à l'âge de 22 ans pour poursuivre ses études en Suisse. Entretemps son père vivait en Iran où il était le directeur d'une société américaine et où elle lui rendait visite pendant ses vacances scolaires. Après avoir terminé ses études Marjorie a également trouvé un poste en Iran et y a travaillé pendant quelques années. A la fin de son contrat elle est rentrée juste pour quelques mois aux Etats-Unis où elle a épousé un ressortissant iranien. Le couple est de nouveau parti en Iran et y a vécu entre 1977 et 1979, année au cours de laquelle Marjorie a voté au référendum organisé dans le pays à la suite duquel une république islamique a été instaurée. Peu après, vraisemblablement mécontents de l'évolution de la situation politique dans le pays, le couple a quitté l'Iran et s'est établi aux Etats-Unis. Cela a permis au tribunal de considérer que « *if in 1977 Marjorie Ebrahim had intended to make Iran her home…her definite departure from Iran to the United States in 1979 suggests that she intended to give up her home in Iran in favor of her native country* », ce qui a eu pour effet que « *her American nationality became predominant* »[379]. Il ressort toutefois des faits de l'espèce que sa décision de retourner vivre aux Etats-Unis ne correspondait pas à son choix personnel, mais que c'était un choix par défaut en raison des changements politiques intervenus en Iran. Le tribunal a ainsi accordé plus d'importance à la résidence physique de la requérante, au lieu de sa résidence habituelle, pour déterminer sa nationalité la plus effective.

260. Le nombre important de précédents ayant adopté et appliqué cette technique de détermination de la nationalité la plus effective du requérant contribue incontestablement à la consécration de cette règle en droit international général[380]. Des difficultés et des incertitudes relatives à la mise en œuvre de ce test de prépondérance persistent, comme nous avons pu nous en apercevoir, et cela malgré la démonstration qu'un seul critère s'avère être décisif pour la solution finale des tribunaux. La dualité entre résidence physique et résidence souhaitée réaffirme le caractère assez subjectif et au final imprévisible de tout le processus.

---

[379] *ibid.*, p. 145, § 30

[380] Voir dans le même sens, DAILLIER (P.), BENLOLO (M.), DUMEE (M.), ROBERT (A.), MÜLLER (D.), « Tribunal irano-américain des réclamations », Chronique n°2, *AFDI*, 2000, p. 35. *Contra*, AGHAHOSSEINI (M.), *Claims of Dual Nationals and the Development of Customary International Law*, Leiden, Pays-Bas, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, p. 263. Ce dernier auteur exprime des doutes quant à la possibilité que les différents facteurs pris en considération par le tribunal, en fonction des circonstances particulières de chaque espèce, pour déterminer la nationalité la plus effective d'un requérant, puissent être regroupés et uniformisés aux fins de la formulation d'une règle générale régissant la matière.

261. En dépit du rôle clé accordé au critère de la résidence habituelle en matière de détermination du titre pour agir des bi-nationaux, les tribunaux, que ce soit celui du contentieux irano-américain ou ceux tirant leur compétence des traités de protection des investissements étrangers, ont toujours refusé d'admettre que le fait qu'un individu réside dans un Etat A peut s'avérer un élément prépondérant par rapport à celui qu'il est national d'un Etat B aux fins de sa protection en droit international.

B. La prépondérance systématique de la nationalité d'un individu sur son lieu de résidence pour le besoin de sa protection en droit international

262. En vertu de l'article II § 1 de la Déclaration d'Alger relative au règlement du contentieux entre les Etats-Unis d'Amérique et la République islamique d'Iran, le but principal du tribunal institué est de régler les différends survenus entre des ressortissants américains et l'Iran d'une part et entre des ressortissants iraniens et les Etats-Unis d'Amérique de l'autre. L'article VII § 1 de la même Déclaration précise qu' « au fin du présent accord » « *A "national" of Iran or of the United States, as the case may be means (a) a natural person who is citizen of Iran or the United States* ». Il a été relevé en jurisprudence que la référence au terme de « citoyen » (*citizen*), une notion propre aux droits internes, pour définir le terme conventionnel de « *national* », présupposait que la nationalité iranienne ou américaine des requérants devait être déterminée en référence du droit interne de l'Etat dont le demandeur prétendait être ressortissant[381]. Aucun élément de la définition du terme national retenue par la Déclaration d'Alger ne permettait en revanche de considérer qu'avaient également la capacité d'agir à l'encontre de l'Iran ou des Etats-Unis des personnes ayant le statut de résidents (ou

[381] Tribunal des réclamations irano-américain, *Décision d'interprétation n°A/18* du 6 avril 1984, *IUSCTR*, vol. 5, pp. 256-257, p. 259, pp.282-285. Dans leur pratique en matière de protection des investissements les Etats-Unis définissent en général le terme de « *person of a Party* », comme étant un « *national* » de cet Etat Partie, v. notamment le modèle de traité bilatéral des investissements américain de 2012. Dans certaines notes explicatives transmises par le Président des Etats-Unis à l'attention du Sénat américain en vue de la ratification de ce type de traités bilatéraux signés par les Etats-Unis avec des Etats tiers, il est parfois indiqué que « *the term ''national'' is broader than the term ''citizen.'' For example, a native of America Samoa is a national of the United States, but not a citizen.*», v. par exemple, ladite note jointe au traité bilatéral signé entre les Etats-Unis et l'Albanie le 11 janvier 1995 à Washington et entré en vigueur le 4 janvier 1998, consultable sur: http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/39. Du côté de la pratique conventionnelle iranienne en matière de protection des investissements, c'est également le terme de « *national*» (et non pas de citoyen) qui est le plus souvent retenu pour définir celui d' « investisseur » de l'un ou l'autre des Etats contractants. Il est d'ailleurs intéressant d'observer que dans le cadre de ces définitions sont parfois expressément exclues les personnes possédant une double nationalité. A titre d'exemple, l'article 1.2 du traité bilatéral conclu entre l'Iran et Bangladesh signé le 29 avril 2001 à Dacca et entré en vigueur le 5 décembre 2002 prévoit que: «*The term "investor" refers to the following persons who invest in the territory or the other Contracting Pal1y within the framework or this Agreement: (a) natural persons who, according to the laws or either Contracting Party, arc considered to be its national and have not the nationality or the host Contracting Party.*».

ayant établi leur résidence habituelle) dans l'un ou l'autre de ces Etats. Très tôt, le tribunal institué a affirmé la nécessité absolue pour les requérants de disposer de la nationalité de l'un des deux Etats pour pouvoir agir à l'encontre de l'autre Etat. Dans sa décision relative à la demande déposée par *Abdol Hamid Johani* du 16 juin 1982, le tribunal s'est déclaré incompétent pour connaître la requête d'une personne résidant aux Etats-Unis à l'encontre de l'Iran, qui était en outre son Etat de nationalité[382]. Cette position jurisprudentielle avait toujours été confirmée par la suite. Lorsque la nationalité de la demande du requérant n'était pas établie, sa résidence en Iran ou aux Etats-Unis ne pouvait pas prévaloir sur sa nationalité de l'autre de ces deux Etats[383]. Ainsi, dans l'affaire *Harounian c. Iran* de 1989[384], le requérant était arrivé aux Etats-Unis de l'Iran en 1959. Il y a résidé de manière interrompue jusqu'avoir déposé sa réclamation à l'encontre de l'Iran en raison de l'expropriation de ses biens par le nouveau gouvernement de celui-ci. Le demandeur avait fait ses études aux Etats-Unis, avait épousé une ressortissante américaine et a eu deux enfants nés aux Etats-Unis. Pourtant, il n'a pas apporté la preuve de son allégation qu'il avait lui-même acquis la nationalité américaine par naturalisation. Dans ces conditions, et malgré que le demandeur avait clairement établi sa résidence aux Etats-Unis, le tribunal s'est déclaré incompétent pour connaître l'affaire.

263. En droit conventionnel en matière d'investissements, certains traités prévoient parfois que le terme « investisseur » ou « national » de l'un des Etats parties, signifie les personnes ayant la nationalité ou bien résidant dans cet Etat partie. La question peut alors se poser dans un tel cas de figure de savoir si un résident d'un Etat A, mais qui est national d'un Etat B, pourrait adresser une réclamation à l'encontre de son Etat national sur la base de son titre de résident de l'Etat A en alléguant que le lien de rattachement qui le lie à ce dernier est plus fort que celui qui le lie à l'Etat B, au motif justement que

[382] Tribunal des réclamations irano-américain, *Refusal to file claim of Abdol Hamid Johani*, décision du 16 juin 1982, n° DEC 9-Ref 16-2, *IUSCTR*, vol.1, 1982, p. 168.

[383] De la même manière, l'impossibilité pour l'Iran de démontrer que le requérant américain agissant à son encontre possèdait également une nationalité iranienne, l'empêchait d'opposer une fin de non recevoir de la réclamation qui lui avait été adressée, et cela malgré le fait que le requérant était né et avait résidé pendant trente ans en Iran, v. Tribunal des réclamations irano-américain, *Saghi c. Iran*, sentence interlocutoire du 12 janvier 1987, n° ITL 66-298-2, *IUSCTR*, vol. 14, 1987-1, p. 4, § 4. Enfin, c'est uniquement parce que la requérante iranienne, ayant résidé plus de 20 ans aux Etats-Unis, avait apporté la preuve pour sa naturalisation par les Etats-Unis que sa demande avait été déclarée recevable, v. Tribunal des réclamations irano-américain, *Hemmat c. Iran*, sentence interlocutoire du 16 juin 1989, n° ITL 70-170-3, *IUSCTR*, vol. 22, 1989-II, pp. 132-133.

[384] Tribunal des réclamations irano-américain, *Harounian c. Iran*, sentence du 27 novembre 1989, n°450-447-3, *IUSCTR*, vol. 23, 1989-1, pp. 282-284.

le requérant a choisi d'établir sa résidence et donc le centre de sa vie personnelle dans l'Etat A ? Si les résidents d'un Etat sont considérés comme étant des nationaux de cet Etat dans l'ordre international, rien n'empêche en théorie que la règle de la nationalité la plus effective puisse s'appliquer dans une telle hypothèse. Or, comme le critère essentiel pour déterminer la nationalité la plus effective du requérant est celui du lieu de sa résidence habituelle, le fait que celui-ci a décidé de s'établir dans l'Etat A devrait lui permettre de disposer d'un titre valable pour agir à l'encontre de l'Etat B dont il est national en vertu du droit interne de celui-ci. Nous n'avons pas trouvé un exemple jurisprudentiel qui confirme notre hypothèse.

264. En revanche, à l'occasion de l'affaire *Marvin Roy Feldman Karpa c. Mexique*[385] initiée par un investisseur de nationalité américaine sur le fondement de l'ALENA, la question s'est posée de savoir si le Mexique était en droit d'opposer une fin de non-recevoir à la requête du demandeur au motif que ce dernier avait le statut de résident permanent dans l'Etat défendeur. Le requérant avait vécu les 27 dernières années avant la survenance du différend au Mexique, il s'était marié à deux reprises avec des ressortissantes mexicaines. Ses quatre enfants étaient tous nés au Mexique, avaient la double nationalité américano-mexicaine et résidaient au Mexique[386]. En vertu de l'article 201 de l'ALENA le terme ressortissant d'un Etat partie devait s'entendre comme « *une personne physique qui est un citoyen ou un résident permanent d'une Partie* ». Ne pouvait-on pas admettre alors sur la base de cette disposition que le requérant pouvait être considéré comme étant à la fois un national des Etats-Unis et un national du Mexique ?

265. Le tribunal a commencé son analyse en expliquant qu'en droit international général l'application de la règle de la nationalité la plus effective présupposait que le requérant soit un bi-national conformément au droit interne de chacun de ses Etats d'allégeance. La résidence dans l'un des deux Etats concernés par le litige, même si elle avait un caractère régulier et permanent, n'était pas susceptible de concurrencer le lien de nationalité qu'avait le requérant avec l'autre Etat concerné. Le seul cas où une telle mise en balance avait été envisagée était celui de l'affaire *Nottebohm* où l'effectivité de la nationalité de la personne protégée était mise en cause. Or, selon les arbitres aucun

[385] CIRDI, *Marvin Roy Feldman Karpa c. Mexique*, décision intérimaire sur la compétence du 6 décembre 2000, Aff. n° ARB(AF)/99/1
[386] *Ibid*., § 27.

élément ne permettait de questionner l'effectivité de la nationalité américaine de l'investisseur en l'espèce. Celle-ci ne lui avait pas été accordée dans des circonstances exceptionnelles de bienveillance mais :

> « *under normal circumstances in the first place and was not subsequently tainted by a total break of relationship. In these circumstances, citizenship must, as a matter of principle, prevail over permanent residence, as far as the issue of standing is concerned.* »[387].

Du point de vue du droit conventionnel, le tribunal n'a pas non plus admis l'argument selon lequel l'ALENA « *makes permanent residence tantamount to nationality for all purposes* »[388]. En prenant en compte la formulation de l'article 1139 de ce dernier instrument qui définit l'expression *« investisseur d'une Partie* » comme signifiant entre autres « *un ressortissant ou une entreprise de cette Partie, qui cherche à effectuer, effectue ou a déjà effectué un investissement* », le tribunal a considéré que le terme conventionnel de « ressortissant » tel que défini par l'article 201 précité ne se rapportait pas à la catégorie des nationaux de l'Etat hôte de l'investissement, mais visait uniquement à désigner la catégorie d'investisseurs rattachés à un autre Etat partie au traité, auxquels l'ALENA conférait la capacité d'agir à l'encontre de cet Etat hôte[389]. Sur la base de cette interprétation contextuelle, les arbitres ont alors rejeté le moyen de défense soulevé par le Mexique.

266. Cette solution du tribunal n'exclut pas, néanmoins, la possibilité que nous avons envisagée un peu plus haut, pour un investisseur, résident dans l'un des Etats parties à l'ALENA d'agir sur la base de ce titre-là, à l'encontre d'un autre Etat partie à l'ALENA qui serait son Etat de nationalité. Dans un tel cas, en vertu de l'interprétation contextuelle retenue par les arbitres, un tel investisseur pourra être qualifié de ressortissant de son Etat de résidence et la question de savoir quelle serait alors sa nationalité prépondérante devra logiquement être résolue dans un second temps[390].

---

[387] *Ibid*., § 32.
[388] *Ibid*, § 33.
[389] En vertu des termes exacts employés par le tribunal : « *Such contextual interpretation of an equal treatment of nationals and permanent residents leads to the result that permanent residents are treated like nationals in a given State Party only if that State is different from the State where the investment is made.* », *ibid*., § 34.
[390] Toutefois, si une telle demande est portée devant un tribunal constitué sous les auspices du CIRDI, elle risque d'être jugée irrecevable, car l'article 25.2.a) de la Convention de Washington exclue explicitement la possibilité pour le bi-nationaux de pouvoir agir à l'encontre de l'un de leurs Etats nationaux.

267. Cependant, en cherchant à conforter leur solution sur la base des objectifs poursuivis par l'ALENA, les arbitres dans l'affaire précitée ont considéré que le but de l'article 201 de ce dernier instrument n'était pas celui de permettre aux investisseurs résidant dans l'un des Etats parties à l'ALENA de pouvoir agir à l'encontre de leur Etat de nationalité qui était un autre Etat partie à l'ALENA, mais était celui de permettre aux investisseurs nationaux des Etats tiers, mais qui avaient le statut de résident dans l'un des parties à l'ALENA de pouvoir se prévaloir de ce traité:

> « *Thus, e.g., an investor of a Party, entitled to seek arbitration under Chapter Eleven can be not only a U.S. citizen but a French citizen as well, provided he is a permanent resident of the United States. This is, in the opinion of the Tribunal, the proper meaning and function of the definition of "national[s]" in NAFTA Article 201* »[391].

268. La pratique conventionnelle de certains Etats va dans le sens de cette interprétation. Certains traités bilatéraux excluent explicitement la possibilité pour un résident d'agir à l'encontre de son Etat national. Ainsi, le traité de protection des investissements conclu entre le Canada et le Côte d'Ivoire en 2014 dispose que :

> « *la personne physique qui a le statut de citoyen ou de national d'une Partie et celui de résident permanent de l'autre Partie est réputée être exclusivement un ressortissant de la Partie dont elle est un citoyen ou un national*»[392]

269. Quant à l'article 1.2 du traité bilatéral conclu entre le Canada et la Chine en 2012, il prévoit que :

> « *"investor" means with regard to either Contracting Party: (a) any natural person who has the citizenship or status of permanent resident of that Contracting Party in accordance with its laws and who does not possess the citizenship of the other Contracting Party*; » [393].

---

[391] *Ibid.*, § 35.

[392] Voir Article premier du Traité bilatéral d'investissements signé entre le Canada et le Côte d'Ivoire le 30 novembre 2014 et entré en vigueur le 14 décembre 2015. La même disposition prévoit, exactement comme le fait l'ALENA que l'expression « ***investisseur d'une Partie*** *» s'entend… d'un ressortissant… qui cherche à effectuer, effectue ou a effectué un investissement;*». Quant au terme de « ressortissant », l'Article premier précise que, concernant le Canada, il désignait toute personne ayant le statut de citoyen ou de résident permanent de ce dernier pays. Voir dans le même sens l'Article 8.1 du CETA du CETA du 30 octobre 2016, *op.cit* ; ou encore l'article premier du traité bilatéral d'investissements signé entre le Canada et le Cameroun le 3 mars 2014, et entré en vigueur le 16 décembre 2016.

[393] Traité bilatéral d'investissements signé entre le Canada et la Chine le 9 septembre 2012 et entré en vigueur le 1er octobre 2014.

270. Certaines conventions ont pris pourtant le contrepied de la solution adoptée par le tribunal dans l'affaire *Marvin Roy Feldman Karpa c. Mexique* précitée. Ainsi, l'article 1(a) du Protocole additionnel au traité bilatéral d'investissement conclu entre l'Italie et l'Argentine en 1990 prévoit que :

> « *Individuals [e.g. citizen] of each Contracting Party who, when making an investment, maintained their domicile for more than two years in the Contracting Party in the territory of which the investment was made, cannot benefit of this Agreement.*
>
> *If an individual of one Contracting Party maintains at the same time its registered residence in its State [of nationality] and domicile in the other State for more than two years, he/she will be considered equivalent, for the purposes of this Agreement, to individuals of the Contracting Party in the territory of which they made investments.* »[394]

271. En revanche, le fait pour un tel individu d'avoir vécu plus de deux ans dans un Etat autre que son Etat de nationalité, ne lui permet pas, en vertu de ce même traité, d'agir à l'encontre de ce dernier sur la base de son lien de rattachement avec l'Etat où il a établi son domicile. Cela résulte notamment de l'article 1(2)(a) de la convention signée entre l'Italie et l'Argentine qui prévoit que sont capables de se prévaloir de cet instrument uniquement les personnes ayant le statut de national de l'un des Etats contractants, conformément au droit interne de cet Etat[395].

---

[394] Traduction non officielle de la version italienne et espagnole (qui seules font foi) du traité bilatéral d'investissement signé entre l'Italie et l'Argentine signé le 22 mai 1990 à Buenos Aires et entré en vigueur le 14 octobre 1993. Toutefois, c'est cette même traduction qui a été retenue par le tribunal CIRDI dans l'affaire *Abaclat et autres c. Argentine*, décision sur la compétence et la recevabilité du 4 août 2011, Aff. n°ARB/07/5, § 396 et s. Dans la version officielle espagnole, l'article 1(a) du Protocole additionnel se lit ainsi : « *No podrán prevalerse del Acuerdo las personas fisicas de cada Parte Contratante que, al momento de efectuar la inversión, hubieran tenido su domicilio por más de dos años en el territorio de la Parte Contratante donde la inversión se realizó.*
En caso que una persona física de una Parte Contratante tuviera simultaneamente residencia registrada en su país y domicilio por más de dos años en el de la otra Parte Contratante se equipararará, a los fines del presente Acuerdo, a las personas físicas nacionales de la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión. ».
Dans sa version italienne, la formulation de la disposition précitée est la suivante :
« *Non potranno beneficiare dell'Accordo le persone fisiche di ciascuna Parte Contraente le quali, al momento di effettuare un investimento, abbiano mantenuto il loro domicilio per più di due anni nella Parte Contraente nel cui territorio l'investimento sia stato realizzato.*
Qualora una persona fisica di una Parte Contraente mantenga contemporaneamente la residenza anagrafica nel proprio Paese ed il domicilio per più di due anni nell'altro, essa verrà equiparata, ai fini del presente Accordo, alle persone fisiche della Parte Contraente nel cui territorio abbia realizzato investimenti. »

[395] Nous reprenons à nouveau la version retenue par le tribunal constituée à l'occasion de l'affaire *Abaclat et autres c. Argentine* précitée, § 393.

272. Il résulte de tous ces exemples que le lien de rattachement fondé sur la résidence n'est généralement pas considéré, dans la pratique conventionnelle, comme équivalent, ou encore mois comme susceptible de prévaloir sur celui de la nationalité (au sens du droit interne de ce terme) d'un investisseur. Cette constatation demeure inchangée bien que c'est ce même critère de résidence qui, en cas de double nationalité de l'individu, permet aux tribunaux de déterminer quel est l'Etat vis-à-vis duquel cette personne est plus étroitement rattachée.

*

273. Devant le CIRDI – le centre arbitral qui administre le plus grand nombre d'affaires jugées sur la base d'un traité de protection des investissements étrangers – un individu-investisseur ayant la nationalité d'un Etat contractant de la Convention de Washington ne peut pas agir à l'encontre d'un autre Etat contractant dont il est également national. C'est l'article 25.2.a) de ce dernier instrument qui empêche un tribunal constitué sous les auspices du CIRDI de se déclarer compétent pour connaître un tel litige.

274. Lorsqu'en revanche, le règlement d'arbitrage du for saisi ne comporte pas une telle règle explicite – et celle prévue par la Convention de Washington constitue, il faut le dire, une exception notable en la matière – la jurisprudence admet aujourd'hui qu'en cas d'une requête introduite par un double-national à l'encontre de l'un de ses Etats de nationalité, celle-ci devra être jugée recevable si la nationalité invoquée par l'individu en appui de sa demande est considérée comme étant plus effective des liens vis-à-vis de son autre Etat national contre lequel il adresse sa réclamation. Le critère clé pour déterminer laquelle des deux nationalités est prépondérante est celui du lieu de la résidence dite habituelle du requérant.

CONCLUSION DU TITRE 1

275. Pour qu'un individu puisse se prévaloir des droits prévus par un traité de protection des investissements étrangers il doit être national de l'un des Etats parties à ce traité. A l'instar de la règle de renvoi établie en droit international général, les conventions de protection des investissements prévoient que ce sont les Etats contractants eux-mêmes qui déterminent librement, dans le cadre de leurs ordres juridiques internes respectifs, les conditions d'attribution de leur nationalité aux personnes physiques. Cela ne signifie

pour autant pas que lorsqu'un individu affirme, moyennant un certificat ou autre document, disposer de la nationalité d'un Etat, la partie adverse au différend ne puisse pas remettre en cause l'authenticité ou la régularité d'un tel document conformément au droit interne de l'Etat compétent pour l'attribution d'un tel statut. Dans de nombreuses affaires, les tribunaux ont admis l'allégation du défendeur qu'un tel certificat avait été établi à la suite d'une erreur matérielle ou bien sur la base d'une information trompeuse communiquée par l'individu aux autorités étatiques. De ce point de vue, le droit et le contentieux en matière d'investissements étrangers ne se distingue point des procédés d'admission et d'évaluation des éléments de preuve en matière de nationalité des personnes physiques applicables devant les autres juridictions internationales.

276. Même si les traités de protection des investissements étrangers n'en disent rien, il ressort également de la jurisprudence arbitrale que, d'une part, un individu-investisseur doit posséder la nationalité de l'un des Etats parties à un tel traité de manière continue entre la date à laquelle il a subi un préjudice et au moins jusqu'à la date de la saisie d'un tribunal à l'encontre de l'Etat étranger prétendument fautif. D'autre part, la nationalité attribuée à un investisseur par un Etat pourrait être déclarée inopposable au niveau international, surtout dans des cas où il s'agit de la nationalité l'Etat défendeur dans une procédure arbitrale au motif que l'individu n'entretient pas ou plus de liens de rattachement avec cet Etat et qu'une telle nationalité accordée à l'individu contre sa volonté ne fait qu'empêcher la personne privée à agir contre cet Etat au niveau international.

277. Enfin, un nombre croissant de traités de protection des investissements étendent leur protection non plus seulement vis-à-vis des personnes ayant le titre de national de l'un de ces Etats mais vis-à-vis d'individus ayant le statut de résidents dans ces Etats. Les résidents bénéficient ainsi du même régime de protection que les nationaux au niveau international, sauf dans un cas de figure particulier. Pour l'instant aucun tribunal n'a en effet reconnu la capacité pour un résident d'agir à l'encontre de son Etat de nationalité, et cela même si l'individu entretien des liens beaucoup plus effectifs avec son Etat de résidence qu'avec son Etat de nationalité. Une telle évolution de la position de la jurisprudence en la matière ne nous paraît pour autant pas tout à fait exclue à l'avenir.

278. A la différence des personnes physiques, les conditions de détermination de la nationalité des personnes morales dépendent moins des droits internes des Etats et sont,

en général, explicitement définies par les conventions de protection des investissements elles-mêmes.

TITRE 2

LES INVESTISSEURS-PERSONNES MORALES ET LES LIENS DE RATTACHEMENT CONDITIONNANT LEUR PROTECTION EN DROIT INTERNATIONAL

279. Concernant le processus de création des personnes morales, Paul De Visscher avait fait observer que :

> « C'est dans le but de faciliter aux hommes la réalisation de certaines œuvres collectives, qui dépassent par leur ampleur les possibilités de l'individu isolé, que le droit positif reconnaît le groupe en tant que sujet autonome de l'ordre juridique, lui permettant par là même de posséder en propriété, de contracter et d'ester en justice, en vertu d'une capacité distincte de celle des individus qui le composent » [396].

280. Aussi bien le droit interne que le droit international « ont dû alors tenir compte de ce phénomène »[397] et reconnaître aux personnes morales la capacité d'être titulaires à part entière de droits et d'obligations. Comme la Cour internationale de Justice l'a rappelé dans son arrêt *Diallo* de 2007 :

> « L'attribution à la société d'une personne morale indépendante entraîne la reconnaissance à son profit de droits sur son patrimoine propre qu'elle est la seule à même de protéger. En conséquence, seul l'Etat national peut exercer la protection diplomatique de la société lorsque ses droits sont atteints du fait d'un acte illicite d'un autre Etat »[398].

281. Autrement dit, lorsque ce sont des sociétés, et non pas leurs associés, qui font l'objet d'une action en protection diplomatique de la part d'un Etat, ou bien qui agissent directement dans le cadre d'une procédure arbitrale en matière d'investissements, c'est l'existence et le rattachement étatique de cette société et non pas ceux des personnes qui la composent qui deviennent déterminants pour savoir si l'Etat agissant en sa faveur, ou si la société ayant déposé directement un recours dans le cadre d'une procédure arbitrale

---

[396] VISSCHER (P. De), « La protection diplomatique des personnes morales », *RCADI*, 1961, vol. 102, pp. 399-400

[397] CIJ, Affaire de la *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Nouvelle requête 1962) (Belgique c. Espagne)*, arrêt du 5 février 1970 § 89, *Rec*. 1970, pp. 3 et s., spéc. § 39, p. 35.

[398] CIJ, *Affaire Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République Démocratique du Congo)*, arrêt portant sur les exceptions préliminaires du 24 mai 2007, § 25.

mixte, dispose d'un titre juridique pour agir et si les droits conventionnels invoqués à l'appui d'une telle demande lui sont applicables. Avec « l'extension des investissements étrangers et […] l'ampleur prise par l'activité des sociétés sur le plan international, notamment celle des sociétés holding »[399], ce sont en effet les personnes morales qui portent le plus souvent aujourd'hui des réclamations à l'encontre des Etats dans le cadre du contentieux lié aux investissements étrangers. A partir du moment où l'existence légale des sociétés créées en droit interne a été reconnue aussi au niveau international, celles-ci sont devenues les bénéficiaires principaux des droits mis en place par les Etats au profit des opérateurs économiques. Et lorsqu'elles agissent en protection de ces droits à l'encontre d'un Etat qui ne respecte pas ses engagements en la matière, elles le font sur la base des critères de rattachement et d'un titre pour agir qui leur sont propres, et qui sont souvent différents de ceux dont pourraient se prévaloir les personnes prenant par à leur capital (**Chapitre 3)**.

282. Le critère traditionnel de détermination de la « nationalité » des sociétés qui est repris de manière systématique par les traités en matière de protection des investissements étrangers est celui du lieu de constitution de la personne morale. Il arrive pour autant fréquemment dans la pratique arbitrale récente qu'une société soit créée en vertu de la législation d'un Etat A mais ne soit, dans les faits, aucunement rattachée à l'économie de celui-ci car elle n'exerce pas d'activités dans cet Etat et/ou elle est contrôlée par des intérêts d'un Etat tiers. L'opposabilité de la nationalité de l'Etat A invoquée par cette société à l'appui d'une requête arbitrale adressée à l'encontre d'un Etat B sera alors souvent mise en cause par ce dernier faute d'effectivité suffisante du lien de rattachement qui sert de titre pour l'action du groupement. Bien que certains tribunaux ont admis le bien fondé de tels moyens de défense, ils refusent dans leur majorité de tenir compte d'une telle réalité économique et se remettent le plus souvent, dans le cadre de leurs solutions, à la fiction juridique selon laquelle une personne morale doit être considérée comme ressortissante de l'Etat en vertu du droit duquel elle a été créée (**Chapitre 4**).

[399] CIJ, Affaire de la *Barcelona Traction*, arrêt du 5 février 1970, *op.cit.*, § 89, pp. 47-48.

CHAPITRE 3

L'AUTONOMIE DE LA SOCIÉTÉ PAR RAPPORT À SES ASSOCIÉS ET LA DÉTERMINATION DE SA « NATIONALITÉ » EN DROIT INTERNATIONAL

283. Ni le droit international général, ni les conventions en matière de protection des investissements étrangers ne comportent d'indications sur les caractéristiques que doit posséder un groupement économique pour être considéré comme suffisamment autonome et *personnifié* par rapport aux personnes qui l'ont créé ou le composent, et pour pouvoir prétendre être titulaire à part entière des droits d'origine internationale. Comme la Cour internationale de Justice dans l'affaire de la *Barcelona Traction* de 1970 l'a constaté :

> « Dans ce domaine, le droit international est appelé à reconnaître des institutions de droit interne […]. Il n'en résulte pas nécessairement une analogie entre ses propres institutions et celles du droit interne et cela ne revient pas à faire dépendre les règles du droit international de catégories de droit interne. Cela veut simplement dire que le droit international a dû reconnaître dans la société anonyme une institution créée par les Etats en un domaine qui relève essentiellement de leur compétence nationale »[400].

284. Chaque fois que les juges ou les arbitres doivent se prononcer sur la capacité d'une société pour agir en son propre nom ils se réfèrent au droit interne de l'Etat en vertu duquel celle-ci a été créée pour s'assurer que cet ordre juridique lui confère bien une telle faculté. (**Section 1**).

285. Ce premier point réglé, une deuxième question se pose ensuite, relativement au titre juridique de la société pour se prévaloir des droits qu'elle invoque en sa faveur car, comme pour les individus, leur application est conditionnée par sa « nationalité ». Il est généralement admis qu'une société a la nationalité de l'Etat en vertu de la législation duquel elle a été créée et qui lui a conféré la personnalité juridique. Certains traités en matière de protection des investissement ont cependant fait le choix de rompre ce lien de causalité entre l'ordre juridique ayant conféré la personnalité juridique à une société et la désignation de l'Etat de sa nationalité, en faisant dépendre cette dernière qualité de critères tenant mieux compte des réalités économiques du rattachement territorial de ces entités (**Section 2**).

[400] CIJ, Affaire de la *Barcelona Traction*, arrêt du 5 février 1970, *op.cit.*, § 38, p. 34.

SECTION 1

LE RENVOI AU DROIT INTERNE POUR LE BESOIN DE LA DÉTERMINATION DE LA CAPACITÉ POUR AGIR DES SOCIÉTÉS EN DROIT INTERNATIONAL

286. La pratique qui consiste pour les tribunaux internationaux à se référer au droit interne des Etats pour déterminer si une société dispose de la capacité pour agir en son propre nom au niveau international comporte des contours assez flous. Dans la grande majorité des cas lorsqu'un Etat exerce une protection diplomatique en faveur d'une société qu'il considère comme étant sa nationale, ou lorsqu'une société porte une réclamation directe à l'encontre d'un autre Etat dans le cadre du contentieux mixte devant un tribunal arbitral, l'existence de la personnalité juridique de la requérante n'est aucunement contestée par l'Etat défendeur. Pour autant, à la différence du régime juridique applicable aux individus, la reconnaissance de la personnalité juridique d'une société créée par un Etat, par les autres Etats, ne découle pas de soi. Pour pouvoir agir en tant que sujet distinct au niveau interétatique une société doit en effet disposer dans un premier temps d'une personnalité juridique qui lui a été conférée par le droit interne d'un Etat, et l'existence de cette personnalité doit lui être reconnue ensuite, de manière explicite ou implicite, par les autres Etats. (**Paragraphe 1)**.

287. Une pratique conventionnelle récente faisant complètement abstraction de la personnalité juridique des personnes morales créées en vertu d'un droit interne doit également être signalée. Un certain nombre de traités en matière de protection des investissements étrangers confère en effet la capacité aux sociétés ne disposant pas d'une autonomie qui leur est propre conformément à l'ordre juridique de leur constitution, de se prévaloir, malgré cela, des droits internationaux prévus par ces instruments vis-à-vis d'autres Etats (**Paragraphe 2**).

PARAGRAPHE 1

LES ORDRES JURIDIQUES ÉTATIQUES DE RÉFÉRENCE POUR LA RECONNAISSANCE DE LA CAPACITÉ POUR AGIR D'UNE SOCIÉTÉ AU NIVEAU INTERNATIONAL

288. Pour déterminer si une société dispose d'une capacité pour agir au niveau international, les tribunaux se réfèrent le plus souvent au seul droit interne en vertu des règles duquel cette entité avait été constituée. Or, il résulte des règles internationales en matière de reconnaissance des sociétés que l'existence d'un tel groupement doit être reconnue également par les autres Etats pour que celui-ci puisse agir en tant que personne distincte vis-à-vis d'eux (**A**). Lorsque c'est une société qui détient un investissement, les tribunaux ne confèrent en général la capacité qu'à cette dernière, et non pas aux personnes qui la composent, pour agir en protection d'un tel investissement. Les sociétés peuvent néanmoins prendre des formes différentes en vertu des règles de l'ordre juridique de leur constitution, et les droits et les obligations de leurs associés peuvent en conséquence varier également. Ces différentes situations juridiques dans lesquelles les associés pourraient être considérés comme étant plus ou moins impliqués dans la vie de la société, et donc comme ayant un intérêt plus ou moins prononcé pour agir en protection des biens de celle-ci, ne sont toutefois pas prises en compte par les tribunaux lorsqu'ils fixent les règles en matière de protection des personnes morales en droit international (**B**).

A. Les règles internationales en matière de reconnaissance d'une société créée en vertu d'un droit étatique

289. Pour reprendre les termes d'un auteur, « pour être titulaire de droits et d'obligations dans l'ordre international, la personne privée doit accéder à la subjectivité juridique dans cet ordre »[401]. Concernant les personnes physiques, le problème de la reconnaissance de leur personnalité juridique en droit international ne se pose plus à l'heure actuelle. Aussi bien l'article 6 de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, que l'article 16 du Pacte sur les droits civils et politiques de 1966 proclament en faveur des individus que « chacun a le droit à la reconnaissance en tous lieux de sa personnalité juridique ».

[401] TOURNIER (A.), *La protection diplomatique des personnes morales*, préface d'Alain PELLET, Paris, L.G.D.J, 2013, p. 165.

290. Pour sa part, la Cour internationale de Justice a elle aussi consacré, dans son arrêt de *la Barcelona Traction*, le principe selon lequel tout Etat a la qualité d'agir pour la protection de certains droits *erga omnes* parmi lesquels figurent retrouvons notamment « les droits fondamentaux de la personne humaine, y compris la protection contre la pratique de l'esclavage et la discrimination raciale »[402]. Comme le professeur GARCIA-AMADOR l'avait déjà constaté quelques années avant que l'arrêt précité de la CIJ ne soit rendu, dans le cadre de son premier rapport présenté devant la CDI au sujet de la responsabilité internationale des Etats :

> « l''internationalisation' de ces droits et libertés vise à protéger les intérêts légitimes de la personne humaine sans considération de nationalité. A cet égard, ni la qualité de national, ni celle d'étranger ne joue aucun rôle. C'est la personne humaine, en tant que telle, qui est directement protégée par le droit international »[403].

291. A titre de comparaison, et conformément aux travaux préparatoires du Pacte sur les droits civils et politiques, ce principe de reconnaissance universelle de la personnalité juridique :

> « ne s'appliquait qu'aux êtres humains et non aux 'personnes morales' et […] que l'expression juridique 'sa personnalité juridique' avait pour objet de garantir à chaque individu la reconnaissance de sa qualité de sujet de droit et de sa capacité d'exercer des droits et de contracter des obligations »[404].

Aucune règle générale en droit international n'impose en effet l'obligation pour les Etats de reconnaitre la personnalité juridique octroyée à une société par un autre Etat. Une tentative infructueuse de la mise en place d'une *Convention concernant la reconnaissance de la personnalité juridique des sociétés, associations et fondations étrangères*[405], conclue sous les auspices de la Conférence de La Haye de Droit international privé le 1er juin 1956, témoigne de la réticence de la plupart des Etats de s'engager dans une telle voie. L'article 1 de cette Convention posait le principe en vertu duquel :

---

[402] CIJ, Affaire de *la Barcelona Traction*, arrêt du 5 février 1970, *Réc.*. 1970, § 34, p. 32.
[403] GARCIA-AMADOR (F.), « Premier rapport sur la responsabilité internationale des Etats », *Ann. CDI,* 1956, vol. II, p. 203, § 157.
[404] Documents officiels de l'Assemblée générale des Nations Unies, *Commentaire du texte des projets de Pactes internationaux des droits de l'homme (préparé par le Secrétaire général*, A/2929, 1er février 1955, p. 49, § 97.
[405] Le texte de la Convention est disponible sur : https://www.hcch.net/fr/instruments/conventions/full-text/?cid=36

> « La personnalité juridique, acquise par une société, une association ou une fondation en vertu de la loi de l'Etat contractant où les formalités d'enregistrement ou de publicité ont été remplies et où se trouve le siège statutaire, sera reconnue de plein droit dans les autres Etats contractants, pourvu qu'elle comporte, outre la capacité d'ester en justice, au moins la capacité de posséder des biens et de passer des contrats et d'autres actes juridiques […] ».

Cette convention n'est jamais entrée en vigueur faute d'être ratifiée par le nombre minimum d'Etats requis[406]. Un autre projet de Convention[407], prévoyant la reconnaissance de plein droit de la personnalité juridique des sociétés à caractère purement économique, élaboré cette fois-ci dans le cadre du Conseil de l'Europe en 1966, s'est également soldé par un échec.

292. Dans ces conditions, lorsqu'une société à laquelle un Etat A a conféré une personnalité juridique, réalise un investissement dans un Etat B, il n'est pas acquis que ce dernier reconnaisse la qualité de sujet de droit à la société de l'Etat A. Autrement dit, et pour reprendre le raisonnement développé par le juge Morelli dans le cadre de son opinion individuelle relative à l'arrêt de *la Barcelona Traction* rendu par la Cour internationale de Justice en 1970:

> « Au cas où l'ordre juridique interne dénie la personnalité juridique à une société de commerce, cela veut dire que le même ordre interne considère le patrimoine social comme l'objet de droits propres des associés […]. Si par contre, l'ordre juridique reconnaît à la société la personnalité juridique, le même ordre juridique ne peut que régler de façon correspondante les droits des associés. Par cohérence avec l'attribution du patrimoine social à la société, considérée comme personne juridique, les associés n'auront alors que des droits limités, dont l'objet ne sera pas le patrimoine social »[408].

Au moment de décider si une société peut être considérée comme jouissant d'une personnalité juridique au niveau international, un tribunal doit alors se référer non seulement à l'ordre juridique ayant conféré cette personnalité juridique à la société faisant l'objet du litige, mais aussi à l'ordre juridique de l'Etat à l'encontre duquel la

[406] En vertu de l'article 11 de la Convention au minimum cinq Etats devaient la ratifier pour qu'elle commence à produire ses effets. Elle n'a pourtant été ratifié que par quatre Etats : la France, la Belgique, le Luxembourg et les Pays-Bas.

[407] Convention européenne d'établissement des sociétés du 20 janvier 1966. Sa portée était plus restreinte que celle de la Convention précédemment citée car elle n'était ouverte à la signature qu'aux seuls Etats membres du Conseil de l'Europe. Cette convention a été ratifiée uniquement par le Luxembourg, alors que cinq ratifications avaient été encore une fois nécessaires pour son entrée en vigueur.

[408] Opinion individuelle du juge Morelli relative à l'arrêt de la *Barcelona Traction* du 5 février 1970, *op.cit.*, CIJ, *Réc. 1970*, pp. 235-236.

réclamation est dirigée pour s'assurer que le droit de ce dernier reconnaît également cette qualité à la même société. La jurisprudence internationale s'est pourtant traditionnellement montrée plutôt libérale concernant cette dernière condition en considérant qu'à partir du moment où un Etat a autorisé une société créée par un autre Etat à exercer ses activités sur le territoire du premier, celui-ci devait être considéré comme ayant reconnu implicitement la personnalité juridique distincte d'un tel groupement[409].

293. En droit international des investissements étrangers ce problème de reconnaissance ne se pose pas en pratique car toutes les conventions bi- ou multilatérales conclues entre les Etats confèrent explicitement la capacité aux personnes morales constituées en vertu du droit interne de l'un d'entre eux d'opérer et détenir des investissements sur le territoire des autres Etats contractants, en qualifiant de telles entités des « investisseurs ». A titre d'exemple l'article 1(b) ii) du traité bilatéral conclu entre les Pays-Bas et le Burundi[410] prévoit que :

> « le terme « investisseurs » englobe, pour chacune des deux Parties Contractantes : […] ii) les personnes morales constituées selon le droit de cette Partie contractante »

294. D'autres traités, notamment comme un nombre important de ceux signés par la Suisse, peuvent ajouter des conditions supplémentaires. A titre d'illustration l'article 1(1)(b) du traité bilatéral de protection des investissements conclu avec l'Algérie[411] prévoit que :

> « Le terme « investisseur » désigne, en ce qui concerne chaque Partie Contractante :
> […]

[409] Affaire *Stirling*, (Chili c. Royaume Uni), sentence rendue le 30 septembre 1895, *in* RALSTON, *The Law and Procedure of International Tribunals,* Stanford, 1926, p. 149 ; Voir aussi pour d'autres exemples jurisprudentiels CAFLISCH (L.), *La protection des sociétés commerciales et des intérêts indirects en droit international public*, La Haye, Nijhoff, 1969, p. 72

[410] Accord sur l'encouragement et la protection réciproque des investissements entre le Royaume des Pays-Bas et la République du Burundi signé le 24 mai 2007 et entré en vigueur le 1er août 2009.

[411] Accord entre le Conseil fédéral suisse et le Gouvernement de la République Algérienne Démocratique et Populaire concernant la promotion et la protection réciproque des investissements, signé le 30 novembre 2004 à Berne et entré en vigueur le 16 mai 2006. Voir de manière semblable la pratique convetionnelle de la France. A titre d'exemple l'art. 1.(2)(b) de l'Accord entre le gouvernement de la République française et le gouvernement de la République de Turquie sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements, signé le 15 juin 2006 à Ankara et entré en vigueur le 3 août 2009 prévoit que: « « Le terme « investisseur » désigne : les sociétés constituées sur le territoire d'une Partie contractante conformément a la législation de celle-ci et dont le siège social ou l'activité économique effective est situé sur le territoire de cette Partie contractante ».

> (b) les entités juridiques, y compris les sociétés, […] qui sont constituées ou organisées de toute autre manière conformément à la législation de cette Partie Contractante, et qui ont leur siège, en même temps que des activités économiques réelles, sur le territoire de cette même Partie Contractante »

Or, ne signifie pas que la personnalité juridique conférée à une société par l'ordre juridique de la Suisse, mais qui n'a pas placé son siège ou bien qui n'exerce pas des activités économiques réelles sur le territoire de ce dernier Etat, ne pourrait pas être reconnue par l'Algérie si cette société souhaite y réaliser un investissement (et *vice versa*). Cela veut dire uniquement qu'une telle société ne pourra pas se prévaloir du traité précité pour invoquer des droits prévus par cet instrument concernant son investissement réalisé à l'étranger. Autrement dit, de telles précisions relatives au lieu du siège ou bien au lieu d'exercice de ses activités économiques, si elles ne constituent pas des conditions requises par l'ordre juridique de constitution de la société pour l'attribution d'une personnalité juridique à celle-ci, doivent être perçues au niveau international non pas en tant qu'élements conditionnant sa capacité juridique dans un Etat autre que celui de sa création, mais comme des élements conditionnant son titre juridique pour agir sur le fondement du traité qui se réfère à ces critères supplémentaires. Il s'agirait donc des critères concernant la détermination de la *nationalité* de la société, et non pas des éléménts conditionnant la reconnaissance de la capacité juridique de la société d'acquérir un investissement, dans un Etat étranger.

295. Malgré les échecs des tentatives de codification d'une règle générale de reconnaissance de la personnalité juridique d'une société créée par un Etat par les autres Etats, la jurisprudence semble aujourd'hui admettre par principe qu'à partir du moment où un ordre juridique reconnaît la capacité juridique à un groupement, ce dernier dispose aussi d'une telle capacité au niveau international. Cela résulte du fait que dans le cadre du contentieux où cette question de reconnaissance de la personnalité juridique d'une entité de droit interne se pose vis-à-vis d'un autre Etat, qui est en outre l'Etat défendeur partie à un tel type de litige, ce dernier a déjà le plus souvent reconnu la capacité juridique de cette société au moment où il l'a autorisée d'exercer ses activités sur son territoire, activités qui se sont par la suite avérées être à l'origine du différend.

296. L'une des conséquences de la reconnaissance de personnalité juridique à une société dans le cadre d'un rapport interétatique est que les personnes qui la composent ou qui détiennent son capital perdent la faculté d'agir en protection des biens du groupement.

Cela est vrai aussi bien pour les sociétés à capitaux dont les actions sont détenues par un nombre important d'actionnaires, que pour les sociétés de personnes, même lorsqu'il s'agit d'une structure unipersonnelle.

B. L'absence d'impact de la forme d'une société sur le régime juridque régissant les modes de protection de ses biens prévu par le droit international

297. Dans l'affaire de principe en matière de protection des sociétés en droit international, celle de *la Barcelona Traction*, la Cour internationale de Justice a insisté sur certaines des caractéristiques essentielles de la société anonyme, comme « la cohésion de [s]a personnalité juridique »[412] et « le caractère limité de [la] responsabilité »[413] de ses actionnaires afin de justifier sa solution selon laquelle ce type de société était un sujet de droit distinct des personnes qui la composent. Lorsqu'une telle société avait subi un préjudice qui lui était propre, l'Etat national de ses actionnaires ne pouvait par conséquent avoir aucun titre pour agir pour la réparation de celui-ci. La Cour a ensuite opposé au régime juridique applicable aux sociétés anonymes celui régissant les « sociétés dépourvues d'une personnalité morale indépendante »[414], et semble avoir considéré que les Etats ne pouvaient agir sur le plan international qu'en faveur de groupements économiques qui disposaient d'« une existence indépendante », et au sein desquels « les intérêts des actionnaires peuvent être distingués de ceux de la société »[415].

298. Dans l'affaire plus récente *Diallo*, jugée toujours par la Cour internationale de Justice en 2007 (pour ce qui est l'arrêt sur les questions préliminaires) et en 2010 (pour ce qui est l'arrêt sur le fond), les deux sociétés dont la situation était au cœur du litige n'étaient pas des sociétés anonymes, mais des sociétés privées à responsabilité limitée, c'est-à-dire des sociétés de personnes « qui ne font pas publiquement appel à l'épargne et dont les parts obligatoirement uniformes et nominatives ne sont pas librement transmissibles »[416]. Ces sociétés avaient été créées conformément au droit de l'Etat défendeur de l'espèce - la République démocratique du Congo. Sur la base du caractère *intuitu personae* prononcé de ces entités, la Guinée a prétendu pouvoir exercer sa protection diplomatique en faveur de celles-ci, au motif que leur unique gérant et associé ultime était M. Diallo, un ressortissant guinéen.

---

[412] CIJ, Affaire de la *Barcelona Traction*, arrêt du 5 février 1970, *op.cit.*, § 40, p. 34.
[413] *Ibid.*, § 42, p. 35.
[414] *Ibid.*, § 40, p. 34.
[415] *Ibid.*, § 46, p. 36.
[416] CIJ, Affaire *Ahmadou Sadio Diallo (Guinée c. République démocratique du Congo)*, arrêt portant sur les exceptions préliminaires du 24 mai 2007, *Rec.*, 2007, § 25.

299. Toutefois, en reprenant l'une des affirmations des juges ayant statué dans l'affaire de *la Barcelona Traction,* la Cour dans l'affaire *Diallo* a considéré que :

> « "il est … inutile d'examiner les multiples formes que prennent les différentes entités juridiques dans le droit interne" (C.I.J. Recueil 1970, p. 34, par. 40). Ce qui importe, du point de vue du droit international, c'est de déterminer si celles-ci sont ou non dotées d'une personnalité juridique indépendante de leurs membres. L'attribution à la société d'une personnalité morale indépendante entraîne la reconnaissance à son profit de droits sur son patrimoine propre qu'elle est seule à même de protéger. En conséquence, seul l'Etat national peut exercer la protection diplomatique de la société lorsque ses droits sont atteints du fait d'un acte illicite d'un autre Etat. Afin de déterminer si une société possède une personnalité juridique indépendante et distincte, le droit international renvoie aux règles du droit interne en la matière »[417].

300. Peu importe donc la forme que prend la société en droit interne. Qu'il s'agisse d'une société anonyme ou bien d'une société de personnes à responsabilité limitée[418], un groupement sera considéré comme ayant une personnalité juridique distincte par rapport à ses associés en droit international s'il dispose d'une personnalité qui lui est conférée par un ordre juridique étatique. Pour reprendre une expression employée par les professeurs COMBACAU et SUR dans leur traité de Droit international public, toutes les sociétés ayant une personnalité juridique en vertu du droit interne de leur constitution bénéficient également d'une « personnalité internationale » qui peut être définie comme, « une qualité passive, qui leur permet de recevoir les droits et obligations résultant d'une activité interétatique à laquelle ils n'ont pas pris part »[419].

301. Une autre question qui pourrait tout de même se poser est celle de savoir si en cas de présence d'une société à risque illimité, c'est-à-dire une société dans laquelle la responsabilité financière des associés pourrait être engagée au-delà de leurs propres

---

[417] *Ibid.*, § 61.

[418] Voir pour une affaire arbitrale qui refuse également d'accorder la possibilité à l'Etat national des actionnaires (l'Allemagne) d'une société de personnes à responsabilité limitée créée conformément à la législation de Venezuela, d'exercer une protection diplomatique en faveur de ses ressortissants pour les pertes subies par la société, *Brewer, Moller & Co. (Second Case)*, sentence rendue en 1903, *in RSA*, vol. X, pp. 433-435, spéc. p. 435 : « *Certainly under the protocol this Commission can not take jurisdiction of a claim which is not owned by a German subject, and if, as has been stated, Pinedo, Garcia & Co. Were the owners in law of the property, and their German associates have only a right to an accounting for their contribution and profits, they are not legal owners of the debt or of any interest therein* ».

[419] COMBACAU (J.), SUR (S.), *Droit international public*, Paris, Montchrestien, 10ème édition, 2012, p. 320. En opposition justement à la « capacité internationale » ou encore à la « capacité d'exercice » qui permet « si elle est reconnue à ces nouveaux sujets…de participer eux-mêmes à l'activité juridique internationale », *ibid*.

apports pour l'ensemble des dettes contractées par l'entreprise, ces associés ne devraient pas, en contrepartie à leur responsabilité accrue, pouvoir agir à l'encontre des tiers de leur société (un Etat étranger par exemple) qui seraient redevables vis-à-vis de celle-ci.

302. Il semble en effet découler des termes employés par la CIJ dans l'affaire *Diallo* précitée que les juges ont pris en compte le caractère limité de la responsabilité de M. Diallo dans le cadre des sociétés congolaises qu'il a créées pour considérer que ce dernier ne disposait pas des droits qui lui étaient propres sur les biens appartenant à ces sociétés :

> « La Cour fait observer que le droit international a maintes fois reconnu le principe de droit interne selon lequel une société possède une personnalité juridique distincte de celle de ses actionnaires. Cela demeure vrai s'agissant d'une SPRL qui serait devenue unipersonnelle dans le cas d'espèce. Dès lors, les droits et les biens de la société doivent être distingués de ceux de l'associé. A cet égard, l'idée avancée par la Guinée, selon laquelle le patrimoine de la société se confond avec celui de l'actionnaire, ne saurait se défendre en droit. En outre, il convient de noter que les responsabilités de la société ne sont pas celles de l'actionnaire. Dans le cas de la SPRL Africontainers-Zaïre, il est expressément indiqué dans ses statuts que « [c]haque associé n'est responsable des engagements de la société que jusqu'à concurrence du montant de sa participation » (article 7; voir aussi paragraphes 105 et 115 ci-dessus) »[420].

Nous n'avons cependant trouvé aucun exemple jurisprudentiel tranchant clairement ce point juridique particulier.

303. A l'inverse, lorsqu'un groupement économique ne possède pas une personnalité juridique de droit interne, il se voit refuser la possibilité d'agir en tant qu'entité unifiée et autonome au niveau international. Cela se vérifie de manière quasi-constante dans la jurisprudence arbitrale concernant les *partnerships* ne disposant pas d'une personnalité juridique qui leur est propre. A titre d'exemple, dans l'affaire *Mihaly International Corporation c. Sri Lanka* jugée par un tribunal arbitral constitué sous les auspices du CIRDI en 2002, les arbitres ont considéré que :

[420] CIJ, Affaire *Ahmadou Sadio Diallo (Guinée c. République démocratique du Congo)*, arrêt portant sur le fond du 30 novembre 2010, *Rec.*, 2010, p. 689, § 155. Voir dans le même sens, l'arrêt portant sur les exceptions préliminaires du 24 mai 2007, *Rec.*, 2007, § 63: « Le droit congolais attribue à la S.P.R.L. [société privée à responsabilité limitée] une personnalité juridique indépendante et distincte de celle des associés, notamment en ce que le patrimoine des associés est complètement séparé de celui de la société, et que ceux-ci ne sont responsables des dettes de la société qu'à hauteur de leur apport à celle-ci. Il en découle que les créances et les dettes de la société à l'égard des tiers relèvent respectivement des droits et des obligations de celle-ci. Ainsi que l'a souligné la Cour dans l'affaire de la Barcelona Traction : « Tant que la société subsiste, l'actionnaire n'a aucun droit à l'actif social » (*Recueil* 1970, p. 34, par. 41.) Ceci demeure la règle fondamentale en la matière, qu'il s'agisse d'une S.P.R.L. ou d'une société anonyme ».

> « *the suggested partnership between Mihaly (USA) and Mihaly (Canada) which did not have a separate juridical personality of its own distinct from its members, neither acquired dual or joint nationality, nor was any of the partners divested of its original US or Canadian nationality. The existence of an international partnership, wherever and however formed, could neither add to, nor subtract from, the capacity of the Claimant, Mihaly (USA), to file a claim against the Respondent for whatever rights or interests it may be able to substantiate on the merits in connection with the proposed power project in Sri Lanka, upon fulfillment of the other requirements of ICSID jurisdiction. The fact remains undisputed that the designated Claimant in the case at bar is unmistakably Mihaly (USA) eo nomine and not the Mihaly International or Binational Partnership (USA and Canada)* »[421].

Le même tribunal a rajouté un peu plus loin dans sa solution :

> « *This proposition is confirmed by ICSID long-standing practice as is amply demonstrated by the decision in Klöckner v. Cameroon (ICSID Case No. ARB/81/2), where all the three Klöckner Corporations (Germany: Klöckner Industrie-Anlagen GmbH; Belgium: Klöckner Belge S.A.; and Netherlands: Klöckner Handelsmaatschappij B.V.) were named as co-claimants* »[422].

304. Les arbitres ont tout de même assorti ce principe d'une exception selon laquelle rien n'empêchait un Etat partie à la Convention CIRDI de conclure un contrat avec un consortium international ne disposant pas d'une personnalité juridique en vertu du droit interne d'un autre Etat qui prévoirait que le premier Etat considère son cocontractant comme une personne morale distincte par rapport aux membres qui le composent[423].

305. Dans le même sens, le tribunal des différends irano-américain a toujours refusé de connaître des réclamations portées par des *partnerships* en leur propre nom[424]. La

---

[421] CIRDI, *Mihaly International Corporation c. Sri Lanka*, sentence arbitrale du 15 mars 2002, Aff. n° ARB/00/2, § 22, p. 148.

[422] *Ibid.*, § 25, p. 149. Cette solution s'inscrit en outre dans la continuité d'une jurisprudence arbitrale beaucoup plus ancienne. Voir notamment, dans le même sens, Affaire *Ruden & Co*, sentence rendue le 26 février 1870, *in* LAPRADELLE (A. de) et POLITIS (N.), *Recueil des arbitrages internationaux*, Tome deuxième, 1856-1872, Paris, Pedone, pp. 589-593 ; *Shufeldt (Guatemala c. Etats-Unis d'Amérique)*, sentence rendue le 24 juillet 1930, *in RSA*, vol. II, p. 1097 ; Affaire *Adolph Deutz and Charles Deutz (A Co-partnership) (Etats-Unis c. Mexique*), sentence rendue le 17 avril 1927, *in RSA*, vol.IV, p. 472. Pourtant, le compromis conclu entre les Etats-Unis et le Mexique applicable dans cette affaire permettait la protection des *partnerships*. Le fait alors que ce soient les membres de celui-ci qui faisaient l'objet de la protection de la part des Etats-Unis s'explique peut-être par le fait que le *partnership* auquel ils prenaient par ne pouvait pas être considéré ayant la nationalité américaine.

[423] [423] CIRDI, *Mihaly International Corporation c. Sri Lanka*, *op.cit.*, § 25. Sur cette question voir aussi *infra*, § 2.

[424] Voir entre autres, *Chas T. Main International c. Khuzestan Water and Power Authority*, sentence interlocutoire du 27 juillet 1983, n°ITL 23-120-2, *IUSCTR*, vol. 3, p. 161 ; *Tippets, Abbett, McCarthy,*

condition selon laquelle les sociétés américaines ou iraniennes souhaitant porter plainte respectivement à l'encontre de l'Iran ou des Etats-Unis devaient disposer d'une personnalité juridique en vertu de l'ordre juridique de leur constitution est d'ailleurs expressément prévue par la Déclaration d'Alger ayant institué ce tribunal[425].

306. Certaines conventions de protection des investissements étrangers s'écartent toutefois de ce principe jurisprudentiel et prévoient qu'un groupement puisse être considéré comme capable d'invoquer des droits internationaux à l'encontre d'un Etat étranger, même si ce groupement ne dispose pas, en vertu du droit étatique conformément auquel il a été constitué, d'une personnalité juridique *stricto sensu*.

PARAGRAPHE 2
LA RECONNAISSANCE D'UNE EXISTENCE LÉGALE AUX GROUPEMENTS SANS PERSONNALITÉ JURIDIQUE DE DROIT INTERNE

307. Certains traités en matière de protection des investissements étrangers étendent leur champ de protection vis-à-vis des groupements ou des entités qui ne jouissent pas d'une personnalité juridique distincte au regard du droit interne en vertu duquel ils ont été formés (**A**). La capacité processuelle de telles personnes morales pour agir devant les tribunaux arbitraux constitués sous les auspices du CIRDI a toutefois fait l'objet de controverses en jurisprudence (**B**).

A. Exemples de traités étendant leur protection au profit de groupements sans personnalité juridique

308. L'article 1.3.a) du modèle allemand de traité bilatéral de promotion et de protection réciproques des investissements de 2008 prévoit que :

Straaton c. TAMS-AFFA Consulting, sentence du 29 juin 1984, n° 141-7-2, *IUSCTR*, vol. 6, p. 225 ; *Housing and Urban Services Internationl, Inc c. Iran*, sentence du 22 novembre 1985, n° 201-174-1, *IUSCTR*, vol. 9, p. 313 ; *Mobil Oil Iran, Inc c. Iran*, sentence partielle du 14 juillet 1987, n° 311-74/76/81/150-3, *IUSCTR*, vol. 16, p. 14 ; *United Painting Co, Inc. c. Iran*, sentence du 20 décembre 1989, n°458-11286-3, *IUSCTR*, vol. 23, p. 355.

[425] Voir l'article VII de la Déclaration d'Alger relative le règlement du contentieux entre les Etats-Unis d'Amérique et la République islamique d'Iran du 19 janvier 1981. Cette disposition précise notamment que sont capables de porter une réclamation devant le tribunal institué par cette Déclaration les nationaux de l'Iran ou des Etats-Unis à l'encontre de l'autre Etat, c'est-à-dire en ce qui concerne les personnes morales « *a corporation or other legal entity which is organized under the laws of Iran or the United States*». Le texte de la déclaration peut être consulté sur: http://www.iusct.net/General%20Documents/2-Claims%20Settlement%20Declaration.pdf

> « *any juridical person and any commercial or other company or association* ***with or without legal personality*** *which is founded pursuant to the law of the Federal Republic of Germany or the law of a Member State of the European Union or the European Economic Area and is organized pursuant to the law of the Federal Republic of Germany, registered in a public register in the Federal Republic of Germany or enjoys freedom of establishment as an agency or permanent establishment in Germany pursuant to Articles 43 and 48 of the EC Treaty* »[426].

309. De manière semblable, les traités bilatéraux d'investissements conclus par la Chine se réfèrent souvent à des « entités économiques » ou des « entités légales » sans ajouter que ces dernières doivent obligatoirement posséder une personnalité juridique distincte. A titre d'illustration, l'article 1.2.b) du traité bilatéral d'investissements signé entre la Chine et le Laos prévoit que :

> « *The term 'investors" means in respect of both Contracting States: […] (b) economic entities established in accordance with the laws and regulations of each contracting State* »[427]

En interprétant cette disposition conventionnelle, le tribunal arbitral saisi sur le fondement de ce dernier traité et constitué sur la base du règlement CNUDCI dans l'affaire *Sanum c. Laos* de 2013 a estimé que :

> « *Chinese treaties are drafted so as to include entities that may not be separate legal entities with their own legal personality. The concept of "economic entity" contemplates a wider array of entities than the concept of corporation and is related to the particularities of the Chinese legal system* »[428]

Dans le même sens l'article 1.2.b) du traité bilatéral d'investissements conclu entre la Chine et la France en 2007 prévoit que :

---

[426] C'est nous qui soulignons.Voir dans le même sens l'article 1.4.a du traité bilatéral d'investissements signé entre l'Allemagne et le Burkina Faso à Ouagadougou le 22 octobre 1996 et entré en vigueur le 21 novembre 2009 : « *on entend par « sociétés » a) en ce qui concerne la République fédéral d'Allemagne : toute personne morale ainsi que toute société de commerce ou autre société ou association, avec ou sans personnalité juridique, ayant son siège sur le territoire de la République fédérale d'Allemagne, indépendamment de la question de savoir si son activité à un but lucratif ou non* »

[427] Traité bilatéral de promotion et protection réciproque des investissements entre la Chine et le Laos signé à Vientiane le 31 janvier 1993 et entré en vigueur le 1er juin 1993. Voir dans le même sens l'article 1.2.b du traité bilatéral d'investissements signé entre la Chine et la République de Malte le 22 janvier 2009 et entré en vigueur le 1er avril 2009 : « The term "investor" means: (b) ***legal entities***, including companies, associations, ***partnerships and other organizations***, incorporated or constituted under the laws and regulations of either Contracting Party that have their seat or registered office in that Contracting Party.». C'est nous qui soulignons.

[428] CNUDCI, Affaire *Sanum c. Laos,* décision sur la compétence du 13 décembre 2013, CPA n° aff 2013-13, § 307.

> « Le terme d'investisseur désigne
> b) toute personne morale constituée sur le territoire de l'une ou l'autre des Parties contractantes conformément à la législation de celle-ci et y possédant son siège social, ou contrôlée directement ou indirectement par des nationaux ou par des personnes morales de l'une des Parties contractantes »[429]

Comme la plupart des traités bilatéraux conclus par la France, celui-ci ne précise pas non plus que ces personnes morales doivent posséder forcément d'une personnalité juridique distincte par rapport à celle de leurs membres. En outre, le deuxième paragraphe de l'article 1.2.b) précité rajoute que :

> « Sont notamment considérées comme des personnes morales au sens du présent article les sociétés, ***d'une part***, et les organisations à but non lucratif dotées de la personnalité juridique ***d'autre part***. »[430]

Il ressort de cette formulation que ce sont uniquement les organisations à but non lucratif qui doivent posséder une personnalité juridique pour pouvoir bénéficier de la protection du traité. Quant aux sociétés, elles ne sont pas concernées par une telle exigence. Tout dépendra alors de la manière dont le terme « société » est défini par le droit interne de chacun des Etats parties à la convention.

310. Enfin, un certain nombre de traités multilatéraux utilisent quant à eux le terme générique « entreprise » qui englobe à la fois des structures avec et sans personnalité juridique. Ainsi, l'article 1139 de l'ALENA, en relation avec l'article 201 du même traité prévoit que :

> « entreprise désigne toute entité constituée ou organisée légalement, à des fins lucratives ou non, et possédée par le secteur privé ou le secteur public, y compris toute société, fiducie, société de personnes, entreprise individuelle, ***coentreprise***, ou autre association »[431]

311. Bien que tous ces accords ne conditionnent pas la faculté des groupements économiques de se prévaloir des droits conventionnellement prévus à l'existence par ces groupements d'une personnalité juridique de droit interne qui leur est propre, la question s'est tout de

---

[429] Accord entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République populaire de Chine sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements signé le 27 novembre 2007 à Pékin et entré en vigueur le 20 août 2010.
[430] *Ibid.* C'est nous qui soulignons.
[431] C'est nous qui soulignons. Voir dans le même sens l'article 1(7) du traité sur la Charte de l'énergie : « toute entreprise ou autre organisation organisée conformément à la législation applicable sur le territoire de cette partie contractante ».

même posée de savoir si de telles entités disposaient de la capacité processuelle pour agir devant certains organes arbitraux compte tenu des conditions de recevabilité des réclamations posées par les règlements de procédure de ces derniers. Sont ici spécialement visés les tribunaux arbitraux constitués sous les auspices du CIRDI.

B. La capacité pour agir des personnes morales sans personnalité juridique propre devant les tribunaux arbitraux constitués sous les auspices du CIRDI

312. L'article 25.2.b) de la Convention de Washington de 1965 ayant institué le CIRDI et qui fonde la compétence du Centre prévoit que les tribunaux constitués sous ses auspices peuvent connaître des différends liés à un investissement opposant un Etat contractant à un « ressortissant d'un autre Etat contractant », et notamment pour ce qui nous intéresse « toute personne morale qui possède la nationalité d'un Etat contractant autre que l'Etat partie au différend ». A l'instar des traités en matière de protection des investissements cités plus haut, cette disposition semble ne pas exclure la possibilité pour les personnes morales ne disposant pas d'une personnalité juridique *stricto sensu* d'agir à l'encontre d'un Etat contractant vis-à-vis duquel elles sont considérées comme étrangères. Pour autant, le tribunal arbitral saisi dans l'affaire *Impregilo c. Pakistan*[432] a considéré que l'article 25.2.b) de la Convention de Washington exigeait des sociétés d'avoir une personnalité juridique qui leur soit conférée par un droit interne pour pouvoir porter une réclamation devant le Centre. En l'espèce, deux contrats pour la construction d'une centrale hydroélectrique avaient été conclus entre une société italienne *Impregilo*, d'une part, qui agissait au nom d'une coentreprise (*joint-venture*) constituée de quatre autres sociétés de nationalité allemande, française et pakistanaise, et une société publique agissant au nom de Pakistan d'autre part. En vertu du statut de la *joint-venture* elle n'avait pas été soumise à un ordre juridique étatique particulier, mais les relations entre les partenaires de celle-ci devaient être régies par le droit suisse[433]. Or, ni le droit suisse, ni le droit pakistanais (le droit de l'Etat défendeur du différend) ne comportaient des dispositions conférant une personnalité juridique à de tels partenariats. Comme *Impregilo* disposait de la majorité des parts de participation au sein de la coentreprise, c'est cette société qui a été désignée par le statut de la joint-venture comme ayant le pouvoir de la représenter et d'agir au nom des autres partenaires de celle-ci. A la suite d'un différend lié à l'exécution des contrats signés avec le Pakistan, *Impregilo* a

[432] CIRDI, *Impregilo c. Pakistan*, décision sur la compétence du 22 avril 2005, Aff. n° ARB/03/3.
[433] *Ibid.*, §§ 117-118.

invoqué le traité bilatéral de protection des investissements conclu entre l'Italie et le Pakistan afin de porter le litige devant le CIRDI. La requérante a prétendu agir au nom de la joint-venture chargée d'exécuter les contrats et a demandé une indemnité couvrant les pertes subies par l'ensemble des partenaires.

313. L'article 1.4 du traité bilatéral conclu entre l'Italie et le Pakistan prévoyait que :

> « *The term "legal person", in reference to either Contracting Party, shall be construed to mean any entity established in the territory of one of the Contracting Parties, and recognized as legal person in accordance with the respective national legislation such as public establishments, joint-stock corporations or partnerships, foundations, or associations, regardless of whether their liability is limited or otherwise* »[434].

Un premier obstacle à la possibilité pour *Impregilo* d'agir au nom de la joint-venture résidait dans le fait que cette dernière n'était pas établie sur le territoire italien. Il s'agissait en effet d'un partenariat à base contractuelle sans incorporation territoriale quelconque. La question pouvait se poser deuxièmement de savoir si un tel type de partenariat était reconnu en tant que personne morale par le droit italien. Le tribunal n'a cependant pas considéré pour nécessaire d'analyser ces différents points. Au lieu de cela, en reprenant un commentaire du professeur SCHREUER relatif à l'article 25 de la Convention de Washington, les arbitres ont estimé qu'en vertu de cette dernière disposition la notion de « personne morale » devait s'entendre uniquement comme étant une entité disposant d'une personnalité juridique distincte par rapport à ses membres en vertu du droit de l'Etat de sa constitution[435].

314. En effet, dans le cadre de leur ouvrage collectif *The ICSID Convention. A Commentary*[436] les coauteurs ont rappelé que le projet préliminaire de Convention définissait le terme « société » comme « compren[ant] toute association de personnes physiques ou juridiques que le droit national de l'Etat contractant en question

---

[434] *Ibid.*, § 109.

[435] *Ibid.*, § 133. Voir aussi, en dehors de l'arbitrage CIRDI, une interprétation allant dans le même sens, Institut d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm, *Renta 4 et autres c. Russie*, décision sur les exceptions préliminaires du 20 mars 2009, §§ 122-130. Dans cette affaire le tribunal a interprété l'expression espagnole de « *persona juridica* » employée dans le cadre du traité bilatéral d'investissements conclu entre l'Espagne et la Russie comme signifiant forcément des groupements disposant d'une personnalité juridique distincte par rapport à leurs membres.

[436] SCHREUER (Ch), avec MALINTOPPI (L.), REINISCH (A.), SINCLAIR (A.), *The ICSID Convention : A Commentary. A commentary on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*, Cambridge University Press, 2ème édition, 2013, p. 277, § 689.

reconnaisse ou non la personnalité juridique à cette association »[437]. Cependant, lors des négociations cette définition de la notion de société englobant des entités dépourvues de personnalité juridique ainsi que des « *unincorporated partnership[s]* » a rencontré l'opposition de la part de certains Etats. Il a alors été décidé d'utiliser le terme de « personne morale » sans le définir et de laisser à la pratique arbitrale future le soin de préciser cette notion. Sur la base de l'historique de ces travaux préparatoires les auteurs de l'ouvrage précité ont tout de même fait observer que :

> « *This indicates that legal personality is a requirement for the application of Art. 25(2)(b) and that a mere association of individuals or of juridical persons would not qualify. In such a situation, the individuals' case might be brought under Art. 25(2)(a) or the juridical person' case forming the association would have to be brought separately under Art. 25(2)(b)* »[438].

315. Pour illustrer leurs propos, les auteurs se sont référés à l'affaire *LESI-DIPENTA c. Algérie*[439]. Pour autant, les faits et le raisonnement tenus par les arbitres dans le cadre de cette dernière ne corroborent pas complètement une telle position. Certes, le tribunal a refusé de connaître la requête arbitrale introduite par un *consortium* sans personnalité juridique distincte, non pas cependant au motif de défaut de personnalité juridique de la demanderesse, mais parce que ce n'était pas cette dernière qui était la titulaire de l'investissement faisant l'objet du litige[440].

---

[437] Voir l'article X du projet préliminaire de Convention, Document de travail pour les réunions consultatives d'experts juridiques, COM/AF/WH/EU/AS/1 du 15 octobre 1963, *in History of the ICSID Convention*, vol. II(1), ICSID, Washington, 1968, p. 230, doc. n° 24.

[438] SCHREUER (Ch.), *The ICSID Convention : A Commentary*, *op.cit.*, p. 278, § 690.

[439] CIRDI, *Consortium Groupement LESI-DIPENTA c. Algérie*, sentence du 10 janvier 2005, Aff n° ARB/03/08.

[440] En l'espèce, deux sociétés LESI et DIPENTA avaient formé un « Groupement Momentané d'Entreprises » en vertu du droit italien, afin de participer ensemble à un appel d'offre lancé par le gouvernement algérien pour la construction d'un barrage. Ce type de groupement « à caractère interne » (v. *ibid.*, § § II. 37(i)), ne donnait pas naissance, en vertu du droit italien, à un nouveau sujet de droit vis-à-vis des tiers. Autrement dit, les deux entreprises membres de ce partenariat continuaient à être entièrement responsables pour leurs agissements dans leurs relations avec d'autres sujets. A la suite de l'annonce par l'Algérie de l'attribution du marché au groupement *LESI-DIPENTA*, un contrat a été conclu entre une autorité publique d'une part, et les deux entreprises membres du *consortium* d'autre part. Sur la page de couverture, les deux entreprises ont été mentionnées séparément ; sur la page de signature, on retrouve la mention du «Groupement d'entreprises LESI/DIPENTA Costruzioni S.p.a. Peu après la conclusion du contrat, les sociétés LESI et DIPENTA ont procédé, pour le besoin de la réalisation du marché octroyé, à la constitution d'un autre type de *consortium* dit « qualifié » qui, toujours en vertu du droit italien, pouvait être titulaire des droits et des obligations différents de ceux de ses membres, disposait de la capacité pour agir en justice et jouissait d'un patrimoine qui lui était propre. C'était ce dernier groupement qui a par la suite porté une réclamation devant le tribunal CIRDI au motif du non respect par l'Algérie de ses engagements contractuels. Le tribunal a rejeté la recevabilité de cette requête au motif que la demanderesse « n'éta[it] pas titulaire du Contrat par lequel l'investissement a été réalisé » (*ibid.*, § § 40 (ii)). La conclusion des arbitres selon laquelle la requérante ne pouvait donc pas « prétendre être un investisseur au sens de l'article 25(1) de la Convention [de Washington] » ne devait pas être

316. Un autre tribunal arbitral saisi dans le cadre d'un litige plus récent a estimé quant à lui que l'absence d'une personnalité juridique d'un groupement ne constituait pas un obstacle pour la recevabilité de sa requête au regard de l'article 25.1 de la Convention de Washington ayant institué le CIRD. A l'occasion de l'affaire *Abaclat et autres c. Argentine*[441], 184 000 porteurs italiens de titres de dette argentine ont introduit une réclamation collective à l'encontre de l'Argentine en se regroupant en une association qu'ils ont autorisée à agir en leur nom. Parmi ces porteurs, il y avait aussi bien des personnes physiques que des personnes morales, et certaines de ces dernières ne disposaient pas de personnalité juridique. Leur capacité pour agir en tant qu'investisseurs italiens avait alors été mise en cause par l'Etat défendeur à la fois au regard du traité bilatéral d'investissements conclu entre l'Italie et l'Argentine qui constituait le fondement de cette réclamation, qu'au regard de la Convention de Washington. A l'instar de l'article 25.2.b de la Convention de Washington, l'article 1.2 b) du traité conclu entre l'Italie et l'Argentine ne précisait guère si les personnes morales constituées conformément à la législation de l'un des Etats parties à celui-ci devaient disposer d'une personnalité juridique pour pouvoir agir en tant qu'investisseur de cet Etat partie à l'encontre de l'autre Etat partie au traité[442]. Le tribunal arbitral a toutefois estimé qu'à partir du moment où une entité avait été créée conformément à la législation italienne et qu'elle avait la capacité, toujours en vertu de cette dernière législation, de détenir un investissement et d'agir en justice en son propre nom pour la protection d'un tel investissement, cette entité devait être considérée, aussi bien au regard du traité bilatéral qu'au regard de la Convention de Washington, comme étant un investisseur indépendamment de la question de savoir si elle disposait une personnalité juridique propre par rapport à ses membres. Pour reprendre les termes exacts employés par tribunal dans l'affaire *Abaclat* :

> « *Where a non-natural investor falls within the definition of juridical persons provided for in the BIT, and where such investor has under the law applicable to it the legal capacity to acquire an investment protected under the BIT and to sue and to be sued, it would be contrary to the purpose of the*

---

interprétée à notre avis comme résultant du défaut de personnalité juridique de la demanderesse – d'ailleurs en vertu du droit italien la requérante avait bien une personnalité juridique – mais comme découlant du constat du tribunal selon lequel le différend relatif au contrat d'investissement ne liait pas l'Etat défendeur à la requérante, mais l'Etat défendeur à deux autres sociétés qui n'étaient pas parties au présent litige.

[441] CIRDI, *Abaclat et autres c. Argentine*, décision sur la compétence et la recevabilité du 4 août 2011, Aff. n° ARB/07/5.

[442] *Ibid.*, §§ 393-395.

> *BIT and the ICSID Convention to deny such investor the capacity to initiate ICSID arbitration. Indeed, it would make no sense to allow on one hand an investor to make an investment protected under the BIT, and deny on the other hand such investor the right to invoke protection under the BIT for violation of the rights attached to such investment* »[443].

Nous adhérons à une telle analyse. Le renvoi au droit interne de l'Etat en vertu de la législation duquel une société ou un groupement économique a été créé ne devrait pas avoir pour seul but de chercher « aveuglement » si ce droit confère une personnalité juridique à l'entité en question. Comme le tribunal dans l'affaire précitée l'a estimé, certains groupements de droit interne peuvent ne pas avoir une personnalité juridique *stricto sensu* mais « *possess certain attributes of legal personality and in particular the right to sue and to be sued* »[444]. Une entité qui peut être titulaire de droits dans le cadre d'un ordre juridique étatique, et à laquelle un autre ordre juridique étatique, celui de l'Etat de territorialité d'un investissement litigieux, reconnaît une telle capacité devrait pouvoir agir également en tant que personne distincte en droit international.

317. Cette première étape du raisonnement consistant à se demander si une entreprise ou un groupement économique peut être titulaire des droits qui lui sont propres au niveau international doit être distinguée de celle qui la suit immédiatement et qui vise cette fois-ci à déterminer quelle est la « nationalité » d'une telle entité afin de savoir si elle pourra se prévaloir de la protection conventionnelle d'un traité particulier vis-à-vis de l'Etat de territorialité de son investissement.

[443] *Ibid.*, § 417 (iii)
[444] *Ibid.*, § 417 (i).

SECTION 2

LES CRITÈRES DE DÉTERMINATION DE LA NATIONALITÉ D'UNE SOCIÉTÉ EN DROIT INTERNATIONAL

318. Très différente de la nationalité des personnes physiques telle que celle-ci a été définie par la Cour internationale de Justice dans son arrêt *Nottebohm* de 1955[445], la « nationalité » des sociétés n'est assimilable à cette dernière que dans la mesure où elle peut être définie comme un « lien de sujétion et de subordination »[446] d'une personne à un Etat.

319. Nombreux ont été les auteurs qui ont remis en cause le bien-fondé de l'extension de cette notion vis-à-vis des sociétés. Force est pourtant de constater aujourd'hui qu'aussi bien les Etats, dans le cadre de leur pratique interne ou internationale, que la jurisprudence et la doctrine se réfèrent fréquemment au terme de nationalité, ou si ce n'est pas littéralement à ce dernier terme, au concept de rattachement étatique des personnes morales, afin de procéder à une catégorisation de celles-ci et déterminer les droits et privilèges dont elles peuvent se prévaloir en fonction de leur allégeance.

320. Ce parallélisme avec les personnes physiques n'est toutefois pas en mesure d'effacer les différences substantielles qui existent entre la notion de nationalité des individus et celle des sociétés. Comme le professeur Rezek a pu le constater:

> « La nationalité, stricto sensu, est un attribut de la personne humaine. Ce lien politique éminent doit être bien distingué des rapports entre l'Etat et les personnes morales - dus le plus souvent au lieu d'incorporation ou au siège social – pour lesquels l'usage du terme nationalité n'est qu'une tradition insinuée par l'analogie »[447].

---

[445] CIJ, Affaire *Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala)*, arrêt du 6 avril 1955, *Rec*., 1955, p.23 : « Selon la pratique des Etats, les décisions arbitrales et judiciaires et les opinions doctrinales, la nationalité est un lien juridique ayant à sa base un fait social de rattachement, une solidarité effective d'existence, d'intérêts, de sentiments jointe à une réciprocité de droits et de devoirs. Elle est, peut-on dire, l'expression juridique du fait que l'individu auquel elle est conférée, soit directement par la loi, soit par un acte de l'autorité, est, en fait, plus étroitement rattaché à la population de l'Etat qui la lui confère qu'à celle de tout autre Etat. Conférée par un Etat, elle ne lui donne titre à l'exercice de la protection vis-à-vis d'un autre Etat que si elle est la traduction en termes juridiques de l'attachement de l'individu considéré à l'Etat qui en a fait son national ».

[446] DE VISSCHER (P.), « La protection diplomatique des personnes morales », *RCADI*, 1961 (I), t. 102, p. 435. Voir dans le même sens, TOUZÉ (S.), *La protection des droits des nationaux à l'étranger – Recherches sur la protection diplomatique*, Paris, Pedone, 2007, p. 399 ; LEVY (L.), *La nationalité des sociétés*, Paris, L.G.D.J, 1984, p. 36.

[447] REZEK (J.-F.), « Le droit international de la nationalité », *RCADI*, 1986-III, vol. 198, p. 345.

La communauté nationale d'individus d'un Etat constitue en effet l'un des éléments de définition et l'une des raisons d'être de ce dernier. C'est sa dimension personnelle sans laquelle sa viabilité et son existence même sont vouées à l'échec.

321. En matière de nationalité des personnes morales en revanche, les enjeux sont de toute autre nature. Pour l'attribution de la nationalité des personnes physiques les Etats se reconnaissent mutuellement une compétence exclusive et quasi-illimitée. Lorsqu'un Etat attribue sa nationalité à un individu les autres Etats reconnaissent et respectent une telle décision sauf dans les cas où, extrêmement rares en pratique, le premier Etat a procédé à une telle attribution en ne tenant manifestement pas compte des droits que d'autres Etats prétendent exercer vis-à-vis de ce même individu, et des liens clairement plus étroits que celui-ci entretient avec un ou plusieurs d'entre eux[448]. En revanche, en matière de « nationalité » des personnes morales, les Etats ne tiennent plus compte de la législation adoptée par leurs pairs. L'attribution de la nationalité des sociétés s'effectue selon des critères propres à chaque ordre juridique – étatique ou international - au sein duquel cette question se pose. A titre d'exemple, en France, la jurisprudence a posé le principe selon lequel : « la nationalité […] pour une société, résulte, en principe, de la localisation de son siège réel, défini comme le siège de la direction effective et présumé par le siège statutaire » [449]. En vertu de cette règle, les juridictions françaises peuvent donc considérer qu'une personne morale, créée pourtant conformément à la législation française, a une nationalité étrangère en raison de la localisation de son siège social réel dans un autre pays, et inversement qu'une société à laquelle un Etat tiers a attribué sa propre nationalité doit être considérée comme française car elle a établi son siège réel en France[450].

322. En droit international la Cour internationale de Justice a adopté une attitude semblable. Dans son arrêt rendu à l'occasion de l'affaire de *la Barcelona Traction* la Cour n'a pas déterminé la nationalité canadienne de la société en se référant au droit canadien, mais en se fondant sur des critères (celui de l'incorporation ou du siège social) qu'elle a considérés comme étant ceux généralement utilisés par les Etats dans leurs droits

[448] CIJ, Affaire *Nottebohm*, *op.cit.*, p. 23.
[449] Cour de cassation française, assemblée plénière, Affaire *Roval*, arrêt du 21 décembre 1990 ; voir aussi Cour de cassation, première chambre civile, arrêt 18 avril 1972, *JDI*, 1973, t. 100, p. 219, 2ème espèce, suivie d'une note d'OPPETIT (B.), pp. 220-227; Cour de cassation française, première chambre civile, Affaire de la *Caisse centrale de réassurance des mutuelles agricoles*, arrêt du 30 mars 1971.
[450] Voir dans le même sens, CASTEL (N.), LA PRADELLE (G. de), « Les entreprises », *in Droit de l'économie internationale*, Paris, Pedone, 2004, p. 69.

internes respectifs, et en les constituant donc en une norme internationale[451]. Cette méthode de raisonnement n'a pas été remise cause par l'arrêt *Diallo* de 2007 qui renvoie à la solution de *la Barcelona Traction* pour trancher la question de l'Etat national titulaire de la capacité d'exercice de la protection diplomatique concernant deux sociétés créées conformément au droit congolais[452].

323. De même, c'est en adoptant une règle propre de droit international et non pas en renvoyant aux différentes solutions retenues par les droits internes que la Commission du droit international procède à la détermination de la nationalité d'une société aux fins de la protection diplomatique de cette dernière. L'article 9 du projet d'articles de la Commission de 2006 sur la protection diplomatique prévoit notamment que :

> « Aux fins de la protection diplomatique d'une société, ***on entend par Etat de nationalité*** l'Etat sous la loi duquel cette société a été constituée. Néanmoins, lorsque la société est placée sous la direction de personnes ayant la nationalité d'un autre Etat ou d'autres Etats et n'exerce pas d'activités importantes dans l'Etat où elle a été constituée, et que le siège de l'administration et le contrôle financier de cette société sont tous les deux situés dans un autre Etat, ***ce dernier est considéré comme l'Etat de nationalité*** »[453].

324. Concernant les conventions en matière de protection des investissements étrangers, elles contiennent également le plus souvent leurs propres règles de détermination de la nationalité des personnes morales sans procéder forcément à un renvoi aux droits internes des Etats parties. Deux manières principales pour les Etats de définir la nationalité des personnes morales sont à cet égard observables. La première consiste tout simplement de reprendre la définition de la nationalité retenue par la Cour

---

[451] CIJ, Affaire de la *Barcelona Traction*, arrêt du 5 février 1970, *op.cit.*, p. 42, § 70.
[452] CIJ, Affaire *Diallo*, arrêt du 24 mai 2007, *op.cit.*, §§ 86-94.
[453] C'est nous qui soulignons. Projet d'articles de la CDI sur la protection diplomatique adopté en seconde lecture, *in Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa 58ème session (2006)*, document n° A/61/10. De manière pourtant assez surprenante, dans son commentaire concernant l'article 9 précité, la Commission du droit international indique que : « Comme pour les personnes physiques, l'octroi de la nationalité à une société est « compris dans le domaine réservé » d'un Etat. ». Toutefois, elle rajoute un peu plus loin que « c'est au droit international qu'il appartient de déterminer les circonstances dans lesquelles un Etat peut exercer la protection diplomatique au nom d'une société ou des ses actionnaires », *ibid.*, p. 54, § 3. Y aurait-il alors une nationalité des sociétés, déterminée par le seul droit interne de l'Etat selon la législation duquel elles ont été constituées, et une *nationalité* ou sinon un mode de rattachement étatique de la même société prévue cette fois-ci par la règle internationale aux seuls fins de la protection diplomatique de celle-ci ? Il découle en tout cas de l'étude de la pratique conventionnelle en matière d'investissements que la « nationalité » d'une société aux fins de sa protection au niveau international est définie de manière systématique par l'une des dispositions des traités, en faisant abstraction des modes de détermination de la nationalité des sociétés par les droits internes des Etats parties à ces conventions.

internationale de Justice en considérant que toutes les personnes morales créées en vertu de la législation d'un Etat et/ou qui y ont établi leur siège social doivent être considérées comme ressortissantes de ce dernier (**Paragraphe 1**). La seconde, quant à elle, cherche à faire incorporer dans la définition de national concernant les sociétés des critères tenant mieux compte de la réalité des liens économiques que ces dernières peuvent entretenir avec les Etats. (**Paragraphe 2**).

PARAGRAPHE 1
LES DÉFINITIONS CONVENTIONNELLES DE NATIONALITÉ DES SOCIÉTÉS S'INSCRIVANT DANS LA CONTINUITÉ DU DROIT COUTUMIER

325. Dans l'affaire de la *Barcelona Traction* de 1970, la Cour internationale de Justice a considéré que :

> « La règle traditionnelle attribue le droit d'exercer la protection diplomatique d'une société à l'Etat sous les lois duquel elle s'est constituée <u>et</u> sur le territoire duquel elle a son siège. Ces deux critères ont été confirmés par une longue pratique et par maints instruments internationaux »[454].

Comme un Etat ne peut exercer sa protection diplomatique qu'en faveur de ses nationaux[455], les juges ont ainsi assimilé l'Etat de constitution et du lieu du siège d'une société à l'Etat national de celle-ci. La Cour a d'ailleurs explicitement employé les termes « nationalité canadienne » concernant la société Barcelona Traction dans l'affaire précitée[456].

326. Les traités de protection des investissements étrangers, quant à eux, emploient rarement le terme de « nationalité » pour désigner les personnes morales capables de se prévaloir des droits qu'ils instaurent en faveur des investisseurs étrangers. Et pourtant c'est bien comme des « nationales » de l'un des Etats contractants que les sociétés qui remplissent les conditions pour être éligibles à la protection de ces conventions sont perçues par les tribunaux arbitraux (**A**).

---

[454] CIJ, *Barcelona Traction, Light & Power Company, Limited (Belgique c. Espagne*, arrêt du 5 février 1970, Nouvelle requête, Deuxième phase, *Recueil*, 1970, p. 42, § 70.
[455] CPJI, *Affaire du Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis (Estonie c. Lituanie)*, 28 février 1939, *Rec.* Serie A/B, n°77, p. 16: « En l'absence d'accords particuliers c'est le lien de nationalité entre l'Etat et l'individu qui seul donne à l'Etat le droit de protection diplomatique ».
[456] CIJ, *Barcelona Traction*, *op.cit.*, § 72.

327. Concernant les instruments qui ont repris pour le besoin de leur application la formule de détermination de la nationalité des sociétés établie par la Cour internationale de Justice, la question s'est posée dans la jurisprudence arbitrale de savoir comment il fallait interpréter et articuler le critère du lieu de constitution et celui du siège social. Plus précisément, est-ce que le critère du siège social devait être interprété comme étant un élément supplémentaire et autonome s'ajoutant à celui du lieu de constitution de la société, ou bien simplement comme précisant et explicitant ce dernier (**B**) ?

A. La notion de nationalité appliquée aux personnes morales au même titre qu'aux individus

328. Les rédacteurs des traités de protection des investissements étrangers réservent généralement le terme « national » aux seuls individus. A titre d'exemple l'article 1.2 du modèle de traité bilatéral d'investissements français de 2006 prévoit que :

> « Le terme d' « investisseur » désigne
> a) Les nationaux, c'est-à-dire les personnes physiques possédant la nationalité de l'une des parties contractantes
> b) Toute personne morale constituée sur le territoire de l'une des parties contractantes, conformément à la législation de celle-ci et y possédant son siège social »[457]

329. De manière semblable, la majorité des traités bilatéraux d'investissements conclus par les Pays-Bas prévoient que

> « *the term "investor"shall comprise with regard to either Contracting Party:*
> *i. natural persons having the citizenship or the nationality of that Contracting Party in accordance with its laws;*
> *ii. legal persons constituted under the law of that Contracting Party;* »[458]

[457] La même formulation est reprise par les traités bilatéraux d'investissements entre la France et le Djibouti du 13 décembre 2007, entre la France et la Chine du 26 novembre 2007, ou encore entre la France et la République des Seychelles du 29 mars 2007.

[458] La liste des traités bilatéraux d'investissement signés par les Pays-Bas peut être consulté sur le site de la CNUCED: http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryBits/148#iiaInnerMenu. Voir aussi pour un autre exemple ne retenant que le critère du lieu de constitution de la société les traités bilatéraux conclus généralement par le Royaume-Uni. La liste de ces accords peut être consultée sur le lien: http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryBits/221#iiaInnerMenu. Voir enfin l'article 201.1 de l'Accord de libre échange nord-américain (ALENA) qui définit le terme « personne d'une Partie » comme « un ressortissant ou une entreprise d'une Partie », en précisant que le terme « ressortissant » ne concerne que les personnes physiques et désigne celles qui ont la nationalité de l'un des Etats parties. Quant aux entreprises couvertes par le champ d'application de l'accord, il s'agit de celles qui sont « constituée(s) ou organisée(s) aux termes de la législation d'une Partie », le texte de l'accord est disponible en langue française sur le site de l'ALENA : https://www.nafta-sec-alena.org/Default.aspx?tabid=124&language=fr-CA.

330. La Convention de Washington de 1965 prévoit quant à elle que les tribunaux arbitraux constitués sous les auspices du CIRDI peuvent connaître des différends qui sont en relation directe avec un investissement, et qui opposent l'un des Etats parties à la Convention à un « ressortissant » d'un autre Etat contractant de cette dernière. En vertu de l'article 25.2 du même instrument:

> « Ressortissant d'un autre Etat contractant signifie » :
> (a) toute personne physique qui possède la nationalité d'un Etat contractant autre que l'Etat partie au différend […]
> (b) toute personne morale qui possède la nationalité d'un Etat contractant autre que l'Etat partie au différend […] ».

La question pouvait alors se poser de savoir si une société capable de se prévaloir des droits prévus en sa faveur par un traité de protection des investissements étrangers conformément à la définition d' « investisseur » retenue par cet instrument, pouvait être assimilée à une société possédant la nationalité d'un tel Etat au sens des termes de la Convention de Washington.

331. A l'occasion de l'affaire *Rompetrol c. Roumanie*[459], une requête arbitrale avait été déposée devant le CIRDI par une société constituée en vertu de la législation des Pays-Bas sur la base du traité bilatéral d'investissement conclu entre ce dernier pays et la Roumanie. La demanderesse n'avait pas été explicitement qualifiée de « nationale » des Pays-Bas par le traité applicable. En examinant si les conditions requises par l'article 25.2.b) de la Convention de Washington avaient été réunies pour que la compétence du tribunal puisse être établie les arbitres ont malgré cela estimé, sans même considérer pour nécessaire de justifier davantage leur conclusion, que:

> « *within the framework of Article 25(2)(b) of the Convention, it is open to the Contracting Parties to a BIT to adopt incorporation under their own law as a necessary and also sufficient* <u>*criterion of nationality*</u> *for purposes of ICSID jurisdiction* »[460].

Dans le même sens, à l'occasion d'une affaire plus récente - *Tenaris et Talta c. Venezuela* de 2016 – le tribunal arbitral avait été saisi par des requêtes fondées sur deux traités bilatéraux, le premier signé entre l'Union économique belgo-luxembourgeoise et

[459] CIRDI, *The Rompetrol Group N.V. c. Roumanie*, décision sur la compétence et la recevabilité du 18 avril 2008, Aff. n° ARB/06/3.
[460] *Ibid*., § 83. C'est nous qui soulignons.

le Venezuela et le second entre le Portugal et le Venezuela[461]. Ces deux accords employaient le terme « national » pour désigner uniquement les personnes physiques capables de se prévaloir de ces accords, et qualifiaient les sociétés constituées conformément à la législation de l'un des Etats contractants et ayant leur siège sur le territoire de cet Etat comme des « investisseurs » protégés par ces mêmes instruments. En dépit de cette différence de formulation le tribunal saisi a considéré que :

> « […] *the requirements in question here are, in substance, nationality requirements. The criteria of «* siège social » *and «* sede *»* [siège social en portugais] *are both mechanisms to determine the nationality of a company, and as such whether or not the company qualifies for coverage by a Treaty* »[462].

332. Si les critères du lieu de constitution ainsi que du lieu du siège social de la société qui lui permettent de se prévaloir d'un traité de protection des investissements ont été ainsi assimilés aux éléments constitutifs de sa nationalité sur le plan international, la signification exacte du critère du lieu du siège social prête à controverses.

B. L'interprétation des critères du lieu de constitution et du lieu du siège social de la société pour le besoin de la détermination de sa nationalité

333. Dans l'affaire de la *Barcelona Traction* la Cour internationale de Justice a estimé qu'en matière de nationalité et de capacité des Etats pour agir au nom des sociétés privées au niveau international, elle devait « non seulement […] prendre en considération le droit interne mais encore […] s'y référer »[463].

334. Pourtant, les solutions retenues par les droits internes au sujet de la nécessité pour une société d'installer son siège sur le territoire de l'Etat en vertu de la législation duquel elle a été constituée afin qu'elle puisse être considérée comme nationale de celui-ci, divergent. La plupart des pays dits de *common law* suivent une politique très libérale en la matière et admettent qu'une société ayant déclaré une simple adresse sur le territoire de l'Etat dans lequel elle a procédé à son enregistrement suffit. Ainsi, une société qui est enregistrée au Royaume-Uni et à laquelle a été octroyé un *certificate of incorporation*

[461] CIRDI, *Tenaris et Talta c. Venezuela*, sentence de 29 janvier 2016, Aff. n° ARB/11/26, § 115.
[462] *Ibid.*, § 167.
[463] CIJ, *Barcelona Traction,* arrêt du 5 février 1970, *op.cit.*, p. 38, § 50.

pourrait ensuite déplacer ses activités et/ou son établissement principal à l'étranger, sans pour autant perdre sa nationalité anglaise[464].

335. Les législations de la plupart des pays continentaux prévoient en revanche que pour qu'une société puisse être créée conformément à celles-ci et obtenir ainsi la nationalité de ces Etats, elle doit établir son siège sur le territoire de ceux-ci[465]. Une partie seulement de ces Etats exigent toutefois que l'adresse du siège que les sociétés déclarent dans leurs statuts soit leur siège réel. L'un de ces pays est la France. Ainsi, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation française a considéré que « la nationalité, pour une société, résulte en principe de la localisation de son siège réel, défini comme le siège de la direction effective, et présumé par le siège statutaire »[466]. De même c'est le lieu du principal établissement qui détermine la nationalité des sociétés en Belgique, au Luxembourg[467], ou encore au Portugal[468]. La théorie du siège réel a été appliquée également par l'Allemagne jusqu'en 2006[469].

336. Est-ce que la Cour internationale de Justice se référait alors au siège social réel ou au contraire au siège statutaire d'une société dans son arrêt de *la Barcelona Traction*, lorsqu'elle a cité ce dernier critère comme l'un des deux facteurs, ensemble avec le lieu de constitution de la personne morale, à prendre en considération pour le besoin de détermination de sa nationalité ? La réponse à cette question nous est fournie par la version anglaise (faisant également foi) de la décision de justice. Le passage pertinent de celle-ci se lit ainsi :

---

[464] ANDENAS (M.), WOOLDRIDGE (F.), *European Corporative Company Law*, United Kingdom, Cambridge University Press, 2009, p. 53 et s, *spéc.*, p. 56. Les auteurs ont toutefois précisé que les fondateurs de la société ne peuvent pas transférer l'adresse d'enregistrement de la société à l'étranger. Celle-ci doit toujours rester située au Royaume-Uni.

[465] Voir par exemple les articles 2 :66-3 et 2 :177-3 du Code civil néerlandais relatifs aux deux principales formes d'entreprises qui sont respectivement celles à actions librement transmissibles et à capital fermé. L'intégralité des articles de celui-ci est disponible à l'adresse suivante : http://www.dutchcivillaw.com/civilcodebook022.htm

[466] Cour de cassation française, Ass. plén, 21 déc. 1990, *Rev. Crit. DIP*, 1992, p. 70, note DURANTON

[467] CORBISIER (I.), *Droit des sociétés. Tableau comparatif des droits luxembourgeois, belge et français et textes légaux luxembourgeois*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 70-74 (733 pages) ; HAINNAUT-HAMMENDE (P.), RAUCQ (G.), *Les sociétés anonymes : La constitution de la société*, Bruxelles, Larcier, 1994, p. 195, (399 pages) ;

[468] Pour une analyse de la législation portugaise sur cette question voir CIRDI, *Tenaris et Talta c. Venezuela*, sentence de 29 janvier 2016, Aff. n° ARB/11/26, §§ 181-185.

[469] GAUDIN (Ch.), *Rapport d'information au Sénat sur la notion de centre de décision économique et les conséquences qui s'attachent, en ce domaine, à l'attractivité du territoire national*, n°347, Session ordinaire de 2006-2007.

> « *The traditional rule attributes the right of diplomatic protection of a corporate entity to the State under the laws of which it is incorporated and in whose territory it has its registered office* »[470].

C'est donc clairement à l'adresse indiquée au moment de l'enregistrement de la société, c'est-à-dire à son siège statutaire, que la Cour faisait allusion. Or, comme la majorité des Etats, quelle que soit leur tradition juridique, exigent que les sociétés constituées en vertu de leur législation *déclarent* disposer des locaux sur leur territoire, le critère véritablement décisif pour la détermination de la nationalité d'une personne morale s'avère être au final celui du lieu de constitution de celle-ci. Par ailleurs, dans son projet de 2006 portant sur la protection diplomatique la Commission du droit international a définitivement écarté le lieu du siège comme facteur à prendre en considération et a proposé que :

> « Aux fins de la protection diplomatique d'une société, on entend par Etat de nationalité l'Etat sous la loi duquel cette société a été constituée »[471].

337. Pour ce qui est des traités en matière de protection des investissements étrangers, la plupart d'entre eux reprennent la formulation employée par la Cour internationale de Justice et prévoient que pour qu'une société puisse se prévaloir des termes protectrices de la convention elle doit être constituée en vertu de la législation de l'un des Etats parties à celle-ci et avoir établi son siège social sur le territoire de cet Etat[472]. Peu d'instruments précisent toutefois ce qui doit être entendu par le terme « siège social ».

338. La doctrine reste généralement, elle aussi, assez évasive, ou sinon partagée, sur la manière d'interpréter celui-ci. A titre d'exemple, en se référant à la disposition du traité bilatéral d'investissements conclu entre l'Argentine et l'Allemagne qui définit le terme « investisseur » comme désignant, entre autres, toute personne morale « *having its seat in the territory of one of the Contracting Parties* », les professeurs Dolzer et Schreuer

---

[470] CIJ, *Barcelona Traction*, arrêt du 5 février 1970, *op.cit.*, p. 42, § 70.

[471] Article 9, 1ère phrase. Voir dans le même sens, CIJ, *Affaire Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République Démocratique du Congo*, arrêt du 24 mai 2007, *op.cit.*, § 92. La Cour a constaté que les sociétés *Africom-Zaïre* et *Africontainers-Zaïre* ont été créées conformément à la législation congolaise et ont été inscrites au registre du commerce de la ville de Kinshasa, ce qui l'a amenée à considérer que c'étaient deux personnes morales de nationalité congolaise.

[472] Voir dans le même sens DOLZER (R.), STEVENS (M.), *Bilateral Investment Treaties*, La Haye, Martinus Nijhoff, 1995, p. 36.

ont considéré que cet accord pouvait être interprété comme faisant allusion « *to the entity's seat* <u>*or*</u> *principal seat of business* »[473].

339. Quant à la juriprudence arbitrale, les solutions ne se caractérisent pas non plus par une concordance absolue. Comme point de départ de leur raisonnement les arbitres sont généralement d'accord pour considérer que lorsqu'ils doivent interpréter l'expression conventionnelle de « siège social », ils doivent le faire non pas à la lumière de la définition accordée à ce terme par le droit interne de l'Etat dont une société prétend être ressortissante, mais en procèdant à une interprétation autonome de cette expression conformément aux règles posées en la matière par le droit international général, et plus précisément par la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969[474]. En vertu de l'article 31, paragraphe 1 de la Convention de Vienne sur le droit des traités :

> « Un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but. ».

340. Concernant le sens ordinaire de l'expression « siège social », les dictionnaires juridiques indiquent tantôt qu'il s'agit du « [l]ieu précisé dans les statuts d'une société […] »[475], tantôt que c'est le « [l]ieu déterminateur du domicile de la société où se trouve concentrée la vie juridique de celle-ci, où fonctionnent ses organes d'administration, où se réunissent ses assemblées générales […] »[476]. Face à ce résultat équivoque, les tribunaux ont dû analyser ce terme dans son contexte. Lorsque le critère du « siège social » était cité en complément de celui du lieu de constitution de la société, c'est souvent le principe dit de l'effet utile qui a été invoqué par l'une des parties au différend

---

[473] DOLZER (R), SCHREUER (Ch.), *Principles of International Investment Law*, Oxford, UK, 2ème édition, 2012, p. 49. C'est nous qui soulignons. Le professeur SCHREUER a ailleurs pris la position, dans le cadre d'un article dont il est l'auteur unique, que le terme « siège social » consistait en un « *formal requirement* » qui ne présupposait pas la preuve d'une *« genuine economic activity* » de la part de la société sur le territoire de sa constitution, SCHREUER (Ch.), « Nationality of Investors : Legitimate Restrictions vs. Business Interests », *ICSID Review*, 2009, p. 522. D'autres auteurs estiment quant à eux que le terme « siège social » doit être interprété comme signifiant le siège réel, c'est-à-dire le centre de prise de la direction de la socitété. Voir en ce sens, SORNARAJAH (M.), *The international law on foreign investment*, New York, Cambridge University Press, 2ème édition, 2004, p. 324 ; THORN (R.), DOUCLEFF (J.), « Disregarding the Corporate Veil and Denial of Benefits Clauses : Testing Treaty Language and the Concept of Investor », *in* WAIBEL (M.) (dir.), *The Backlash Against Investment Arbitration*, Alphen aan den Rijn, Kluwer law International, 2010, pp. 6-7.

[474] CNUDCI, *Alps Finance and Trade AG c. la Slovaquie*, sentence arbitrale du 5 mars 2011, § 89; CIRDI, *Tenaris et Talta c. Venezuela***,** sentence de 29 janvier 2016, Aff. n° ARB/11/26, § 134 ; § 165 ; CIRDI, *Orascom c. Algérie*, sentence du 31 mai 2017, Aff. n° ARB/12/35, § 271 ; § 278-281.

[475] GUINCHARD (S.), DEBARD (Th.), sous la direction de, *Lexique des termes juridiques*, Paris, Dalloz, 23ème édition, 2015-2016, p. 964.

[476] CORNU (G.), (dir.), *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 11ème édition, 2016, pp. 966-967.

pour soutenir que cette expression devait être entendue plutôt dans le sens du siège réel que dans celui du siège statutaire. En vertu de cette méthode d'interprétation, le texte d'une disposition conventionnelle « doit s'entendre de telle sorte qu'aucun des ses termes ne soit inutile : chacun de ceux-ci doit ajouter aux autres »[477]. Or, interpréter « siège social » comme signifiant siège statutaire rendrait ce terme redondant par rapport au critère du lieu de constitution, car la constitution d'une société dans un Etat implique que les fondateurs de celle-ci indiquent dans son statut une adresse principale du groupement située sur ce même territoire.

341. Toutefois, selon le tribunal constitué à l'occasion de l'affaire récente *Orascom c. Algérie* du 31 mai 2017 interpréter « siège social » dans le sens de siège statutaire ne rendrait pas le terme inutile car il ne constituait pas un critère en soi qui s'ajoutait à celui du lieu de constitution. Pour les arbitres ces deux dernières notions devaient plutôt être lues comme étant deux éléments constitutifs d'un seul et même critère. En vertu des termes exacts du tribunal:

> « les Parties contractantes ont choisi à l'article 1(1)(b) de définir la nationalité d'une société pour les besoins du TBI par référence à son lieu de constitution. Elles l'ont fait en citant les deux éléments répondant normalement au critère de l'incorporation, à savoir la « constitution » et le « *registered office* ». En d'autres termes, la constitution conformément au droit local (c'est-à-dire la création d'une société en tant que personne morale au sein d'un ordre juridique interne) et le « *registered office* » ou siège statutaire dans l'État concerné (à savoir le siège figurant dans les documents constitutifs de la société) sont les deux éléments d'un seul et même critère (celui de l'incorporation) et non deux critères différents »[478].

---

[477] BERLIA (G.), « Contribution à l'interprétation des traités », *RCADI*, vol. 114, 1965, p. 306. Le juge Charles de Visscher a formulé le même principe de la manière suivante : « C'est une règle d'interprétation reconnue que les clauses d'un traité doivent non seulement être envisagées dans leur ensemble, mais encore s'interpréter de façon à éviter, autant que possible, de priver aucune d'elles de son effet utile au bénéfice des autres », voir son opinion dissidente dans l'affaire de la CIJ concernant *Le statut du Sud-Ouest africain*, *Rec.*, 1950, p. 197. Bien qu'il ne soit pas expressément énoncé par la Convention de Vienne sur le droit des traités, ce principe d'interprétation découle de l'obligation d'analyser les termes d'un traité dans leur contexte et à la lumière de l'objet et du but du traité, et est réputé, en tant que tel, comme faisant partie de la règle générale d'interprétation posée à l'article 31 de la même Convention, v. Projet d'articles sur le droit des traités et commentaires, adopté par la CDI en 1966, *Annuaire de la Commission du droit international*, 1966, vol. II, pp. 241-242, § 15.

[478] CIRDI, *Orascom c. Algérie*, sentence du 31 mai 2017, *op.cit.*, § 289. Pour des exemples d'autres sentences qui intérprètent également le terme « siège social » dans le sens de siège statutaire, v. CIRDI, *Alpha Projektholding GmbH c. Ukraine*, sentence arbitrale du 8 novembre 2010, Aff. n° ARB/07/16, § 335 ; CIRDI, *Total SA c. Argentine*, décision sur la compétence du 25 août 2006, Aff. n° ARB/04/1, § 57 ; CIRDI, *Tokios Tokelés c. Ukraine*, décision sur la compétence du 29 avril 2004, Aff. n° ARB/02/018. Dans cette dernière affaire, la société-demanderesse avait introduit sa requête sur la base du traité bilatéral

342. Il ressort en outre de la sentence *CEAC Holdings c. Monténégro*[479] que même si un tribunal retient le sens de *registered office* du terme « siège », il peut refuser de reconnaître la nationalité d'une société qui prétend être incorporée dans un Etat partie à un traité de protection des investissement, lorsqu'il ressort des faits de l'espèce que cette société ne dispose d'aucune adresse réelle dans cet Etat. Dans l'affaire précitée, la requérante avait déclaré auprès du service d'immatriculation des sociétés chypriote que son adresse d'enregistrement se trouvait à Nicosie. L'Etat défendeur a pourtant contesté cette allégation, en soulignant que le service d'immatriculation n'effectuait aucune vérification pour s'assurer que les sociétés qui s'enregistraient auprès de celui-ci disposaient réellement de locaux à l'adresse qu'elles mentionnaient dans le cadre de leur déclaration d'enregistrement. Le défendeur a ensuite apporté la preuve devant le tribunal que la société requérante ne disposait en effet ni de bureaux, ni de personnel à l'adresse indiquée, qu'aucune plaque n'indiquait sur la façade de l'immeuble qui se trouvait à cette adresse qu'une telle société existait, et qu'enfin tous les courriers adressés à cette société retournaient à leur expéditeur faute de trouver un destinataire susceptible de les réceptionner[480]. Le tribunal, se référant à la règle jurisprudentielle applicable en matière de preuves de nationalité des personnes physiques[481], a alors considéré que le certificat d'immatriculation qui lui avait été présenté par la requérante aux fins de démontrer sa nationalité chypriote n'avait qu'une valeur probatoire *prima facie*, et que toute allégation contraire démontrant qu'une telle nationalité n'avait pas été en effet attribuée à cette société devait l'emporter[482]. C'est sans doute une solution opportune, mais à notre avis le problème dans cette affaire n'était pas tant lié à la nationalité de la société qu'a son existence. En vertu de la législation chypriote applicable, toute société devait disposer d'une adresse à Chypre. *A contrario*, si ce n'est pas le cas, la société ne peut pas avoir le statut d'une personne juridique créée

---

d'investissements conclu entre la Lituanie et l'Ukraine. Cet accord prévoyait que le terme « investisseur » de l'une des Parties contractantes signifiait, en ce qui concerne la Lituanie : « *any entity established in the territory of the Republic of Lithuania in conformity with its laws and regulations* ». Il n'était donc pas requis, sur la base de ce texte, que le siège social de la société se trouve nécessairement dans cet Etat, pour qu'elle soit considérée comme ayant la nationalité lituanienne. Pourtant, afin de couper court à toute discussion éventuelle sur le sujet, le tribunal a déclaré que même si une telle condition devait également être remplie au regard notamment de certains principes du droit international général régissant la matière, il aurait toujours considéré que la requérante possédait la nationalité lituanienne car il ressortait clairement de toutes les preuves à sa disposition que l'adresse principale de la société conformément à ses statuts, et telle qu'elle avait été indiquée dans d'autres documents officiels de l'entreprise, se trouvait bien à Vilnius, *ibid.*, § 43.

[479] CIRDI, *CEAC Holdings Limited c. Monténégro*, sentence du 26 juillet 2016, Aff. n° ARB/14/8

[480] *Ibid.*, §§ 133-135.

[481] *Ibid.*, §§ 156-157.

[482] *Ibid.*, § 168.

conformément à cette législation[483]. Or, si une société ne dispose pas d'une personnalité juridique qui lui est reconnue par un droit interne, elle ne peut pas être reconnue non plus comme personne juridique par le droit international. Autrement dit, selon nous, si le sens retenu du terme « siège » est celui de siège statutaire, lorsque la preuve est apportée qu'une société ne dispose pas en réalité d'un tel siège (d'une adresse physique) dans l'Etat de sa constitution, c'est n'est pas tant sa nationalité qui serait remise en cause, que l'existence même d'une telle société conformément au droit interne dont elle prétend pourtant lui avoir donné naissance.

343. D'autres instances arbitrales en revanche ont considéré que les éléments « lieu de constitution » et « siège » devaient être conçus comme deux conditions distinctes qui devaient être remplies chacune à son tour. L'un de ces tribunaux a été constitué à l'occasion de l'affaire *Asps Finance and Trade c. Slovaquie*[484]. Le traité qui a servi de base à la requête de la société demanderesse était celui signé entre la Slovaquie et la Suisse. L'article 1.1.b) de ce dernier prévoyait que le terme « investisseur » désignait toute personne morale créée conformément à la législation de l'un des Etats parties et qui avait son siège, et exerçait des activités économiques réelles sur le territoire de ce dernier. L'Etat défendeur a contesté la compétence du tribunal en soutenant que ce deux dernières conditions n'étaient pas remplies et que par conséquent la demanderesse ne pouvait pas être qualifiée d'investisseur protégé en vertu des dispositions du traité. Le tribunal a donné raison à la Slovaquie et a considéré que :

> « *The fact that Article 1(1)(b) of the BIT requires a Swiss "seat" as a distinct element in addition to "constitution and organization under Swiss law" demonstrates that the mere incorporation in Switzerland is insufficient to constitute a "seat in the terms of the BIT.* »[485].

344. Dans une autre affaire arbitrale, *Tenaris et Talta c. Venezuela*, deux sociétés, l'une créée conformément au droit du Luxembourg (Tenaris) et l'autre au droit du Portugal (Talta) ont déposé simultanément une requête auprès du CIRDI. Les instruments qui servaient de fondement à leurs demandes étaient respectivement le traité bilatéral conclu entre l'Union économique belgo-luxembourgeoise et le Venezuela et le traité bilatéral entre le Portugal et le Venezuela. L'article 1.1.b) de la première convention applicable prévoyait que :

---

[483] *Ibid.*, § 73.
[484] CNUDCI, *Alps Finance and Trade AG c. la Slovaquie*, sentence arbitrale du 5 mars 2011.
[485] *Ibid.*, § 216.

> « Le terme « investisseur » désigne :
> b) les «sociétés, c'est-a-dire toute personne morale constituée conformément à la législation du Royaume de Belgique, du Grand-Duché de Luxembourg ou de la République du Venezuela et ayant son siège social sur le territoire du Royaume de Belgique, du Grand-Duché de Luxembourg ou de la République du Vénézuela respectivement »

345. En vertu des termes de l'article 1.1.b) du deuxième traité :

> « *The term "investor" means :*
> *b) Legal persons, including commercial companies and other companies or associations, that have their seat in one of the Contracting Parties and are constituted and function in accordance with the Laws of that Contracting Party.* »

346. En tenant compte de la manière dont ces deux clauses conventionnelles avaient été formulées, les arbitres ont raisonné ainsi :

> « *it is immediately apparent – as Venezuela has argued – that neither* "siège social" *nor* "sede" [siège en portugais] *can mean simply "registered office" or "statutory seat" in a purely narrow and formal sense, since neither term would then have any effective meaning. For a company to be "*constituted in accordance with the laws of … the Grand Duchy of Luxembourg*", it must have its registered office or statutory seat in Luxembourg. And for a company to be "*constituted pursuant to and function in accordance with the Laws of*" Portugal, it must have its registered office or statutory seat in Portugal.* »[486]

347. Ils en ont alors déduit que :

> « *So if* "siège social" *and* "sede" *are to have any meaning, and not be entirely superfluous, each must connote something different to, or over and above, the purely formal matter of the address of a registered office or statutory seat. And this leads one to apply the other well-accepted meaning of both terms, namely "effective management", or some sort of actual or genuine corporate activity.* »[487]

348. Exiger d'une société d'avoir placé le centre de sa direction dans l'Etat en vertu de la législation duquel elle avait été constituée pour qu'elle puisse être considérée comme nationale de cet Etat se justifiait en outre, selon le tribunal, au regard des buts et objectifs poursuivis par les traités applicables. Les termes des préambules des deux accords visaient à renforcer la coopération économique entre les Etats *en créant les*

[486] CIRDI, *Tenaris et Talta c. Venezuela*, sentence de 29 janvier 2016, Aff. n° ARB/11/26, § 148.
[487] *Ibid.*, § 150.

conditions favorables à la réalisation des investissements par les investisseurs de l'une des Parties contractantes sur le territoire de l'autre Partie contractante[488]. Les Etats parties espéraient ainsi que ces accords exercent *une influence bénéfique* sur leurs économies respectives et renforcent leur confiance réciproque dans le domaine des investissements. Pour les arbitres, ce n'était alors qu'une société réellement rattachée à l'économie de l'un des Etats parties qui a réalisé un investissement sur le territoire de l'autre Etat partie qui pouvait être à l'origine d'une opération qui correspondait aux objectifs ainsi formulés par les rédacteurs de ces conventions[489].

349. Les sociétés requérantes dans cette affaire ont tenté de contester l'interprétation accordée au terme « siège social » par le tribunal en indiquant que lorsque celui-ci avait été employé par d'autres traités bilatéraux conclus par le Luxembourg et le Portugal, il avait été traduit dans les versions en langue anglaise de ces traités par l'expression *registered office*. Le tribunal a toutefois refusé de tenir compte de cet argument en constatant que si dans la majorité des cas c'était effectivement une telle traduction qui avait été choisie, d'autres traités conclus par ces deux Etats employaient pour traduire « siège social » dans le cadre de leurs versions anglaises les termes « *head office* », « *main office* » ou encore « *principal office* »[490].

350. Il ne restait plus alors pour le tribunal qu'à expliciter la manière dont il entendait cette expression de « siège social réel ». En dépit de la position des arbitres selon laquelle ce terme conventionnel devait être interprété au regard des seules règles du droit international général, ils ont estimé, de façon il faut le dire quelque peu surprenante, que vu qu'en matière de détermination de nationalité des personnes privées les juridictions internationales procédaient régulièrement à un renvoi à la pratique législative interne de l'Etat concerné, ce tribunal devait également tenir compte de la manière dont le critère de « siège social réel » avait été appliqué par le droit interne des Etats de constitution des deux sociétés requérantes : le Luxembourg et le Portugal[491].

351. Le tribunal s'est donc référé aux conditions posées par le droit luxembourgeois en matière de nationalité des sociétés concernant la première des deux requérantes en l'espèce – la société Tenaris. En vertu de ce dernier, les facteurs pertinents à prendre en

[488] Traduction en français des termes des préambules des traités applicables repris, en langue anglaise, par le tribunal pour le besoin de son analyse, v. *ibid.*, § 153.
[489] *Ibid.*, § 153.
[490] *Ibid.*, §§ 155-162.
[491] *Ibid.*, §§ 167-170.

considération pour s'assurer que le siège d'une société se trouvait réellement au Luxembourg étaient les suivants : les assemblées générales d'actionnaires et les réunions du Conseil de gérance devaient se tenir au Luxembourg ; les registres sociaux et les livres comptables de la société devaient être tenus et gardés à l'adresse du siège social de la société au Luxembourg[492]. En revanche, en se référant toujours au droit luxembourgeois, les arbitres ont considéré que le fait que les réunions des gérants de la société n'avaient pas lieu physiquement au Luxembourg mais se déroulaient par vidéoconférence, que ces derniers étaient de nationalité étrangère et que leur résidence se situait également à l'étranger, ou encore que les employés de la société se trouvaient tous à l'étranger[493], n'entraient pas en ligne de compte pour l'appréciation de la réalité de la présence physique du centre de direction de la société lésée dans cet Etat[494].

352. Le même raisonnement a été adopté également par le tribunal constitué à l'occasion de l'affaire *Orascom c. Algérie* précitée. Dans cette dernière, les arbitres avaient considéré que le terme « siège social » devait s'entendre, en vertu des règles de droit international, comme désignant non pas le siège réel d'une société, mais son siège statutaire. Selon le même tribunal le terme « siège social » pouvait désigner le siège réel et effectif d'une société si sa signification devait être établie, non pas en vertu des règles du droit international, mais en vertu des règles du droit interne, qui en l'occurrence était celui du Luxembourg car c'était de nouveau en vertu de la législation de ce pays que la requérante – la société Orascom – avait été créée. Or, les arbitres ont tenu à préciser que même dans ce dernier cas de figure *Orascom* pouvait être considérée comme ayant placé le centre de sa direction au Luxembourg en vertu du droit de cet Etat et cela malgré le fait que le gérant principal de l'entreprise et ses assistants avaient la nationalité égyptienne, et résidaient et avaient placé le centre de leur vie professionnelle au Caire, d'où ils prenaient réellement la plupart des décisions stratégiques concernant les activités de cette société[495].

---

[492] *Ibid.*, § 178. Concernant le droit portugais, l'Etat de constitution de la deuxième requérante – la société Talta – la seule indication était que le siège social réel de la société devait être considéré comme situé à l'endroit « *in which its principal adminitration normally operates* », *ibid.*, § 180.

[493] CIRDI, *Tenaris et Talta c. Venezuela*, *op.cit.*, §§ 218-220

[494] Selon le droit luxembourgeois, il n'était même pas requis que la société, dont le siège réel est censé se trouver au Luxembourg, loue ou possède des bureaux dans ce pays, *ibid.*, § 221.

[495] Voir sur cette question l'argumentaire développé par la partie défenderesse, CIRDI, *Orascom c. Algérie*, *op.cit.*, §§ 200-208, et la réponse du tribunal, §§ 322-324. Dans les deux affaires précitées, les sociétés requérantes étaient toutes des société *holding* dont le but n'était pas d'exercer des activités commerciales ou industrielles dans l'Etat de leur constitution, mais de mener des opérations financières et d'acquisition aussi bien sur le territoire de l'Etat de leur incorporation que sur les marchés étrangers. En

353. Un tel raisonnement suscite la réserve. Tout d'abord, nous contestons la démarche consistant à se référer au droit interne de l'Etat dont la nationalité est invoquée par une société requérante pour déterminer le sens du terme « siège social » employé par un traité. Nous sommes d'accord avec la position de principe adoptée par la majorité des tribunaux qui ont estimé que le sens de cette expression devait être formulé au regard des seules règles d'interprétation du droit international. Nous sommes d'avis que lorsqu'une convention prévoit que la nationalité d'une société découle du lieu de sa constitution et de celui où elle a placé son siège social, ce dernier critère doit, afin qu'un effet utile lui soit accordé, être interprété comme désignant l'endroit du siège réel et effectif de cette société. Cet endroit doit, selon nous, correspondre au lieu du centre de direction d'une société c'est-à-dire à celui où sont adoptées physiquement les décisions concernant les activités de cette société. Pour déterminer si le centre de direction effective d'une société s'exerce réellement à partir du siège statutaire de celle-ci, des éléments comme ceux de la nationalité des actionnaires, des gérants, du lieu de leur résidence, la fréquence et les modalités de leur réunion devraient avoir leur importance[496]. Ainsi, si les actionnaires ou les gérants de la société résident la plupart du temps à l'étranger, et/ou ont des responsabilités de direction au sein d'une autre société basée elle aussi à l'étranger qui exerce un contrôle sur la société qui fait l'objet de l'examen et dont on cherche à déterminer le lieu du siège réel, de tels éléments devraient mettre sérieusement en cause l'allégation selon laquelle le centre de direction réel de cette dernière entité se trouve sur le territoire de l'Etat de sa constitution[497].

354. Dans ce sens, la position adoptée par le tribunal constitué à l'occasion de l'affaire *Alps c. Slovaquie* précitée nous paraît plus convaincante. En vertu des termes employés par celui-ci :

---

tenant compte de la nature particulière de ces entités, les deux tribunaux ont alors estimé qu'il serait déraisonnable de s'attendre que leurs activités quotidiennes soient denses, qu'elles disposent des locaux imposants ou encore qu'elles emploient beaucoup de personnel sur place, v. *Tenaris et Talta c. Venezuela*, *op.cit.,* § 199 ; *Orascom c. Algérie*, *op.cit.*, § 320.

[496] Voir dans le même sens, CIRDI, *Standard Chartered Bank c. Tanzanie*, sentence du 2 novembre 2012, Aff. n° ARB/10/12. Le tribunal dans cette affaire a considéré que : « *It is difficult to see how the treaty's protections could promote investment by nationals of a Contracting State if the national of the Contracting State had no role in deciding to make the investment, funding the investment, or controlling or managing the investment after it was made* », *ibid.*, § 228.

[497] Nous adhérons ainsi complétement à l'analyse défendue par l'Etat défendeur dans l'affaire CIRDI, *CEAC Holding c. Monténégro*, *op.cit.*, en vertu de laquelle une distinction doit être établie entre « *a "statutory representative" – "installed for the sole purpose of complying with the laws relating to the process and the requirements for establishing a legal entity" – and an "effective" or "real" representative – who "effectively thinks, forms views or adopts decisions for the legal entity". Respondent contends that, because the concept of "seat" is a practical concept, concerned with reality and not fiction, it necessarily requires the presence of a "real" representative*. », *ibid*., § 123.

> « *Proof of a "business seat", in the meaning of an effective center of administration of the business operations, requires additional elements, such as the proof that: the place where the company board of directors regularly meets or the shareholders meetings are held is in Swiss territory; there is a management at the top of the company sitting in Switzerland; the company has a certain number of employees working at the seat; an address with phone and fax numbers are offered to third parties entering in contact with the company; certain general expenses or overhead costs are incurred for the maintenance of the physical location of the seat and related services, which would be a clear indication that a business entity is effectively organized at a given Swiss place* »[498]

355. Il découle toutefois de l'ensemble de la jurisprudence que même dans les cas où les tribunaux ont considéré que le terme « siège social » devait être entendu dans le sens de « siège réel », ils ont procédé, à l'exception de ce dernier exemple, à une mise en œuvre assez laxiste de ce critère pour le besoin de la détermination de la nationalité des sociétés. Il suffit en effet que des réunions du conseil d'administration d'une telle société aient lieu régulièrement, même si elles se tiennent par vidéoconférence et même si les gérants de l'entité ne résident pas dans l'Etat de constitution de la personne morale, que cette société exerce un minimum d'activités sur le territoire de sa constitution et que son adresse officielle se situe dans cet Etat, pour que le centre de sa direction puisse être considéré comme y étant établi. Les Etats souhaitant réserver l'application des traités de protection des investissements qu'ils concluent uniquement au profit des sociétés réellement implantées sur leurs territoires respectifs ont donc intérêt de recourir à des critères de rattachement autres, ou sinon supplémentaires, à ceux du lieu de constitution et du lieu du siège social de l'entreprise.

PARAGRAPHE 2
LES DÉFINITIONS CONVENTIONNELLES SUBORDONNANT LA NATIONALITÉ DES SOCIÉTÉS À UN LIEN DE RATTACHEMENT EFFECTIF

356. Chaque traité en matière de protection des investissements étrangers doit être situé dans son propre contexte. Le contenu de ses dispositions varie en fonction des rapports de force entre les protagonistes et des intérêts et objectifs poursuivis par chacun d'entre eux. Dans certains cas, les Etats parties à un traité veulent s'assurer que des sociétés dites coquilles vides - créées par des ressortissants d'un Etat tiers sur le territoire de l'un

[498] CNUDCI, *Alps Finance and Trade AG c. la Slovaquie*, *op.cit.*, § 217.

d'entre eux- ne pourront pas se prévaloir des droits prévus par un tel accord à leur encontre. Pour limiter de tels risques un nombre croissant de conventions de protection des investissements prévoient que les sociétés capables de s'en prévaloir sont celles créées conformément à la législation de l'un des Etats contractants à condition qu'elles y développent en outre une activité économique (**A**). Dans d'autres cas, ou de manière simultanée, les Etats parties à un traité peuvent vouloir étendre la protection de celui-ci vis-à-vis des sociétés établies à l'étranger, mais contrôlées par leurs ressortissants, car ils estiment qu'en protégeant les investissements internationaux de ces opérateurs expatriés ils contribuent aussi à l'expansion de leur intérêts économiques et/ou politiques à l'échelle mondiale. A cette fin, les Etats parties définissent comme faisant partie de leurs nationaux respectifs toutes les sociétés créées à l'étranger, y compris parfois celles créées dans l'autre Etat contractant, qui sont contrôlées par leurs ressortissants (**B**).

A. La détermination de la nationalité d'une société en fonction du lieu de son activité économique

357. Lorsque deux ou plusieurs Etats développés concluent un accord entre eux visant la protection des investissements étrangers de leurs ressortissants respectifs, ils savent pertinemment que cet accord constituera une base pour des réclamations futures à leur encontre de la part des sociétés exportatrices de capitaux créées sur le territoire de leur cocontractant. Il est alors aujourd'hui de plus en plus fréquent que de tels Etats se mettent d'accord pour conférer la capacité pour agir sur la base de leur traité uniquement aux sociétés réellement rattachées à leurs économies nationales respectives. Le critère le plus couramment utilisé pour procéder à un tel « tri » des personnes éligibles à la protection conventionnelle est celui qui prévoit que les personnes morales, en plus d'être créées conformément à la législation de l'un des Etats parties au traité, doit développer en outre une activité économique ou commerciale réelle ou substantielle, en fonction de la formulation choisie, sur le territoire de celui-ci.

358. A titre d'exemple, l'article 8.1 de l'Accord économique et commercial global (AECG, plus connu sous son acronyme anglais - CETA[499]) signé entre l'Union européenne et le Canada le 30 octobre 2016 à Bruxelles, et qui est en cours de ratification, prévoit que le terme « entreprise » d'une Partie signifie :

[499] Comprehensive Economic and Trade Agreement.

> « a) une entreprise qui est constituée ou organisée conformément à la législation de cette Partie et qui exerce des activités commerciales substantielles sur le territoire de cette Partie;
> b) une entreprise qui est constituée ou organisée conformément à la législation de cette Partie et qui est directement ou indirectement détenue ou contrôlée par une personne physique de cette Partie ou par une entreprise visée au paragraphe a) ».

En outre, il ressort de l'une des propositions de texte final soumise par la Commission européenne de l'accord de libre-échange et de protection des investissements étrangers actuellement en négociations entre l'UE et les Etats-Unis (connu sous l'acronyme anglaise TTIP[500] ou TAFTA[501]), que la définition d'investisseur concernant les personnes morales, telle que souhaitée par l'UE, doit être formulée de la manière suivante :

> « *a 'juridical person of the EU' or a 'juridical person of the US' means a juridical person set up in accordance with the laws of a Member State of the European Union or of the US and engaged in substantive business operations in the territory of the EU or of the US, respectively;* »[502].

De manière semblable l'article 9.1.c) de l'accord de libre échange et de protection des investissements conclu entre l'Australie et la Chine en 2015 prévoit que :

> « *enterprise of a Party means an enterprise constituted or organised in accordance with the laws of a Party, and a branch located in the territory of a Party and carrying out business activities there* »[503].

Dans le même sens, l'article 1.2.b) du traité bilatéral d'investissements signé entre la Suisse et la Chine en 2009 prévoit que le terme « investisseur » désigne :

---

[500] Transatlantic Trade and Investment Partnership.
[501] Trans-Atlantic Free Trade Agreement.
[502] Voir l'article 3.c) de la « Proposition de texte de l'UE sur le commerce des services, les investissements et les commerce électronique », disponible sur le site internet de la Commission européenne en suivant le lien : http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/july/tradoc_153669.pdf .
[503] *Free Trade Agreement between the Government of Australia and the Government of the People's Republic of China*, signé à Canberra le 17 juin 2015 et entré en vigueur le 20 décembre 2015. D'autres accords procèdent différemment. Ils contiennent une définition du terme « investisseur » qui prévoit que toute société créée conformément à la législation de l'un des Etats parties peut en principe se prévaloir des droits prévus par l'accord. Or, une clause supplémentaire, dite de déni des bénéfices, donne la possibilité aux Etats parties de refuser les bénéfices de l'accord à des sociétés d'un autre Etat partie qui n'exercent pas une activité économique substantielle sur le territoire de ce dernier et qui sont contrôlées par des intérêts étrangers. Voir par exemple l'article 14.17.2 de l'accord de libre échange et de protection des investissements signé entre l'Australie et le Japon le 8 juillet 2014 et entré en vigueur le 15 janvier 2015. Une telle clause de déni est prévue d'ailleurs également par l'accord de libre échange et de protection des investissements conclu entre l'Australe et la Chine précité, à l'article 9.6.1 de celui-ci. Voir pour une analyse plus détaillée des conditions d'application et des effets de ces clauses de déni, *infra* Partie II, Titre II, Chapitre II.

«les entités juridiques, y compris les sociétés, les sociétés enregistrées, les sociétés de personnes et autres organisations, qui sont constituées ou organisées de toute autre manière conformément à la législation de cette Partie contractante, et qui ont leur siège, en même temps que des activités économiques réelles, sur le territoire de cette même Partie contractante »[504].

359. La Suisse peut d'ailleurs être citée comme l'un des rares exemple d'un Etat développé qui a souvent fait le choix de ne protéger, même dans le cadre des accords qu'elle a conclus avec des Etats importateurs nets de capitaux, que les sociétés créées en vertu de sa législation qui développant une activité économique réelle sur son territoire[505]. Il est dans ce même état d'esprit intéressant de noter que le critère d'exercice d'une activité économique comme condition d'attribution de la nationalité d'un Etat à une société créée en vertu de sa législation est prévue également par les modèles de traité bilatéraux les plus récents du Canada et des Etats-Unis d'Amérique[506].

360. Nous pouvons retrouver enfin le même type de dispositions, mais de manière plus sporadique dans des accords conclus par d'autres Etats, dans le cadre de leurs pratiques conventionnelles respectives. C'est le cas notamment des traités bilatéraux conclus entre l'Argentine et l'Egypte[507], entre la Lituanie et la Pologne[508], entre le Pérou et la Roumanie[509], ou enfin de celui entre le Royaume-Uni et le Mexique[510].

361. Il ne suffit donc plus, dans le cadre de ces différents régimes conventionnels, qu'une société ait acquis sa personnalité juridique en vertu du droit de l'un des Etats parties au traité pour qu'elle puisse se prévaloir de la nationalité de celui-ci en vue de sa protection en droit international. Il faut en outre qu'elle développe des activités économiques *sur* le

---

[504] Accord entre le Conseil fédéral suisse et le Gouvernement de la République populaire de Chine concernant la promotion et la protection réciproque des investissements, signé à Berne le 27 janvier 2009 et enté en vigueur le 13 avril 2010.

[505] Voir à titre d'exemple les traités bilatéraux signés par la Suisse avec l'Argentine du 12 avril 1991 à Berne, avec le Kuweit du 31 octobre 1998 à Kuweit, avec le Nicaragua du 4 novembre 1998 à Nicaragua. La liste des accords bilatéraux en matière d'investissement conclus par la Suisse est disponible à l'adresse suivante : http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryBits/203#iiaInnerMenu.

[506] Voir notamment l'article 1 du modèle de traité bilatéral d'investissements du Canada datant de 2004 et l'article 1 du modèle de traité bilatéral d'investissements des Etats-Unis d'Amérique de 2012 qui prévoient tous les deux que « ***enterprise of a Party*** *means an enterprise constituted or organized under the law of a Party, and a branch located in the territory of a Party and carrying out business activities there* ».

[507] Article 1(2)(b) du traité bilateral signé le 11 mai 1992 au Caire et entré en vigueur le 3 décembre 1993, disponible à l'adresse suivante : http://unctad.org/sections/dite/iia/docs/bits/argentina_egypt_esp.pdf

[508] Article 1(1)(b) du traité bilatéral signé le 28 septembre 1992 à Varsovie et entré en vigueur le 6 août 1993, disponible à l'adresse suivante : http://unctad.org/sections/dite/iia/docs/bits/lithuania_poland.pdf

[509] Article 1(2)(b) du traité bilatéral signé le 16 mai 1994 à Lima et entré en vigueur le 1er janvier 1995, disponible à l'adresse suivante : http://unctad.org/sections/dite/iia/docs/bits/peru_rumania_esp.pdf

[510] Article 1 du traité bilatéral signé le 12 mai 2006 à Vienne et entré en vigueur le 25 juillet 2007

territoire de ce même Etat. Cette condition supplémentaire censée démontrer l'effectivité du rattachement de l'entreprise vis-à-vis de son Etat national pose cependant quelques questions relatives à la manière dont elle doit être appliquée.

362. Quelle que soit la formulation choisie de ce type de dispositions conventionnelles, il n'est tout d'abord pas réaliste de penser que c'est l'ensemble des activités de la société qui doit être concentré sur le territoire de l'Etat de constitution de celle-ci. Sachant que la société a réalisé un investissement dans un autre Etat que celui de sa constitution il est en effet logique d'admettre qu'une partie de ses activités puisse avoir lieu à l'étranger. Ses clients ou interlocuteurs principaux peuvent également ne pas être géographiquement situés sur le territoire où elle est incorporée. Il devrait même suffire à notre avis, pour que cette condition d'activité économique soit remplie, que la société fabrique ou bien fasse assembler ses produits sur le territoire de l'Etat de sa création dans le but ensuite de les vendre à l'étranger, ou bien qu'elle commercialise ses produits ou offre ses services *à partir* de celui-ci, pour démontrer qu'elle développe des activités réelles ou substantielles *sur* ce territoire. Et cela même si l'ensemble de ses clients se situent à l'étranger. Elle devra en revanche démontrer, selon nous, qu'une partie de son personnel, de son effectif humain est rattachée au territoire de l'Etat selon les lois duquel elle a été créée, et que son investissement réalisé dans un autre Etat constitue une partie seulement de ses activités globales. A défaut, une telle société constituerait un simple *relais* créé dans un Etat autre que celui où son investissement est réalisé afin de conférer à ce dernier un caractère « étranger ». Un tribunal arbitral *ad hoc* avait d'ailleurs refusé de connaître une demande qui lui avait été adressée par la société *Alps* constituée conformément à la législation suisse à l'encontre de la Slovaquie dans le cadre d'une affaire précitée, au motif justement que cette entité n'employait aucun personnel dans son Etat de constitution. Si la requérante figurai bien dans le registre des sociétés suisse, elle n'a pas été capable d'expliquer aux arbitres quelle était réellement l'activité qu'elle développait sur place. Il ressortait des faits de cette espèce qu'environ 80 autres sociétés avaient été enregistrées à l'adresse à laquelle se trouvaient les locaux de la requérante, qu'elle ne disposait pas de numéro de téléphone auquel elle pouvait être contactée, et qu'elle ne disposait d'aucun personnel de bureau dans l'Etat de son enregistrement[511]. Le fait en revanche que la société disposaât d'un compte bancaire dans un établissement suisse n'était pas considéré comme preuve suffisante qu'elle

[511] CNUDCI, *Alps Finance and Trade AG c. Slovaquie*, sentence arbitrale du 5 mars 2011, §91; § 219;

développait effectivement des activités sur place[512]. De manière plus générale, le tribunal a considéré que l'expression « *activités économiques réelles* » employée par le traité applicable conclu entre la Suisse et la Slovaquie devait être interprétée ainsi :

> « *the good faith ordinary meaning of the word "real" cannot but be "actual", or "effective", or "genuine", or "verifiable", or "tangible", or "objective". The BIT preamble underlines that the purpose pursued by the two Contracting States was intensifying the economic cooperation to the mutual benefit of both States and fostering their economic prosperity. It is illogic to assume that the above goals could be achieved by giving treaty protection or by attracting into the host country "shell" companies which are unable to establish the kind and level of activities that they conduct in their own State. No State is anxious to promise special guarantees, privileges and protections to investors which bring no benefit to its economy* »[513].

363. Ce qui compte donc pour remplir la condition d'exercice d'une activité économique sur le territoire l'Etat de constitution de la société, ce n'est pas tellement l'importance de l'activité que l'entreprise développe dans cet Etat par rapport à l'ensemble de ses opérations au niveau mondial, mais le fait de démontrer qu'elle y est rattachée réellement et objectivement en raison de la localisation d'une partie au moins de ses effectifs et activités *sur* ce territoire.

364. D'autres définitions conventionnelles conditionnent l'attribution de la nationalité d'un Etat à une société au fait qu'elle ait établi son « *principal place of business in its territory* »[514]. Comment devons-nous comprendre une telle formulation ? Est-ce qu'elle implique que l'essentiel des activités de l'entreprise doit se situer géographiquement *sur* le territoire de l'Etat dont elle revendique la nationalité ? Là encore, nous ne le pensons pas. Ce qu'il faut démontrer dans le cadre de cette hypothèse, à notre avis, est que la société requérante conduit l'essentiel de ses opérations, qui peuvent pour la plupart d'entre elles se réaliser à l'étranger, *depuis* le territoire de l'Etat da sa constitution. Pour vérifier cela les tribunaux devraient s'assurer en revanche que les décisions concernant les opérations à l'étranger sont réellement adoptées depuis le territoire de l'Etat de constitution de la société. Comment ? Tout simplement en s'assurant que les individus

[512] *Ibid.*, § 223
[513] *Ibid.*, § 226
[514] Voir à titre d'exemple l'article 1(3)(b) du traité bilatéral d'investissement signé entre la Grèce et le Mexique, le 30 novembre 2000 à Mexico. Le texte de l'accord est disponible à l'adresse suivante : http://unctad.org/sections/dite/iia/docs/bits/mexico_greece.pdf

prenant ces décisions sont eux-aussi réellement rattachés à l'Etat de constitution de la société : qu'ils ont la nationalité ou bien résident dans cet Etat, qu'il ne s'agit pas d'hommes de paille nommés pour mettre en œuvre des instructions provenant d'autres personnes d'origine étrangère qui exercent un contrôle sur la société requérante etc. Si par exemple la construction d'un grand complexe immobilier dans un Etat A est financée et supervisée par une société créée dans un Etat B, dont les actionnaires et les dirigeants sont nationaux ou résidents permanents de ce même Etat B, le fait que la mise en œuvre matérielle de ce projet se situe dans l'Etat A et qu'il constitue une partie essentielle de l'ensemble des activités de la société de l'Etat B ne devrait pas constituer un obstacle pour reconnaître à la société qui supervise et finance le projet la nationalité de son Etat d'implantation. L'essentiel dans un tel cas de figure serait que la conduite de ce projet s'effectue depuis l'Etat de constitution de la société-investisseur.

365. Il ne va de même des dispositions qui prévoient que peuvent se prévaloir de la protection d'un traité les personnes morales créées en vertu de la législation d'un Etat partie et qui développent « *substantial business activities in the territory of the same Contracting Party* »[515]. La plupart des clauses dites de déni des bénéfices emploient aussi cette expression d'*activités commerciales subtantielles*. En interprétant les termes de l'une de ces dispositions, sur l'étude desquelles nous reviendrons un peu plus loin dans le cadre de notre travail, le tribunal arbitral constitué à l'occasion de l'affaire *AMTO c. Ukraine* a considéré que :

> « *Accordingly, "substantial" in this context means "in substance, and not merely of form". It does not mean "large", and the materiality not the magnitude of the business activity is the decisive question. In the present case, the Tribunal is satisfied that the Claimant has substantial business activity in Latvia, on the basis of its investment related activities conducted from premises in Latvia, and involving the employment of a small but permanent staff* »[516].

366. Le terme « substantiel » doit ainsi être entendu dans le sens de *réel*, de *non fictif*, et non pas dans celui de *quantitativement important*. Les expressions *activités économiques réelles* et *activités économiques/commerciales substantielles* auraient alors la même

[515] Voir l'article 1(1.1)(b) du modèle du traité bilatéral des investissements étrangers de la Colombie de 2007. Le texte de ce modère d'accord est disponible à l'adresse suivante : http://italaw.com/documents/inv_model_bit_colombia.pdf

[516] Cour arbitrale de la Chambre de commerce de Stockholm, *AMTO c. Ukraine*, sentence arbitrale du 26 Mars 2008, n° 080/2005, § 69

signification. Une telle interprétation, qui peut sans doute être contestée du point de vue du sens strictement littéral de ces deux adjectifs utilisés, se justifie néanmoins par des considérations tenant compte du contexte et des objectifs communs que visent ces différentes dispositions. Lorsqu'une société créée en vertu de la législation d'un Etat décide de réaliser un investissement à l'étranger, ce dernier pourrait s'avérer ou devenir son projet majeur. Il serait injustifié de lui refuser une protection internationale pour le seul motif que les activités qu'elle continue à développer matériellement sur le territoire de son Etat de constitutions sont devenues par conséquent moins importantes d'un point de vue quantitatif de celles qu'elle développe à l'étranger. Comme le tribunal arbitral constitué à l'occasion de l'affaire *AMTO c. Ukraine* l'a précisé, la condition relative au lieu d'exercice de l'activité économique d'une société visait avant tout à exclure des bénéficiaires potentiels des traités de protection des investissements étrangers les entités fictivement rattachées à un Etat, c'est-à-dire celles qui y ont été créées dans le seul but, pour leurs fondateurs, de pouvoir se prévaloir de la nationalité de cet Etat en vue de garantir une meilleure protection de leurs opérations au niveau international.

367. Les dispositions conventionnelles limitant le champ des droits instaurés par les traités de protection des investissement uniquement au profit des sociétés créées en vertu du droit interne d'un Etat et qui exercent des activités économiques et commerciales réelles *sur*, et donc depuis, le territoire de celui-ci sont prévues par de plus en plus d'accords internationaux aujourd'hui. A côté de cette pratique, il en existe une autre qui consiste quant à elle à considérer les sociétés créées conformément à la législation d'un Etat étranger mais qui sont contrôlées par les ressortissants de l'un des Etat parties à un traité comme ayant la « nationalité » de ce dernier Etat. Ce type de dispositions, à la différence de celles envisagées jusqu'à maintenant, élargissent la portée de la convention en permettant à des entités qui ne sont même pas créées en vertu de la législation de l'un des Etats parties à un tel instrument de pouvoir bénéficier de la protection de ses termes. Or, l'idée sous-jacente de ce type de définitions conventionnelles du terme « national » reste la même : garantir une protection aux sociétés qui sont réellement rattachées à l'économie de l'un des Etats contractants.

B. La détermination de la nationalité d'une société en fonction de la nationalité des personnes qui la contrôlent

368. Certains traités se réfèrent au critère du contrôle comme critère complémentaire, par rapport à celui du lieu de constitution d'une société, pour la détermination de la

nationalité des personnes morales. Le critère de contrôle a alors pour effet, comme celui du lieu d'activité économique des personnes morales, de restreindre le champ d'application de la convention. C'est le cas par exemple de l'Accord économique et commercial global signé entre l'Union européenne et le Canada précité, dont l'article 8.1 définit le terme d'entreprise d'une Partie comme étant entre autres :

> « une entreprise qui est constituée ou organisée conformément à la législation de cette Partie et qui est directement ou indirectement détenue ou contrôlée par une personne physique de cette Partie ou par une entreprise visée au paragraphe a) ».

369. De même, l'article VII(1)(b) de la Déclaration de règlement des différends d'Alger de 1981 ayant institué le tribunal mixte des réclamations irano-américain prévoit que:

> « *A "national" of Iran or of the United States, as the case may be, means (b) a corporation or other legal entity which is organized under the laws of Iran or the United States* [...] *if, collectively, natural persons who are citizens of such country hold, directly or indirectly, an interest in such corporation or entity equivalent to fifty per cent or more of its capital stock.* ».

370. La grande majorité des traités en matière de protection des investissements utilisent toutefois ce critère du contrôle comme moyen alternatif de détermination de la nationalité des sociétés concernant les personnes morales qui sont créées en vertu de la législation d'un Etat autre que l'un des Etats parties à ces conventions. Cela a pour conséquence d'étendre considérablement le champ d'application de ces accords. A titre d'illustration l'article 1(i)(b) de l'accord bilatéral conclu entre la Suisse et la Jamaïque prévoit que :

> « Sont des «sociétés»: en ce qui concerne la Confédération suisse, les personnes morales ou sociétés de personnes effectivement contrôlées par des nationaux suisses qui en possèdent une part substantielle en propriété »[517].

Dans le cadre de cet exemple - qui reste, il faut le dire, très isolé en pratique - les Etats parties ne se réfèrent qu'au seul critère de contrôle aux fins de la détermination de la catégorie des investisseurs protégés. Le plus souvent ce critère est cité à côté de celui du lieu de constitution des personnes morales. Ainsi, l'article 1.3 du modèle français de

[517] L'accord a été signé a Kingston le 11 décembre 1990 et entré en vigueur le 21 novembre 1991. Il est disponible à l'adresse suivante : http://unctad.org/sections/dite/iia/docs/bits/switzerland_jamaica_fr.pdf.

traité bilatéral d'investissements, ainsi que la grande majorité de ce type d'accords conclus par la France prévoient que :

> « Le terme de « sociétés » désigne toute personne morale constituée sur le territoire de l'une des Parties contractantes, conformément à la législation de celle-ci et y possédant son siège social **ou** contrôlée directement ou indirectement par des nationaux de l'une des Parties contractantes ou par des personnes morales possédant leur siège social sur le territoire de l'une des Parties contractantes et constituées conformément à la législation de celle-ci. »[518].

Une telle disposition permet aux sociétés créées conformément à la législation d'un Etat non partie au traité de pouvoir se prévaloir des droits prévus par ce dernier en raison du contrôle qu'exercent sur elles des ressortissants français, ou des sociétés constituées en vertu de la législation française. Cette disposition permet même à une société créée conformément à la législation de l'un des Etats cocontractants de la France, indifféremment du fait de savoir si elle est réellement rattachée à l'économie de cet Etat en exerçant par exemple des activités économiques ou bien en ayant placé le centre de sa direction sur le territoire de celui-ci, de se prévaloir de la nationalité française pour le seul motif que la majorité ou qu'une partie suffisamment importante de son capital est détenue par des individus de nationalité française, ou bien par des sociétés constituées en France[519]. Sous cet angle, le critère du contrôle se voit ainsi octroyer une importance décisive par rapport au critère de l'incorporation ou celui du lieu d'exercice de l'activité économique d'une société pour les besoins de la détermination de sa nationalité.

371. Très peu de traités précisent toutefois ce qu'ils entendent par l'expression « contrôle exercé sur une société créée à l'étranger ». Dans les rares cas où les traités comportent des indications à ce sujet, celles-ci varient d'un instrument à l'autre. Par exemple, le traité bilatéral conclu entre la France et le Mexique comporte la précision suivante :

---

[518] C'est nous qui soulignons. C'est cette formulation qui a été, à titre d'exemples, retenue par les accords conclus par la France avec l'Estonie signé à Tallinn le 14 mai 1992 et enté en vigueur le 25 septembre 1995 ; avec le Hong Kong signé à Paris le 30 novembre 1995 et entré en vigueur le 30 mai 1997 ; avec la Géorgie signé à Paris le 3 février 1997 et entré en vigueur le 13 avril 2000 ; ou encore avec le Qatar signé à Doha le 8 juillet 1996 et entré en vigueur le 27 juillet 2000.

[519] La majorité des traités bilatéraux conclus par la Suisse étendent également leur protection vis-à-vis des sociétés incorporées dans un Etat autre, à condition cependant qu'elles soient contrôlées par des personnes morales suisses, ayant leur siège dans ce pays et exerçant en même temps des activités économique réelles sur le territoire de celle-ci : voir à titre d'illustration l'article 1(1)(c) de l'accord conclu entre la Suisse et la Croatie le 30 octobre 1996 à Berne et entré en vigueur le 17 juin 1997.

> « *Une personne morale est réputée être contrôlée si la majorité de ses actions assorties d'un droit de vote est détenue par un national ou une personne morale possédant son siège social sur le territoire de l'une des Parties contractantes et constituée conformément à la législation de ladite Partie contractante* »[520].

D'autres définitions, comme celle retenue par le traité bilatéral signé entre la Suisse et la Jamaïque cité plus haut semblent moins exigeantes et ne requièrent que la possession d'une part *substantielle* du capital d'une personne morale constituée dans un Etat étranger. Cela ne signifie pas que les ressortissants de l'Etat contractant doivent posséder nécessairement la majorité des actions, mais une partie suffisamment importante de celles-ci, par rapport aux titres possédés par le reste des actionnaires, leur permettat de jouer un rôle clé dans la prise des décisions au sein de l'entreprise.

Dans le même sens, nous pouvons citer la définition de personne morale protégée retenue par l'accord signé entre la Suède et la Lituanie selon laquelle il s'agirait de :

> « *any legal person having its seat in the territory of either Contracting Party or in a third country with a predominant interest of an investor of either Contracting Party* »[521].

Un protocole portant sur l'interprétation de certains termes de l'accord a été joint à ce traité et fait partie intégrante de celui-ci. Il y a été précisé que chacun des Etats contractants a le droit de réclamer une preuve qu'un investisseur de l'autre Etat contractant dispose des intérêts prédominants dans une société incorporée dans un Etat tiers ou le premier Etat contractant afin qu'elle puisse bénéficier de la protection conventionnelle. Une telle preuve doit être considérée comme suffisamment établie si l'un des éléments suivants sont constatés par le Tribunal :

> « *i) the status of an affiliate of a legal person of the other Contracting Party;*

[520] C'est nous qui soulignons.Voir l'article 1.2.b) de l'accord bilatéral signé entre la France et le Mexique, à Mexico le 12 novembre 1998 et entré en vigueur le 12 octobre 2000.

[521] C'est nous qui soulignons. Voir l'article 1(3)(b) de l'accord bilatéral entre la Suède et la Lituanie signé le 17 mars 1992 à Stockholm et entré en vigueur le 1er septembre 1992, disponible à l'adresse suivante : http://unctad.org/sections/dite/iia/docs/bits/sweden_lithuania.pdf ; Voir dans le même sens l'article 1(4) de l'accord bilatéral signé entre les Emirats arabes unis et la Malaisie le 11 octobre 1991 à Kuala Lumpur et entré en vigueur le 22 mai 1992: … « *any entity established outside of the jurisdiction of a Contracting State as a juridical person and in which such State or any of its nationals or any juridical person established within its jurisdiction has a predominating interest* ».

ii) a direct or indirect participation in the capital of a legal person which allows an effective control as, in particular, a direct or indirect participation higher than 50% of the capital ;
iii) the direct or indirect possession of the votes necessary to obtain a dominant position in the company organs or to influence the functioning of the legal person in a decisive way »

Au cas où les ressortissants de l'un des Etats contractants ne possèdent pas plus de 50 % des actions d'une société constituée à l'étranger, ils pourraient apporter la preuve du contrôle qu'ils exercent sur cette dernière en démontrant qu'ils diposent de suffisamment de droits de vote pour obtenir une position dominante dans les différents organes sociétaux, ainsi que pour exercer une influence décisive pour la prise des décisions concernant la conduite des activités sociétales[522].

372. Une question sous-jacente est celle de savoir si pour déterminer les titulaires d'un contrôle il faut tenir compte de la nationalité des individus détenant de manière ultime la majorité, ou un pourcentage suffisamment important, des parts du capital de la société contrôlée. La réponse dépendra de deux facteurs : de la formulation de la disposition conventionnelle se référant à cette notion de contrôle d'une part, et du sens que les tribunaux accorderont à ce terme de l'autre. Nous aurons l'occasion, un peu plus loin dans notre étude, de nous pencher sur ce problème relatif à la détermination de la signification du terme « contrôle ».

373. Concernant les différences de formulation, si nous nous référons par exemple à la définition retenue par la plupart des traités conclus par la France, reproduite un peu plus haut, une société qui est créée en vertu de la législation d'un Etat tiers, mais qui est contrôlée par une société créée quant à elle en vertu du droit français et qui a placé son siège sur le territoire français, sera considérée comme ayant la nationalité de la France, et cela même si cette dernière entité est à son tour contrôlée par des intérêtes provenant d'un Etat tiers, et que donc les personnes physiques qui détiennent, au bout d'une telle chaine de sociétés, les actions de celles-ci soient des ressortissants d'un Etat autre que la France.

[522] Cette question concernant le sens précis à attribuer à la notion de contrôle sera développée davantage en Partie II de notre travail.

*

374. Les sociétés constituent aujourd'hui les interlocuteurs priviligiés des Etats en matière économique. Peu d'opérations transfrontalières d'envergure sont réalisées directement par des individus. La plupart d'entre elles sont conduites par ou *via* des entreprises. Les traités de protection des investissements reconnaissent la capacité de ces personnes morales d'être titulaires des investissements au nom et à la place de leurs associés. Le titre pour agir de ces groupements est conditionné cependant, comme c'est le cas pour les individus, par leur allégeance étatique. De manière traditionnelle, la jurisrpudence estimait que la « nationalité » des sociétés devait être celle de l'Etat au sein duquel elles ont été constituées. Ce lien entre ordre juridique de constitution et détermination de l'allégeance étatique des personnes morales est pourtant nettement remis en cause aujourd'hui. Par le biais de différentes techniques conventionnelles les Etats tentent de garantir une protection aux seuls groupements économiques réellement rattachés à leurs territoire et économie respectifs. Le critère classique du lieu de constitution d'une société est, dans le cadre d'un nombre croissant d'instruments conventionnels, complété et parfois même remplacé par des nouvelles conditions s'intéressant au lieu d'exercice économique de la société, ou bien à la nationalité des personnes exerçant un contrôle sur celle-ci pour le besoin de la protection du groupement au niveau international.

375. Il reste cependant de nombreuses situations dans lesquelles c'est le seul lieu de costitution d'une société qui déterminera la nationalité d'une opération d'investissement. Deux cas de figure principaux peuvent être distingués dans ce sens. Le premier est celui dans lesquel un traité de protection des investissements prévoit qu'il s'applique en faveut de toute société constituée conformément à la législation de l'un des Etats parties à celui-ci. Le deuxième est celui des instruments qui prévoient que lorsqu'une société créée à l'étranger est contrôlée par une autre société constituée quant à elle conformément à la législation de l'un des Etats parties au traité, la première doit être considérée comme ayant la nationalité de ce deuxième Etat. Dans l'un et l'autre de ces cas de figure, la question s'est posée à plusieurs reprises en jurisprudence à savoir si ce seul crière de constitution devait suffir pour accorder la nationalité de l'un des Etats parties au traité à la société requérante lorsqu'il s'avérait qu'en réalité elle était beaucoup plus rattachée économiquemet à un Etat tiers. Autrement dit, est-ce qu'en vertu d'une condition d'effectivité non écrite et non prévue par la plupart des conventions, on pourrait refuser la possibilité d'une société constituée en vertu de la

législation de l'un des Etats parties à un traité de protection, mais rattachée plus étroitement à un Etat tiers, de se prévaloir des termes favorables de cet instrument ?

CHAPITRE 4

LES CONDITIONS D'OPPOSABILITÉ DE LA « NATIONALITÉ » D'UNE SOCIÉTÉ AU NIVEAU INTERNATIONAL

376. La mise en place d'une structure corporative comportant plusieurs entités autonomes mais faisant partie de la même chaîne sociétale, rattachées à des Etats différents aux fins de garantir une protection juridique optimale à une opération d'investissement transfrontalière, est une pratique courante en droit international des affaires. Une telle structure peut être conçue et créée au moment de la réalisation de l'investissement ou bien à un moment postérieur. Dans ce dernier cas, nous parlerons d'une restructuration de l'opération d'investissement par laquelle un investisseur d'un Etat A cède ses droits sur l'investissement à une société créée en vertu de la législation d'un Etat B, pour que cette dernière puisse sur la base de sa propre nationalité se prévaloir d'un traité de protection conclu entre l'Etat B et l'Etat d'accueil de l'investissement. La société de l'Etat B sera le plus souvent une filiale de l'investisseur de l'Etat A ou bien fera partie du même groupe d'entreprises que ce dernier. De tels montages permettent à l'investisseur de l'Etat A de se prévaloir, en s'appuyant sur la nationalité de la société qu'il contrôle de l'Etat B, de la protection d'un traité international qu'il n'aurait pas pu invoquer à titre personnel faute de posséder la bonne nationalité.

377. La conséquence de tels montages pour les Etats est qu'ils se retrouvent souvent dans la position de devoir garantir un traitement privilégié aux investissements contrôlés *en réalité* par des nationaux étrangers vis-à-vis desquels ces Etats ne se sont jamais engagés d'assurer une protection particulière pour leurs opérations. Lorsqu'alors de telles sociétés interposées adressent des réclamations à l'encontre des Etats hôtes d'un investissement ces derniers tentent le plus souvent de faire obstacle à de telles prétentions en soutenant que le montage sociétal mis en place par l'investisseur privé est contraire au principe de la bonne foi. Ils allèguent notamment que des entités créées en vertu de la législation d'un Etat dans le seul but de se prévaloir des droits internationaux ne devraient pas être capables de s'en prévaloir. Quant aux opérateurs économiques, ils réfutent toute accusation relative à leur prétendue mauvaise foi et mettent en avant leur liberté d'établissement, d'entreprendre et d'organiser leur entreprise de la manière qui

leur semble la plus opportune, aussi bien d'un point de vue économique que d'un point de vue de leur protection juridique.

378. La position de la jurisprudence en la matière diffère en fonction du moment de la mise en place de la structure corporative permettant à une société rattachée à un Etat de porter une réclamation pour protéger un investissement situé sur le territoire d'un autre Etat dont elle est juridiquement titulaire, lorsque le capital de cette société est contrôlé par des personnes ayant la nationalité d'un ou plusieurs Etats tiers. Si ce type de montage a été réalisé avant la naissance d'un différend ou avant que la survenance d'un tel différend avec l'Etat hôte de l'investissement pouvait être raisonnablement décelée, les tribunaux refusent de qualifier de telles structures de frauduleuses, même lorsque le rattachement étatique de la société requérante manque clairement d'effectivité (**Section 1**). Lorsqu'en revanche une restructuration sociétale a eu lieu après ou juste avant la naissance d'un litige plausible avec un Etat étranger, les tribunaux ne permettent généralement pas au nouveau titulaire de l'investissement d'agir en protection de celui-ci car ils considèrent qu'un changement de nationalité de l'opération réalisé à un moment aussi tardif équivaut à un « abus de droit » ou à un « abus de procédure » (**Section 2**).

SECTION 1

LA RECONNAISSANCE SYSTÉMATIQUE DE LA NATIONALITÉ DE LA SOCIÉTÉ AYANT RÉALISÉ UN INVESTISSEMENT À UN MOMENT PRÉCÉDANT L'APPARITION DES ÉLÉMENTS CONSTITUTIFS D'UN LITIGE

379. Pour qu'une société puisse se prévaloir des droits garantis par un traité en matière de protection des investissements étrangers devant un tribunal arbitral, elle doit démontrer qu'elle est rattachée à l'un des Etats parties à ce traité autre que celui contre lequel elle adresse sa réclamation. Comme nous l'avons vu dans le chapitre précédent les critères permettant de considérer une société comme « nationale » d'un Etat peuvent fortement varier d'un traité à l'autre. En vertu des dispositions de la majorité de ces instruments il suffit qu'une société soit créée conformément à la législation de l'un des Etats parties pour qu'elle soit considérée comme une ressortissante de ce dernier. D'autres conventions rajoutent que des sociétés créées à l'étranger mais contrôlées par des sociétés constituées elles en vertu du droit de l'un des Etat parties à un traité

d'investissements doivent également être considérées comme nationales de cet Etat. Doit-on en revanche qualifier une personne morale comme nationale d'un Etat partie à un traité s'il s'avère que les détenteurs ultimes de son capital sont des ressortissants d'un Etat tiers ou bien même de l'Etat contre lequel cette société adresse sa réclamation, et/ou si la société requérante n'exerce pas des activités économiques sur le territoire de l'Etat défini comme étant son Etat national par la convention invoquée. Autrement dit, est-ce qu'en vertu de l'application d'un principe non écrit conditionnant l'effectivité de la nationalité des personnes morales les tribunaux arbitraux pourraient refuser de reconnaître la nationalité « conventionnelle » d'une société requérante au motif que cette entité est en réalité plus étroitement rattachée à l'économie nationale d'un autre Etat ?

380. L'existence d'une condition d'effectivité de la nationalité des personnes morales est plus qu'incertaine en droit international général (**Paragraphe 1**). En dehors de certains cas de restructurations sociétales pouvant être qualifiées d'abusives les tribunaux arbitraux en matière d'investissement considèrent quant à eux qu'ils ne disposent pas de fondement juridique leur permettant de s'écarter des définitions conventionnelles attribuant la nationalité à une société de l'un des Etats parties à un traité en vertu de la législation duquel celle-ci a été créée, et cela même s'il s'agir d'une simple société *relais* qui est contrôlée et dirigée par des ressortissants d'un Etat tiers ou bien par des ressortissants de l'autre Etat partie au traité, contre lequel elle adresse sa réclamation (**Paragraphe 2).**

PARAGRAPHE 1

LES INCERTITUDES AUTOUR DE L'EXISTENCE D'UNE RÈGLE D'EFFECTIVITÉ DE LA NATIONALITÉ DES SOCIÉTÉS EN DROIT INTERNATIONAL

381. La fonction du principe d'effectivité de la nationalité est celle de veiller à ce que la qualification juridique de national d'une personne corresponde à l'existence d'un lien d'allégeance réel de cette même personne vis-à-vis d'un Etat. Concernant les personnes physiques, la Cour internationale de Justice a considéré dans son arrêt *Nottebohm* de 1955 qu'elle était en mesure de ne pas reconnaître le titre de national à un individu si les liens qui l'unissaient à son Etat de nationalité manquaient manifestement d'effectivité.

Concernant les personnes morales, la même Cour semble avoir adopté une position tout à fait opposée dans l'affaire de la *Barcelona Traction,* qu'elle a rendue à peine quinze ans plus tard (**A**). La nécessité que la nationalité d'une société soit effective pour qu'un Etat puisse exercer son droit de protection en faveur de celle-ci à l'encontre d'un autre Etat avait été toutefois mise en avant dans le cadre du dernier projet d'articles de la Commission du droit international portant sur la protection diplomatique de 2006 (**B**).

A. L'absence de consécration claire d'une obligation d'effectivité de la nationalité des personnes morales par la Cour internationale de Justice

382. La question de l'effectivité de la nationalité d'une société pour le besoin de son opposabilité au niveau international s'est posée devant la Cour internationale de Justice dans le cadre de l'affaire de *la Barcelona Traction*. Pour rappel, à l'occasion de cette dernière la Belgique avait adressé une demande de protection diplomatique à l'encontre du gouvernement espagnol afin d'obtenir réparation du préjudice subi par ses ressortissants qui étaient actionnaires de la société *Barcelona Traction*[523]. La société quant à elle avait été constituée à Toronto en 1911. L'Espagne a contesté le droit de la Belgique d'agir au nom de ses ressortissants au motif que c'était la personne morale qui était titulaire des droits que la Belgique prétendait être violés, or celle-ci avait la nationalité du Canada. La Belgique a alors répliqué que le Canada n'avait pas la qualité pour agir en faveur de la *Barcelona Traction* puisque le lien d'allégeance entre la société et ce dernier pays manquait clairement d'effectivité. En se référant à la pratique de certains Etats ayant adopté la politique de n'intervenir sur le plan international qu'en faveur des sociétés qui avaient placé leur siège social, leur direction ou leur centre de décision sur le territoire de ces Etats, ou bien dont une partie substantielle des actions appartenait aux ressortissants de ces derniers, la Belgique a soutenu que c'était uniquement dans de tels cas qu'existait entre la société et son pays d'incorporation un lien de nationalité effectif[524]. Pour la Cour internationale de Justice en revanche :

> « sur le plan particulier de la protection diplomatique des personnes morales, aucun critère absolu applicable au lien effectif n'a été accepté de manière générale. Les critères que l'on a retenus ont un caractère relatif et l'on a parfois mis en balance les liens d'une société avec un Etat et ses liens avec un autre. A cet égard l'on s'est référé à l'affaire *Nottebohm* et en fait les Parties l'ont fréquemment mentionnée au cours de la procédure.

[523] CIJ, *Barcelona Traction, Light and Power Company Limited*, (Belgique c. Espagne), arrêt du 5 février 1970, deuxième phase, § 28, *Rec.* 1970, p. 3, *spéc.*, p. 31
[524] *Ibid.*, § 70, p. 42

> Toutefois, étant donné les aspects de droit et de fait que présente la protection en l'espèce, la Cour estime qu'il ne saurait y avoir d'analogie avec les questions soulevées ou la décision prise en cette affaire. »[525]

383. Beaucoup d'auteurs ont alors interprété cette solution comme un « recul » par rapport à la jurisprudence *Nottebohm* et comme un refus de la part de la juridiction mondiale d'exercer un contrôle d'effectivité sur la nationalité des sociétés créées conformément à la législation d'un Etat[526]. Une telle observation mérite toutefois d'être nuancée. En ce qui nous concerne, nous partageons l'avis d'autres auteurs qui ont considéré qu'en refusant de tenir compte du précédent *Nottebohm* pour le besoin de l'affaire de la *Barcelona Traction* la Cour n'a pas définitivement exclu la possibilité de priver d'effet la nationalité d'une société en droit international faute d'effectivité. Son affirmation selon laquelle il n'y avait pas d'analogie entre l'affaire de la *Barcelona Traction* et l'affaire *Nottebohm* découlait plutôt de sa constatation que compte tenu des « aspects de droit et de fait » que présentait l'affaire de la *Barcelona Traction* l'effectivité de la nationalité de la société n'était pas susceptible d'être véritablement remise en cause en l'espèce[527]. Comme « aucun critère absolu applicable au lien effectif » d'une société vis-à-vis d'un Etat n'avait pas été établi par la pratique étatique diplomatique et conventionnelle ou par la jurisprudence antérieure, la Cour a pris position que le fait que la *Barcelona Traction* se trouvait sous un contrôle belge ne signifiait pas forcément que sa nationalité canadienne manquait d'effectivité. Les juges ont ainsi souligné les autres « rapports entre la *Barcelona Traction* et le Canada » qui, en vertu du terme qu'ils ont eux-mêmes employé, avaient été « multiples »[528]. La société avait certes toujours exercé l'essentiel de ses activités en dehors du Canada, mais cela était tout à fait conforme à la nature de celles-ci ainsi qu'à son objectif déclaré au moment de sa création. En revanche, la Cour a insisté sur le fait que la *Barcelona Traction* avait :

---

[525] *Ibid.*, § 70, p. 42

[526] Voir entre autres : CARREAU (D.), MARRELLA (F.), *Droit international*, Paris, Pedone, 11ème édition, 2012, p. 386 ; COMBACAU (J.), SUR (S.), *Droit international public*, Paris, Montchrestien, 9ème édition, 2010, p. 340 DUPUY (P-M), KERBRAT (Y.), *Droit international public*, Paris, Dalloz, 10ème édition, 2010, p. 101 ; RIVIER (R.), *Droit international public*, Paris, PUF, 2ème édition, 2012, p. 392

[527] Voir ACCONI (P.), « Determining the Internationally Relevant Link between a State and a Corporate Investor. Recent Trends concerning the Application of the Genuine Link Test », *Journal of World Investment and Trade*, 2004, n°1, pp. 145-146 ; BROWNLIE (I.), *Principles of Public International Law*, New York, Oxford University Press, 7ème édition, 2008, p. 485 ; DUGARD (J.), « Quatrième rapport sur la protection diplomatique », A/CN.4/530, 46 pages, spéc., p. 4, § 9, disponible sur www.un.org/law/ilc

[528] CIJ, *Barcelona Traction*, *op.cit.*, § 71

> « conservé au Canada son siège, sa comptabilité et le registre de ses actionnaires. Des réunions du conseil d'administration s'y sont tenues pendant de nombreuses années[529].

Elle en a conclu que s'était ainsi créé « un lien étroit et permanent que le passage de plus d'un demi-siècle a encore renforcé »[530].

384. Toutefois, même si nous admettons que l'effectivité de la nationalité d'une société pourrait, dans d'autres circonstances, être remise en cause par la Cour internationale, la portée d'un tel contrôle reste très restreinte car, comme nous avons pu le constater dans l'affaire précitée, le fait que la majorité des actions de *la Barcelona Traction* avait été détenue par des ressortissants belges et qu'elle n'exerçait pas une activité économique ou commerciale sur le territoire de son incorporation, n'a pas suffi pour considérer que sa nationalité canadienne manquait d'effectivité. Il s'en suit ainsi que le test éventuel de l'effectivité de l'allégeance d'une société pourrait empêcher cette dernière de se prévaloir de la nationalité de l'Etat de sa constitution dans des cas où vraiment *aucun* lien de fait ne corrobore son rattachement juridique à ce dernier, autrement dans des cas où on serait en présence d'une société dite « coquille vide ».

385. Aucune des deux lectures proposées de l'affaire de *la Barcelona Traction* n'est en mesure d'être confirmée ou infirmée par la jurisprudence postérieure de la Cou internationale de Justice. Dans son arrêt *Diallo*[531] de 2007, l'effectivité de la nationalité des deux sociétés faisant l'objet du litige, et qui étaient toutes les deux constituées conformément à la législation de l'Etat défendeur – la République démocratique du Congo - n'avait à aucun moment été contestée par l'Etat demandeur – la Guinée. Au lieu de cela, cette dernière prétendait être en droit d'exercer sa protection diplomatique « par substitution » en faveur des deux sociétés congolaises au motif qu'un ressortissant guinéen détenait le capital de celles-ci, et que les droits de ces sociétés avaient été violées par l'Etat de leur constitution et donc de leur nationalité, la RDC[532]. La Guinée

---

[529] CIJ, *Barcelona Traction*, *op.cit.*, § 71. La Cour n'a pas précisé ce qu'elle entendait précisément par là. Il semble cependant ressortir de cette formulation que c'était en effet le centre de décision de la société qui était basé au Canada. Or, ce critère est considéré par certains comme décisif pour la détermination de la nationalité d'une personne morale en droit international. Voir notamment GOLDMAN (B.), « La nationalité des sociétés dans la Communauté économique européenne », *Travaux du comité français de Droit international privé*, 1966-1969, p. 232 ; TOURNIER (A.), *La protection diplomatique des personnes morales*, Paris, L.G.D.J, 2013, p. 330

[530] CIJ, *Barcelona Traction*, *op.cit.*, § 71.

[531] CIJ, *Affaire Ahmadou Sadio Diallo*, (République de Guinée c. République Démocratique du Congo), Exceptions préliminaires, arrêt du 24 mai 2007.

[532] *Ibid.*, § 30.

ne contestait cependant pas que les deux sociétés avaient été effectivement rattachées à la RDC sur le territoire de laquelle elles développaient d'ailleurs l'essentiel de leurs activités.

386. En revanche, dans son dernier projet portant sur la protection diplomatique de 2006, la Commission du droit international a pris une position selon laquelle un Etat ne devrait pas pouvoir exercer sa protection diplomatique en faveur d'une société constituée sur son territoire à l'encontre d'un autre Etat, si l'allégeance de cette dernière ne se caractérise pas par une certaine effectivité.

B. La proposition de la Commission du droit international tenant compte du caractère nécessairement effectif de la nationalité d'une société pour le besoin de sa protection diplomatique

387. L'article 9 du projet portant sur la protection diplomatique élaboré par la Commission du droit international en 2006 prévoit que la nationalité des personnes morales peut, dans certains cas, dépendre d'autres facteurs que celui du lieu de constitution de celles-ci. En vertu de cette dernière disposition :

> « Aux fins de la protection diplomatique d'une société, on entend par Etat de nationalité l'Etat sous la loi duquel cette société a été constituée. Néanmoins, lorsque la société est placée sous la direction de personnes ayant la nationalité d'un autre Etat ou d'autres Etats et n'exerce pas d'activités importantes dans l'Etat où elle a été constituée, et que le siège de l'administration et le contrôle financier de cette société sont tous deux situés dans un autre Etat, ce dernier est considéré comme l'Etat de nationalité »

388. Pour reprendre à notre compte une observation doctrinale concernant cette proposition :

> « Ce faisant, la Commission a introduit, de manière mesurée, un élément d'effectivité **dans l'attribution** de la nationalité des personnes morales au regard de droit international »[533].

389. Autrement dit, en vertu de la manière dont le projet de ce texte normatif a été rédigé, le contrôle d'effectivité de l'allégeance d'une société ne sera plus de caractère prétorien intervenant *a posteriori* aux fins de priver d'effet la nationalité d'une entité qui lui a été attribuée conformément au seul critère du lieu de sa constitution, mais c'est dorénavant la norme elle-même qui impose *en amont* un choix qui doit être fait entre plusieurs critères possibles et applicables pour l'attribution de la nationalité d'une société au

[533] DAILLER (P.), FORTEAU (M.), PELLET (A.), *Droit international public*, Paris, L.G.D.J, 8ème édition, 2009, p. 552, 1709 pages. C'est nous qui soulignons.

regard du droit international. Le lieu de constitution ne sera ainsi plus considéré comme un critère d'attribution de l'allégeance d'une entreprise si d'autres éléments de rattachement de celle-ci traduisent un lien plus étroit entre elle et un ou plusieurs autres Etats. On ne parlera alors plus d'*opposabilité* d'une nationalité attribuée, car l'Etat de constitution d'une société, ne serait plus considéré nécessairement comme l'Etat national de cette dernière. La question sera donc dorénavant celle de savoir quel est ou quels sont les bons critères à prendre en considération pour le besoin de la détermination de la nationalité d'une société sur le plan international.

390. A supposer que ce projet devienne finalement une norme du droit positif celle-ci ne s'appliquera normalement qu'aux Etats souhaitant exercer une action en protection diplomatique en faveur d'une société ayant subi un préjudice du fait attribuable à un autre Etat. La règle générale ainsi établie ne trouvera pas forcément en revanche une application systématique en contentieux arbitral mixte en matière d'investissements étrangers. Dans le cadre de ce dernier, les requêtes individuelles sont formulées, dans la grande majorité des cas, sur la base d'un traité qui contient sa propre définition de nationalité des sociétés. Ces clauses conventionnelles seront alors considérées par les tribunaux arbitraux comme étant une règle spéciale qui, lorsqu'elle s'écarte de ou déroge à la règle générale, doit primer sur cette dernière.

391. C'est d'ailleurs ce même principe *lex specialis derogat generali* auquel les tribunaux arbitraux en matière d'investissements se réfèrent le plus souvent pour justifier leur position selon laquelle, même si une obligation d'effectivité de la nationalité des sociétés aux fins de l'opposabilité de celle-ci est prévue par le droit international coutumier et peut faire obstacle à la recevabilité d'une requête étatique en contentieux de la protection étatique, une telle condition n'est généralement pas prévue par les règles conventionnelles sur le fondement desquels ces tribunaux ont été constitués.

PARAGRAPHE 2

LA NON RECONNAISSANCE PAR LES TRIBUNAUX ARBITRAUX DE L'EXISTENCE D'UNE OBLIGATION GÉNÉRALE D'EFFECTIVITÉ DE LA NATIONALITÉ DES SOCIÉTÉS

392. La question du contrôle de l'effectivité de la nationalité d'une société par un tribunal arbitral en contentieux mixte en matière d'investissements ne se pose pas exactement dans les mêmes termes que dans le cadre du contentieux en protection diplomatique. Dans ce dernier contexte, la règle générale prévoit que la nationalité des sociétés découle du lieu de constitution de celles-ci. Un Etat pourrait alors décider d'exercer sa protection en faveur d'une société qui a décidé de se s'établir sur son territoire à l'encontre d'un autre Etat. Une telle action pourrait toutefois être considérée comme injustifiée au motif que la société qui fait l'objet de la demande de l'Etat requérant s'avère être en réalité une simple « coquille vide » contrôlée par des intérêts d'un Etat tiers et qui n'est, dans les faits, aucunement rattachée à l'économie de l'Etat demandeur. Le caractère unilatéral et discrétionnaire de la décision d'un Etat d'enclencher le mécanisme de la protection diplomatique en faveur d'une société créée en vertu de sa propre législation sert alors de justification à un contrôle d'effectivité de la nationalité de cette société de la part de la juridiction saisie pour le besoin de la recevabilité de la requête étatique.

393. En revanche, dans le cadre du contentieux mixte en matière d'investissements la nationalité d'une société, requérante elle-même dans la procédure, est le plus souvent définie moyennant des critères établis conventionnellement. L'existence d'une règle écrite, formulée de manière consentante par deux ou plusieurs Etats ayant conclu librement un traité entre eux peut être perçue comme un obstacle pour ces mêmes Etats, qui ont ainsi donné leur aval spécifique pour reconnaître la nationalité, de contester ensuite l'opposabilité de celle-ci dans une procédure engagée par une société à leur encontre[534]. Pourtant, les Etats défendeurs en contentieux mixte qui se trouvent confrontés à une réclamation de la part d'une entité « relais » constituée conformément

[534] Voir CIRDI, *The Rompetrol Group N.V. c. Roumanie*, décision sur la compétence et la recevabilité du 18 avril 2008, Aff. n° ARB/06/3, § 101 : « *This follows from the plain text of the Treaty itself, which provides in conclusive fashion (see the terms of Article 1(b) cited above) that an 'investor' of one Contracting Party should be understood as including 'legal persons constituted under the law of' the other Contracting Party […]Or to put the matter another way, the Tribunal is in no doubt, in the face of the clear provisions of Article 1(b) of the BIT, that Romania did specifically consent to ICSID jurisdiction over claims brought by Dutch companies, without regard to the incidents of control or source of capital – in just the same way as The Netherlands consented to ICSID jurisdiction at the instance of Romanian companies (the BIT being of course a reciprocal bargain).* ».

à la législation d'un autre Etat mais qui n'exerce pas d'activités propres sur le territoire de celui-ci et/ou qui est contrôlée par des intérêts d'un Etat tiers, allèguent régulièrement en tant qu'objection préliminaire à la recevabilité d'une telle requête le manque d'effectivité de la nationalité de la société qui lui sert de titre pour agir. Les Etats défendeurs allèguent souvent, par ailleurs, que le motif principal pour lequel une telle société a choisi de s'établir sur le territoire de l'Etat de sa constitution était celui de pouvoir invoquer le traité de protection sur lequel elle fonde sa réclamation, et qu'une telle opération de *treaty shopping* devrait être qualifiée de malhonnête et abusive par le tribunal saisi. Les arbitres se montrent en pratique extrêmement réticents pour accueillir favorablement l'un (**A**) ou l'autre (**B**) de ces moyens de défense. En se référant plutôt au principe d'autonomie de la volonté, ils estiment en général que si les Etats avaient voulu limiter le champ de la protection garantie par leurs conventions uniquement en faveur des investisseurs étroitement rattachés à leurs territoires respectifs les Parties contractantes à ces traités n'auraient pas omis à le préciser de manière spécifique.

A. Le rejet de l'argument du caractère fictif de la nationalité d'une société aux fins de la recevabilité de sa requête devant un tribunal arbitral

394. A plusieurs reprises dans la pratique arbitrale des Etats défendeurs ont contesté la *réalité* en essayant de démontrer que les fondateurs de cette société, qui avaient une nationalité différente de celle-ci, se cachaient et usurpaient de manière abusive[535] sa personnalité juridique dans le but de se prévaloir des droits conventionnels dont ils n'auraient pas été capables d'invoquer autrement à titre individuel. Le seul fait pour autant que le lien de nationalité d'une société requérante déterminé sur la base du lieu de son incorporation, ne traduisait pas un lien de rattachement réel et effectif de celle-ci à l'économie nationale de l'Etat de sa constitution, n'a en général pas été considéré par la jurisprudence arbitrale comme un élément suffisant pour mettre en cause le titre pour agir de celle-ci. En procédant à une application stricte des seuls termes choisis par les Etats parties à un traité pour définir ce qu'ils entendent par le terme « national » concernant les personnes morales, les tribunaux refusent ainsi de se laisser amener sur le terrain glissant de la *doctrine équitable*[536] qui leur permettraient de percer le voile social d'une société pour tenir compte, aux fins de la recevabilité de sa requête, de la nationalité des personnes détenant son capital.

[535] Sur la question des éléments constitutifs d'une situation d'abus de droit voir *supra*, section II, § 2.
[536] Expression employée par le tribunal CIRDI, *Tokios Tokeles c. Ukraine*, décision sur la compétence du 29 avril 2004, Aff. n°ARB/02/12, § 53.

395. Ainsi, dans l'une des affaires les plus célèbres en la matière, celle qui a opposé la société lituanienne *Tokios Tokeles à l'Ukraine*, le capital de la requérante avait été détenu à 99 % par des nationaux de l'Etat contre lequel la réclamation avait été adressée. L'article 1(b) du traité bilatéral d'investissement conclu entre l'Ukraine et la Lituanie sur la base duquel le tribunal arbitral avait été saisi en l'espèce prévoyait que le terme d'investisseur désignait : *« (b) in respect of Lithuania: any entity established in the territory of the Republic of Lithuania in conformity with its laws and regulations »*[537]. L'Ukraine n'a pas contesté le fait que la demanderesse était une société créée conformément à la législation lituanienne et qu'elle entrait ainsi dans la catégorie des personnes qualifiées par ce traité comme nationales de la Lituanie. Elle a en revanche soutenu que la requérante ne devait pas pouvoir se prévaloir de la nationalité de son Etat d'incorporation, et cela pour deux ordres de raisons. Tout d'abord, la défenderesse a rappelé que cette entité était pratiquement entièrement contrôlée par des ressortissants de l'Ukraine et que c'étaient également des nationaux de ce dernier pays qui détenaient la plupart des postes de responsabilité au sein de celle-ci. Elle a ensuite relevé que *Tokios Tokeles* n'exerçait pas d'activités commerciales substantielles en Lituanie et que son centre de direction et son administration se trouvaient également en Ukraine (allégation qui a été toutefois contestée par la requérante). Sur la base de ces éléments, l'Ukraine a contesté la capacité de *Tokios Tokeles* d'agir à son encontre dans le cadre du contentieux arbitral mixte institué par la Convention de Washington. Selon l'Etat défendeur, le Centre de règlement des différends institué par cette convention a été créé dans le but de résoudre des litiges liés à un investissement réalisé sur le territoire d'un Etat par un ressortissant d'un autre Etat. Ce système n'était pas donc pas conçu pour permettre que la responsabilité internationale d'un Etat ayant adhéré à ce mécanisme puisse être engagée par ses propres ressortissants agissant sous couvert d'une société *relais* implantée à l'étranger[538].

396. Le tribunal n'a pas donné raison à l'Ukraine et a tranché ce point de divergence entre les parties sur la seule base des termes des dispositions conventionnelles applicables. Il a tout d'abord constaté qu'en vertu de l'article 1(b) du traité bilatéral précité *Tokios Tokeles* remplissait tous les critères nécessaires pour être considérée comme une société

[537] CIRDI, *Tokios Tokeles c. Ukraine*, décision sur la compétence, *op.cit.*, § 18.
[538] *Ibid.*, §§ 21-22 ; voir dans le même sens l'opinion dissidente du président du tribunal arbitral dans cette affaire, le professeur WEIL, qu'il a publiée à la suite de l'adoption de la décision finale par les arbitres, § 23.

ayant la nationalité lituanienne[539]. Il s'est ensuite posé la question de savoir si cette définition de national retenue par les Etats partie à ce traité était compatible avec les termes de la Convention de Washington ayant institué le Centre sous les auspices duquel ce tribunal avait été constitué. L'article 25 de cette dernière prévoit en effet que :

> « La compétence du Centre s'étend aux différends d'ordre juridique entre un Etat contractant [...] et le ressortissant d'un autre Etat contractant qui sont en relation directe avec un investissement »

397. Cet article ne comporte cependant pas une définition de ce qu'on doit entendre par « national » d'un Etat partie concernant les personnes morales. Il précise juste de manière laconique qu'un « Ressortissant d'un autre Etat contractant » signifie « toute personne morale qui possède la nationalité d'un Etat contractant autre que l'Etat partie au différend […] ». Le tribunal a alors considéré que les rédacteurs de la Convention avaient manifestement laissé à la discrétion des parties à un litige de définir elles-mêmes ce qu'elles entendaient par ce terme. Selon les arbitres, toute définition conventionnelle qui ne pouvait pas être qualifiée de déraisonnable devait être considérée comme compatible avec les termes de la Convention de Washington. Ils ont en outre rajouté que :

> « *Although Article 25(2)(b) of the Convention does not set forth a required method for determining corporate nationality, the generally accepted (albeit implicit) rule is that the nationality of a corporation is determined on the basis of its siège social or place of incorporation*. »[540].

398. Le tribunal a par conséquent conclu que la définition retenue par le traité conclu entre l'Ukraine et la Lituanie qui était applicable en l'espèce était « *consistent with modern BIT practice and satisfies the objective requirements of Article 25 of the Convention.* »[541].

399. Le même raisonnement a été suivi par le tribunal arbitral constitué à l'occasion de l'affaire *Rompetrol c. Roumanie*[542]. Dans le cadre de celle-ci, la société requérante avait été créée conformément au droit hollandais et a porté sa réclamation à l'encontre de la Roumanie sur la base du traité bilatéral de protection des investissements conclu entre

[539] *Ibid.*, § 29.
[540] Aff. *Tokios Tokeles*, *op.cit.*, § 42
[541] *Ibid.*, § 52
[542] CIRDI, *The Rompetrol Group N.V. c. Roumanie*, décision sur la compétence et la recevabilité du 18 avril 2008, Aff. n° ARB/06/3

cette dernière et les Pays-Bas. Le capital de la demanderesse avait été détenu à 100% par une société holding de droit suisse dont les actions avaient été entièrement détenues par deux individus de nationalité roumaine. En dépit donc du fait que la titulaire de la requête arbitrale n'était ainsi qu'une simple entité écran dissimulant des intérêts roumains, et que le centre réel de ses activités se situait en outre sur le territoire de l'Etat défendeur[543], le tribunal a considéré que :

> « *it is open to the Contracting Parties to a BIT to adopt incorporation under their own law as a necessary and also sufficient criterion of nationality for purposes of ICSID jurisdiction, without requiring in addition an examination of ownership and control, of the source of investment funds, or of the corporate body's effective seat.* »[544].

400. De manière semblable, à l'occasion de l'affaire *Saluka c. République tchèque*[545], jugée par un tribunal arbitral *ad hoc*, l'Etat défendeur a contesté le titre pour agir de la requérante au motif que, si elle avait été incorporée sur le territoire des Pays-Bas, elle ne disposait d'aucune autonomie et de pouvoir de décision propre par rapport à son actionnaire unique, la société britannique *Nomura*. La République tchèque a alors soutenu que :

> « *therefore Saluka was not a bona fide "investor" under the Treaty (a use of "bona fide" which, in this context, the Tribunal takes to mean something like "genuine" or "real") and was therefore not entitled to have recourse to arbitration under it: Saluka was, in effect, a mere surrogate for Nomura, and a claim under an investment treaty could not be brought by an entity which was a surrogate for another entity which, like Nomura, was not covered by the Treaty.* »[546].

401. Le tribunal arbitral s'est montré dans un premier temps réceptif vis-à-vis d'un tel argument en considérant à son tour que :

> « *a company which has no real connection with a State party to a BIT, and which is in reality a mere shell company controlled by another company which is not constituted under the laws of that State, should not be entitled to invoke the provisions of that treaty* »[547]

402. Il a toutefois estimé que d'un point de vue strictement juridique :

---

[543] *Ibid.*, § 55.
[544] *Ibid.*, § 83.
[545] Tribunal arbitral CNUDCI, *Investments BV c. République Tchèque*, sentence arbitrale du 17 mars 2006.
[546] *Ibid.*, § 227.
[547] *Ibid.*, § 240.

> « *the predominant factor which must guide the Tribunal's exercise of its functions is the terms in which the parties to the Treaty now in question have agreed to establish the Tribunal's jurisdiction [...] That agreed definition required only that the claimant-investor should be constituted under the laws of (in the present case) The Netherlands, and it is not open to the Tribunal to add other requirements which the parties could themselves have added but which they omitted to add.*»[548].

403. Enfin, dans le cadre de l'affaire *ADC c. Hongrie*[549], deux sociétés constituées conformément au droit chypriote ont porté une réclamation à l'encontre de la Hongrie. Celle-ci a contesté le titre pour agir des demanderesses au motif que ces sociétés servaient en réalité de simples relais à une société canadienne qui ne pouvait pas se prévaloir à titre individuel du mécanisme arbitral mis en place par la Convention de Washington car le Canada n'était pas un Etat partie à ce dernier instrument. La Hongrie a soutenu en outre qu'en vertu du droit international coutumier la nationalité d'une personne privée qui manquait d'effectivité devait être déclarée inopposable vis-à-vis d'un autre Etat. Le tribunal a là-encore refusé d'admettre la validité d'un tel argument. Selon ses termes:

> « *In this respect the BIT is governing, and in its Article 1(3)(b) Cyprus and Hungary have agreed that a Cypriot "investor" protected by that treaty includes a "legal person constituted or incorporated in compliance with the law" of Cyprus, which each Claimant is conceded to be. Nothing in Article 25(2)(b) of the ICSID Convention militates otherwise [...]As the matter of nationality is settled unambiguously by the Convention and the BIT, there is no scope for consideration of customary law principles of nationality, as reflected in Barcelona Traction, which in any event are no different.* »[550].

404. Les principes de l'autonomie de la volonté des Etats parties à une convention, de celui du respect des engagements pris par ces derniers (*pacta sunt servanda*), ainsi que de celui en vertu duquel la règle spéciale déroge à la règle générale (à supposer que celle-ci a un contenu différent), s'opposeraient alors à l'introduction d'un mécanisme de contrôle de l'effectivité de la réalité de la nationalité d'une société en contentieux arbitral. Cette position jurisprudentielle se situe sur la même ligne de pensée que celle présentée par le professeur DUPUIS devant l'Académie de droit international de La Haye dans le cadre de son cours général de 1930. L'auteur a notamment estimé que des motifs extra-légaux ne pouvaient pas servir de base légale pour un juge :

---

[548] *Ibid.*, § 241.
[549] CIRDI, *ADC c. Hongrie*, sentence arbitrale du 2 octobre 2006, Aff. n° ARB/03/16
[550] *Ibid.*, § 357.

> « *pour se débarrasser du texte qui contrarie son équité, [et pour] dire qu'il y a eu abus de droit dans l'usage de la faculté ouverte par ce texte* »[551].

405. Cette théorie négatrice du rôle le principe interprétatif de la bonne foi et de celui de la prise en compte des objectifs poursuivis par une norme de droit, pour le besoin de sa lecture et mise en œuvre, a été remise en cause quelques années plus tard par le professeur SALVIOLI dans le cadre d'un autre cours présenté toujours devant la même Académie de La Haye. Selon lui :

> « *Lorsqu'une règle de droit concède un droit subjectif, elle protège un intérêt déterminé ; ce qui signifie que la règle protège une activité déterminée dirigée vers un but non moins déterminé. Or, si le sujet déploie une activité poursuivant un but différent, on peut à la rigueur dire, qu'il ne s'agit plus là de l'exercice de l'activité que la règle visait (c'est-à-dire voulait protéger)*[552].

406. Plus récemment, le professeur KOLB, a également fustigé l'idée purement positiviste selon laquelle :

> « l'interprétation ne serait qu'un mécanisme de reconnaissance formelle du déjà connu et conçu, en un mot un mécanisme logique et exact. L'obligation juridique qu'il s'agit d'exécuter selon la règle pacta sunt servanda pourrait donc dans tous les cas être déterminée sans ambiguïté par un simple processus de cognition formel. Cette conception est indéfendable. Entre toutes les autres raisons théoriques, il en est ainsi simplement parce qu'une obligation s'inscrit dans le contexte d'un but social »[553].

407. La possibilité d'interpréter une règle de droit en tenant compte de sa raison d'être et de ses objectifs ne s'oppose alors pas forcément au principe de *pacta sunt servanda*, mais au contraire sert à le compléter[554]. Cela résulte entre autres des règles coutumières d'interprétation telles que codifiées par la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969. Le préambule de cet instrument proclame déjà que « les principes du libre consentement et de la bonne foi et la règle *pacta sunt servanda* sont universellement reconnus ». Les rédacteurs de la Convention ont ainsi placé ces trois principes sur un

---

[551] DUPUIS (C.), « Règles générales du droit de la paix », *RCADI*, 1930, t . 32, p. 94. Voir pour des arguments allant dans le même sens, SCHWARZENBERGER (G.), « The Fundemental Principles of International Law », *RCADI*, 1955, t. 87, pp. 309-310.

[552] SALVIOLI (G.), « Les règles générales de la paix », *RCADI*, t. 46, 1933, p. 67. ; voir dans le même sens CHENG (B.), *General Principles of Law as applied by International Courts and Tribunals*, RU, Cambridge University Press, 1994, pp. 131-132.

[553] KOLB (R.), *La bonne foi en droit international public. Contribution à l'étude des principes généraux de droit*, Paris, PUF, 2000, p. 95.

[554] SALVIOLI (G.), « Les règles générales de la paix », *op.cit.*, p. 68.

pied d'égalité. En outre, l'article 31 du même traité prévoit que :

> « Un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but ».

408. Aucune hiérarchisation entre ces différentes techniques de détermination du sens d'une règle n'est établie. L'interprétation de bonne foi de toute disposition conventionnelle à la lumière notamment de l'objet et du but poursuivi par le traité qui la contient permet de préciser son champ d'application en déterminant quelles sont les situations juridiques dans lesquelles cette norme a vocation de s'appliquer, et les cas dans lesquels l'application de la norme n'avait pas été prévue par ses auteurs[555].

409. Ainsi, si un tribunal admet comme point de départ de son raisonnement que l'objectif poursuivi par un traité en matière de protection des investissements n'est sans doute pas celui de permettre à une société qui n'est aucunement rattachée à l'économie de l'un des Etats contractants d'un tel instrument de pouvoir, malgré cela, se fonder sur celui-ci pour adresser une réclamation à l'encontre d'un autre Etat partie au traité[556], car dans un tel cas de figure l'accord serait détourné de son but affiché consistant à exercer une influence bénéfique sur les économies de l'ensemble des Etats parties, la manière dont les termes de ce traité seront interprétés pourrait évoluer par rapport à la position actuellement majoritaire de la jurisprudence. Un tel tribunal pourrait notamment arriver à la conclusion que les dispositions conventionnelles qui confèrent un titre pour agir aux sociétés constituées conformément à la législation de l'un des Etats parties à un traité à l'encontre d'un autre Etat partie au même traité ne s'appliqueraient pas en faveur des sociétés « coquilles vides », car de telles dispositions n'étaient clairement pas conçues pour conférer des droits à de tels opérateurs essayant de profiter de manière abusive de la mise d'un tel système de protection des investissements étrangers. Dans un tel sens, le recours potentiel au contrôle juridictionnel de l'effectivité de la nationalité d'une société aurait la même fonction dans le cadre du contentieux de la protection que dans celui du contentieux mixte : s'assurer que la règle générale ou la règle spéciale qui prévoit que la nationalité d'une société découle du lieu de sa constitution n'est pas invoquée en sa faveur par un requérant de manière manifestement contraire de l'objectif

[555] Voir dans le même sens ASCENSIO (H.), « Abuse of Process in International Investment Arbitration », *Chinese Journal of International Law*, vol. 13, n°4, 2014, pp.777-778, § 27.
[556] Voir pour un exemple d'un tribunal arbitral ayant adopté une telle position de principe, CIRDI, *Tenaris et Talta c. Venezuela*, sentence de 29 janvier 2016, Aff. n° ARB/11/26, § 153.

accordé à cette norme par ses auteurs.

410. Nous ne pouvons ainsi qu'adhérer à l'opinion dissidente rédigée par le président du tribunal arbitral saisi à l'occasion de l'affaire *Tokios Tokeles c. Ukraine*, le professeur Prosper WEIL. Il a notamment estimé qu'il était contraire à l'objet et au but poursuivi par la Convention de Washington de qualifier une société enregistrée en Lituanie mais qui était entièrement contrôlée par des ressortissants ukrainiens comme étant étrangère par rapport à l'Ukraine. Selon lui, la raison d'être de la Convention de Washington était d'instituer un mécanisme de règlement des différends auquel les Etats et les ressortissants d'un autre Etat pouvaient recourir en cas de litiges entre eux lié à un investissement *international*[557]. Or, il n'était pas possible de considérer qu'une société de droit lituanien avait réalisé un investissement *international* en Ukraine lorsque le capital de cette société avait été entièrement détenu par des ressortissants ukrainiens[558].

411. Comme nous l'avons vu, la majorité des arbitres dans cette affaire ont toutefois reconnu la nationalité lituanienne de *Tokios Tokeles* aux fins de la recevabilité de sa requête. L'un des motifs qu'ils ont avancé à cet égard était le fait que *Tokios Tokeles* avait été créée en Ukraine six ans avant l'entrée en vigueur du traité bilatéral d'investissement entre l'Ukraine et la Lituanie. Les arbitres en ont ainsi conclu que la société n'avait manifestement pas été créée dans l'intention de profiter de la couverture de ce traité, ou bien pour obtenir accès à un for arbitral international[559].

412. *A contrario*, nous aurions pu penser que si l'Etat défendeur avait démontré que *Tokios Tokeles* avait été créée dans l'intention de se prévaloir d'un traité de protection des investissement étrangers préexistant, le moyen de défense fondé sur la théorie d'abus de droit aurait été accueilli favorablement par le tribunal. Il ressort cependant des faits d'autres sentences arbitrales que même lorsqu'une société avait été créée ou bien lorsque le contrôle sur un investissement avait été cédé à une entité déjà existant conformément à la législation d'un Etat partie à un traité de protection des

---

[557] Opinion dissidente de Prosper WEIL concernant la décision sur la compétence CIRDI *Tokios Tokeles c. Ukraine*, *op.cit.*, pp. 10-11, § 19.

[558] En vertu des termes employés par le professeur WEIL : « *The ICSID mechanism and remedy are not meant for investments made in a State by its own citizens with domestic capital through the channel of a foreign entity* », *op.cit.*, p. 11, § 19. Il en outre considéré concernant l'article 25 de la Convention de Washington que « *The object and purpose of this provision is to give effect to the genuinely international character of an apparently national investment* », *ibid.*, p.14, § 23.

[559] CIRDI, *Tokios Tokeles c. Ukraine*, décision sur la compétence du 29 avril 2004, Aff. n°ARB/02/12, § 56. Voir dans le même sens, CIRDI, *Autopista Concesionada de Venezuela (Aucoven) c. Venezuela*, décision sur la compétence du 27 septembre 2001, Aff. CIRDI n° ARB/00/5.

investissements conclu antérieurement, dans le seul but de faire soumettre l'ensemble d'une opération économique à un régime juridique plus favorable, les tribunaux ne considèrent toujours pas que de tels montages soient contraires au principe de la bonne foi.

B. Le rejet de l'argument d'une pratique délibérée de *treaty shopping* aux fins de la mise en cause de la nationalité d'une société requérante

413. La pratique connue sous le nom de *treaty shopping* consiste pour un investisseur d'organiser de telle sorte son opération transfrontalière à ce qu'il puisse bénéficier de la couverture juridique plus avantageuse d'un traité interétatique de protection des investissements conclu entre un Etat dont il n'a pas lui-même la nationalité mais sur le territoire duquel il a créé une société qu'il contrôle et l'Etat hôte de son opération d'investissement, par rappor au régime juridique lui aurait été applicable en absence d'un tel montage[560].

414. Dans un certain nombre de décisions les tribunaux arbitraux ont considéré que de telles pratiques étaient constitutives d'un abus de droit ou d'un abus de procédure. Dans toutes ces affaires cependant, une restructuration de l'opération de l'investissement avait eu lieu, soit après la survenance du litige entre l'Etat de l'accueil de l'investissement et l'investisseur qui ne disposait pas, avant une telle restructuration, un titre pour agir à l'encontre de cet Etat, soit juste avant la cristallisation d'un tel litige et dont la survenance était déjà hautement probable. Autrement dit, l'élément décisif pour la conclusion des tribunaux de l'existence d'une situation d'abus de droit n'était pas la pratique de *treaty shopping* en tant que telle, mais le moment choisi par l'investisseur pour procéder à une restructuration de son opération.

415. La première affaire dans laquelle un tribunal arbitral a refusé de connaître une requête qui lui avait été adressée par une société *relais* créée conformément à législation d'un Etat partie à un traité de protection des investissements étrangers différent de celui de l'Etat de nationalité de la personne qui l'avait créée, au motif qu'un tel montage constituait un abus de procédure, était celle ayant opposé la société de droit israélien

[560] Voir pour une autre définition proposés par deux auteurs dans le cadre d'un article récent : « *The « shopping » involves a foreign investor organising its corporate structure by creating shell companies in a « home country of convenience » that has entered into a BIT with the host State of investment* », VALASEK (M.J.), DUMEBRY (P.), « Developments in the Legal Standing of Shareholders and Holding Corporations in Investor-State Disputes », *ICSID Review*, vol. 26, 2011, n°1, p. 59 (pp. 34-75).

Phoenix à la République tchèque[561]. En l'espèce, deux sociétés de droit tchèque contrôlées par un individu de nationalité tchèque, M. Beno, faisaient l'objet de plusieurs procédures judiciaires lancées à leur encontre par les autorités de ce dernier pays. Dans une tentative d'échapper à de telles poursuites, M. Beno a quitté la République Tchèque et a trouvé un refuge en Israël, où il a fondé une société du droit israélien, prénommée *Phoenix*, dont le capital avait été entièrement détenu par lui. *Phoenix* a racheté les deux sociétés tchèques impliquées dans les litiges pendants. Quelques mois à peine plus tard *Phoenix* a adressé une réclamation devant le CIRDI à l'encontre de la République tchèque sur le fondement du traité bilatéral d'investissement conclu entre cette dernière et l'Etat d'Israël. La plainte portait sur des faits antérieurs au rachat des sociétés tchèques comme le gel de leurs comptes bancaires, la saisie par les autorités étatiques des documents appartenant à ces sociétés etc. La requérante *Phoenix* soutenait dans sa demande que toutes ces mesures restrictives continuaient à produire leur effet après la date de la restructuration, et qu'elles lui étaient par conséquent également préjudiciables. La République tchèque a contesté la compétence du tribunal en alléguant que ce montage consistant en la création d'une société israélienne n'était qu'une tentative d'internationaliser un différend qui avait initialement un caractère purement interne.

416. La solution adoptée par le tribunal avait un aspect original dans le sens où les arbitres n'ont pas raisonné en termes d'opposabilité de la nationalité de la société requérante en considérant notamment qu'elle avait été créée dans le seul but d'avoir accès à un arbitrage international. Au lieu de cela, le tribunal a considéré qu'il était incompétent car il n'était pas en présence d'une opération pouvant être qualifiée d'un investissement protégé au sens que la Convention de Washington attribuait à ce terme. En vertu de son analyse pour qu'un investissement soit protégé par la Convention de Washington, six conditions devaient se trouver réunies. En plus des conditions généralement requises par la jurisprudence relatives à la nécessité d'une contribution (monétaire ou autre), l'existence d'une certaine durée, l'élément d'un risque, le tribunal dans l'affaire *Phoenix* a considéré qu'il appartenait encore à la partie demanderesse de démontrer que son investissement avait été réalisé dans le but de développer une activité économique dans l'Etat d'accueil[562], que les actifs ont été investis conformément au droit de l'Etat

[561] CIRDI, *Phoenix c. République tchèque*, sentence arbitrale du 15 avril 2009, Aff. n°ARB/06/5.
[562] Selon le tribunal cette condition devait remplacer celle à contours flous et imprécis faisant partie de la formule dite *Salini* selon laquelle l'investissement devait contribuer au développement économique de

d'accueil, et qu'enfin les actifs ont été investis en bonne foi[563].

417. Au regard des conditions selon lesquelles un investissement devait être réalisé dans le but de développer une activité économique dans l'Etat d'accueil et être réalisé en bonne foi, le tribunal a considéré que l'acquisition par *Phoenix* des deux sociétés tchèques n'avait aucunement pour objectif de faire développer leurs activités et ne constituait donc pas un *investissement protégé*[564]. Les deux sociétés se trouvaient en effet en arrêt complet d'activités au moment de leur acquisition par *Phoenix* en raison des mesures restrictives prises à leur encontre par les autorités étatiques. Les arbitres se sont alors posés la question de savoir quelle avait été la vraie finalité de la réalisation de l'investissement et en sont arrivés à la conclusion que :

> « *the manifest purpose behind its purchase of the Benet Companies was an attempt to render their purely domestic disputes subject to the protections of the BIT rather than to conduct business* »[565].

418. L'idée selon laquelle une société qui acquière le contrôle sur un investissement existant ne serait pas capable d'agir en protection de celui-ci si elle ne démontre pas que l'objectif d'une telle opération n'est autre que de développer l'activité économique liée à cet investissement paraît à première vue séduisante. Une telle condition pourrait dans certains cas être efficace pour lutter contre des restructurations sociétales ayant pour seul objectif de faire rattacher artificiellement une opération d'investissement à un Etat dont les ressortissants n'ont en réalité contribué en rien pour sa réalisation et n'exercent aucunement le contrôle sur cette opération. Or, dans l'affaire *Phoenix* précitée les deux sociétés tchèques rachetées par la personne morale de droit israélien étaient en arrêt d'activités. Il était donc facile de constater que *Phoenix* n'avait pas réalisé un tel « investissement » dans le but de développer l'activité économique de ces sociétés. Lorsqu'en revanche une société créée en vertu de la législation de l'Etat d'accueil de l'investissement est en activité et qu'elle est rachetée ou bien le contrôle sur son capital est cédé à une autre entité créée en vertu de la législation d'un autre Etat qui a conclu un traité de protection des investissements avec le premier Etat, la question de savoir si le nouveau propriétaire du capital de la société cédée a réalisé une telle opération aux fins

---

l'Etat pour être protégé. Voir CIRDI, *Salini Construttori c. Maroc*, décision sur la compétence du 23 juillet 2001, Aff. n° ARB/00/4, § 52.

[563] CIRDI, *Phoenix c. République tchèque*, *op.cit.*, § 114 et s.

[564] CIRDI, *Phoenix c. République tchèque*, *op.cit*, § 145.

[565] CIRDI, *Phoenix c. République tchèque*, sentence arbitrale, *op.cit.*, § 141.

de contribuer au développement économique de cette dernière, devient beaucoup plus compliquée à résoudre.

419. A titre d'exemple, dans l'affaire *Mobil c. Venezuela* de 2010 l'entreprise pétrolière et gazière américaine *Mobil Delaware* avait investi dans deux projets énergétiques au Venezuela via des filiales qu'elle contrôlait entièrement, implantées aux Etats-Unis et aux Bahamas. Afin de pouvoir bénéficier de la protection d'un traité bilatéral de protection des investissements étrangers conclu entre le Venezuela et les Pays-Bas, *Mobil Delaware* a créé une filiale supplémentaire conformément au droit hollandais – *Venezuela Holdings* - à laquelle elle a cédé le contrôle sur son investissement au Venezuela[566]. C'est alors cette dernière société qui a porté une réclamation arbitrale à l'encontre du Venezuela concernant un litige liés à l'investissement réalisé sur place. L'Etat défendeur a contesté la compétence du tribunal en soutenant, entre autres, que cette restructuration n'avait pas un objet économique, que tous les fonds investis dans le projet après la réorganisation corporative initiée par *Mobil Delaware* provenaient en effet des gains récoltés de l'exploitation des gisements pétroliers et gaziers au Venezuela, et que la réaffectation de ces fonds avait été décidée, comme c'était le cas auparavant, pas la société mère américaine[567]. Le tribunal, tout en précisant ne pas disposer des informations précises concernant la provenance des fonds, a constaté uniquement que des nouveaux investissements ont bien été réalisés par les différentes entités de l'entreprise multinationale après l'acquisition par la société hollandaise des droits sur les deux projets vénézuéliens, et a considéré qu'un tel constat était suffisant pour conclure à l'existence d'un apport et donc de la réalisation d'un investissement de la part de la requérante[568].

420. De manière quasi-identique dans le cadre de l'affaire *ConocoPhillips c. Venezuela*[569], *ConocoPhillips Company* était de nouveau une société américaine ayant investi au Venezuela. A la suite d'une restructuration sociétale, les droits sur ses différents investissements dans ce dernier pays ont été cédés à trois filiales constituées aux Pays-Bas. C'est ces dernières qui ont ensuite adressé une réclamation arbitrale à l'encontre du

---

[566] CIRDI, *Mobil Corporation c. Venezuela*, décision sur la compétence du 10 juin 2010, Aff. n° ARB/07/27, §§ 20-22; § 148.
[567] *Ibid.*, § 198.
[568] *Ibid.*, §§ 196-197. Les arbitres ont rajouté en outre que « *the Treaty [le TBI conclu entre les Pays-Bas et le Venezuela] contains no requirement that the origin of the capital be foreign.* », *ibid.*, § 198.
[569] CIRDI, *ConocoPhillips Company c. Venezuela*, décision sur la compétence et le fond du 3 septembre 2013, Aff. n°ARB/07/30.

Venezuela toujours sur la base du traité bilatéral conclu entre le Venezuela et les Pays-Bas. Concernant la question de la participation de ces filiales hollandaises au développement de l'activité économique liée aux investissements au Venezuela, le tribunal a constaté que dans la période qui suivi la réorganisation, « *ConocoPhillips* », nom par lequel le tribunal a désigné la structure multinationale dans son ensemble comprenant la totalité de ses filiales rattachées à des Etats différents, avait investi en tout 434 millions de dollars supplémentaires au Venezuela. La question de savoir si ces fonds provenaient des capitaux propres des filiales hollandaises n'a en revanche pas été tranchée. Malgré cela le tribunal en a conclu que:

> « *this continued substantial involvement in the development and operation of the projects is evidence telling strongly against any finding of treaty abuse.* »[570]

421. De manière plus générale, il ressort de l'ensemble de la jurisprudence concernant les opérations de *treaty shopping* que la mise en place de structures sociétales complexes impliquant plusieurs entités rattachées à des Etats différents, via lesquelles une opération d'investissement est conduite et réalisée, afin qu'une telle opération puisse être endossée par la suite par une ou plusieurs de ces entités relais disposant de nationalités diverses en fonction du traité susceptible de garantir la meilleure protection juridique pour un tel investissement, n'est pas considérée par les tribunaux comme un montage frauduleux en soi. Ainsi, à l'occasion de l'affaire *Aguas del Tunari c. Bolivie* le tribunal arbitral saisi a déclaré que :

> « *a decision as to where to locate a joint venture is often driven by taxation considerations, although other factors such as the availability of BITs can be important to such a decision, and it is not uncommon in practice, and - absent a particular limitation – not illegal to locate one's operations in a jurisdiction perceived to provide a beneficial regulatory and legal environment in terms, for examples, of taxation or the substantive law of the jurisdiction, including the availability of a BIT.* »[571].

422. Si en l'occurrence les motivations précises pour la restructuration sociétale n'ont pas été clairement identifiées par le tribunal, dans l'affaire précitée *Mobil c. Venezuela* de 2010, les arbitres avaient clairement annoncé que l'objectif principal, voire même unique, pour la création d'une filiale holding aux Pays-Bas et du transfert du contrôle sur

[570] *Ibid.*, § 280.
[571] CIRDI, *Aguas del Tunari S.A. c. Bolivie*, décision sur la compétence du 21 octobre 2005, Aff. n° ARB/02/3, § 330.

l'investissement litigieux au profit de cette dernière, était de faire soumettre cet investissement au régime juridique instauré par le traité bilatéral d'investissement conclu entre les Pays-Bas et le Venezuela[572]. Un tel montage constituait toutefois selon le tribunal « *a perfectly legitimate goal as far as it concerned future disputes* »[573].

423. De manière semblable, le tribunal arbitral saisi pour juger l'affaire *Gremcitel c. Perou* a considéré que :

> « *it is now well-established, and rightly so, that an organization or reorganization of a corporate structure designed to obtain investment treaty benefits is not illegitimate* per se*, including where this is done with a view to shielding the investment from possible future disputes with the host state*. »[574].

En reprenant tout suite après à son compte un passage d'une décision arbitrale rendue à l'occasion de l'affaire *Tidewater c. Venezuela*, ce même tribunal a rajouté :

> « *it is a perfectly legitimate goal, and no abuse of an investment protection treaty regime, for an investor to seek to protect itself from the general risk of future disputes with a host state in this way* »[575].

424. La pratique du *treaty shopping* réalisée avant la naissance d'un différend est donc clairement considérée comme légitime et tout à fait légale par la jurisprudence. En revanche si les tribunaux constatent qu'un investisseur engagé dans un bras de fer avec l'Etat hôte de son investissement tente de se placer sous la protection d'un traité international qui lui serait plus favorable, conclu entre ce dernier Etat et un Etat tiers,

---

[572] CIRDI, *Mobil Corporation c. Venezuela*, décision sur la compétence du 10 juin 2010, Aff. n° ARB/07/27, § 190

[573] *Ibid.*, § 204.

[574] CIRDI, *Renée Rose Levy et Gremcitel S.A. c. Pérou*, sentence arbitrale du 9 janvier 2015, Aff. n° ARB/11/17, § 184 ; voir dans le même sens, *Philip Morris Asia Limited c. Australie*, décision sur la compétence et la recevabilité du 17 décembre 2015, arbitrage sous règlement CNUDCI, aff. CPA n° 2012-12, § 540.

[575] *Ibid.* Voir aussi CIRDI, *Tidewater c. Venezuela*, décision sur la compétence du 8 février 2013, Aff. n°ARB/10/5, § 184. Voir dans le même sens CIRDI, *Pac Rim Cayman LLC c. République du Salvador*, décision sur les exceptions préliminaires du 1er juin 2012, § 2.47 : « *The Tribunal does not dispute [...] that if a corporate restructuring affecting a claimant's nationality was made in good faith before the occurrence of any event or measure giving rise to a later dispute, that restructuring should not be considered as an abuse of process.* »; voir aussi CIRDI, *National Gas S.A.E. c. Egypte,* sentence arbitrale du 3 avril 2014, Aff. n° ARB/11/7, § 146; *Philip Morris Asia Limited c. Australie*, décision sur la compétence et la recevabilité, *op.cit.*, § 540: « *A detailed examination of the relevant cases reveals the following considerations in connection with the legal test for an abuse of right. Among these, it is first and foremost uncontroversial that the mere fact of restructuring an investment to obtain BIT benefits is not per se illegitimate.* ».

juste avant que ne soit engagée la procédure du règlement du litige, ils estiment que l'investisseur a agi de mauvaise foi et que ce type particulier de *treaty-shopping* en prévision d'un différend est révélateur cette fois-ci d'un abus de droit.

SECTION 2

LE REFUS DE RECONNAÎTRE LE TITRE POUR AGIR D'UNE SOCIÉTÉ AYANT ACQUIS UN INVESTISSEMENT APRÈS LA NAISSANCE OU EN PRÉVISION D'UN DIFFÉREND AVEC UN ÉTAT ÉTRANGER

425. Aux fins de la reconnaissance de la nationalité de la demande d'une société, les tribunaux arbitraux accordent une attention particulière au moment de l'acquisition par la requérante de l'investissement faisant l'objet du différend. Envisageons à titre d'exemple le cas de figure suivant. Un Etat A porte atteinte à un investissement qui se trouve sur son territoire et qui appartient à un national d'un Etat B. Aucun traité international de protection des investissements étrangers n'existe pas entre l'Etat A et l'Etat B. L'investisseur de l'Etat B ne dispose alors d'aucun levier lui permettant de porter une réclamation internationale à l'encontre de l'Etat A devant un tribunal arbitral pour l'atteinte portée par ce dernier à son investissement. Le national de l'Etat B décide de restructurer son opération et de céder ses droits sur l'investissement à une société créée et enregistrée dans un Etat C, car il existe un traité de protection des investissements étrangers conclu entre l'Etat A et l'Etat C. La question qui se pose est celle de savoir si la réclamation internationale portée par le national de l'Etat C à l'encontre de l'Etat A peut aboutir. Sans surprise, les tribunaux arbitraux opposent une fin de non-recevoir à la demande de tels requérants. Cette position unanime de la jurisprudence est fondée sur le principe de non-rétroactivité des traités. Un investisseur ne peut pas en effet opposer un traité à un Etat étranger qui a commis un fait prétendument contraire à une disposition de cet instrument à un moment où le traité ne lui était pas encore applicable. (**Paragraphe 1)**

426. Si en revanche, toujours dans le cadre de notre hypothèse envisagée précédemment, le national de l'Etat B cède les droits sur son investissement à la société incorporée dans l'Etat C avant que l'Etat A ait commis le fait prétendument fautif, le traité conclu entre l'Etat A et l'Etat C serait bien en vigueur et régirait les relations entre le national de l'Etat C et l'Etat A au moment où les autorités adoptent un comportement préjudiciable

pour l'investissement détenu dorénavant par le national de l'Etat C. Nous avons vu en outre dans la section précédente, que ni la nature prétendument fictive du rattachement étatique de la société requérante, ni les motivations clairement opportunistes d'une restructuration de l'opération d'investissement n'étaient pas de nature à faire obstacle à la recevabilité d'une requête arbitrale, lorsque la cession des droits sur l'investissement avait eu lieu avant la naissance du différend. Toutefois, les tribunaux considèrent que dans certains cas particuliers, lorsque notamment ce type de montage est réalisé en prévision de la survenance d'un différend futur spécifique, la bonne foi des opérateurs impliqués peut être mise en cause et la recevabilité de la demande potentiellement rejetée au motif d'un abus de procédure (**Paragraphe 2).**

PARAGRAPHE 1
LE PRINCIPE DE NON RÉTROACTIVITÉ DES TRAITÉS COMME FONDEMENT DE LA NON ACCEPTATION DU TITRE POUR AGIR D'UNE SOCIÉTÉ

427. En vertu du principe coutumier de non rétroactivité des traités internationaux, une personne privée ne peut pas invoquer un traité vis-à-vis d'un Etat étranger, si ce traité ne régissait pas les rapports entre cette personne privée et cet Etat au moment de la commission de certains faits attribués à celui-ci[576]. Autrement dit, si le national d'un Etat A dans une procédure n'était pas le titulaire d'un investissement au moment où ce dernier a été lésé, l'Etat B - auteur du fait dommageable - ne peut pas être considéré comme ayant violé une obligation internationale vis-à-vis du ressortissant de l'Etat A ou de l'Etat national de ce ressortissant. Cette règle est rarement reprise de manière explicite par les traités de protection des investissements étrangers. Or, pour reprendre une observation formulée par le professeur DUGARD dans le cadre de l'un de ses rapports présentés devant la Commission du droit international lors des travaux de celle-ci portant sur la protection diplomatique, il n'est en effet pas nécessaire pour les

[576] V. article 28 de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969. Voir aussi, *Affaire de l'Ile de Palmas*, Etats-Unis c. Pays-Bas, sentence du 4 avril 1928, *RSA*, vol. II, p. 829. Dans cette affaire l'arbitre unique Max Huber a défini clairement le principe de non-rétroactivité d'une obligation juridique internationale en énonçant que : « un acte juridique doit être apprécié à la lumière du droit de l'époque, et non à celle du droit en vigueur au moment où s'élève ou doit être réglé un différend relatif à cet acte ». Voir également dans le même sens, la Résolution de l'Institut du droit international, « Le problème intertemporel en droit international public » , session de Wiesbaden, 1975, § 1 : « A défaut d'une indication en sens contraire, le domaine d'application dans le temps d'une norme de droit international public est déterminé conformément au principe général de droit, d'après lequel tout fait, tout acte ou toute situation doivent être appréciés à la lumière des règles de droit qui en sont contemporains ».

rédacteurs d'un traité international d'insister sur cette règle de non-rétroactivité dans le texte même de l'instrument conventionnel :

> « puisque les règles ordinaires de l'interprétation des traités garantissaient qu'une certaine nationalité était exigée de la personne lésée tant au moment de la survenance du dommage qu'au moment de la présentation de la réclamation »[577].

428. Précisée spécifiquement ou pas la règle de non-rétroictivité des traités de protection des investissement a été en tout cas clairement consacrée par la jurisprudence arbitrale (**A**). Quelques incertitudes concernant les modalités précises de mise en œuvre de ce principe subsistent toutefois notamment dans une situation ou le fait préjudicable attribué à un Etat produit ses effets de manière continue et peut être considéré comme ayant porté un préjudice aussi bien à l'ancien qu'au nouveau titulaire d'un investissement (**B**).

A. La consécration du principe de non-rétroactivité des traités par les tribunaux arbitraux dans le cadre de leur examen de la recevabilité d'une requête individuelle

429. La règle de non-rétroactivité des traités trouve application dans deux cas de figures distincts en contentieux arbitral en matière d'investissements. D'une part, un traité interétatique ne peut pas produire ses effets vis-à-vis d'un ressortissant de l'un des Etats parties à une convention de protection si la personne privée ne possédait pas encore la nationalité de cet Etat partie au moment où le fait illicite ayant causé un dommage à l'investissement détenu par cette personne avait été commis par un autre Etat partie au traité. Ainsi, en interprétant les dispositions du traité bilatéral d'investissements conclu entre l'Espagne et le Chili, le tribunal arbitral CIRDI constitué à l'occasion de l'affaire *Victor Pey Casado* a fait observer que l'instrument applicable ne précisait pas explicitement à quel moment le requérant devait posséder la nationalité espagnole pour que sa réclamation adressée à l'encontre du Chili soit jugée recevable par les arbitres. Il a tout de même considéré qu'une vertu d'un principe bien admis en droit international :

> « […] les conditions d'application du traité, dont la condition de nationalité, doivent être également satisfaites, en l'abssence de précision contraire du traité, à la date de la ou des violations alléguées, faute de quoi l'investisseur

[577] DUGARD (J.), *Premier rapport sur la protection diplomatique. Additif.*, A/CN.4/506/Add. 1, p. 4, § 4.

ne pourrait se prévaloir devant le tribunal arbitral mis en place en application du traité d'une violation de celui-ci. »[578].

430. Or, même lorsqu'une personne privée possède la nationalité de l'un des Etats parties à un traité de protection des investissements au moment où un autre Etat partie à celui-ci a commis un fait contraire à ce même traité, cette personne ne pourra pas agir et engager la responsabilité internationale de l'Etat fautif si au moment où ce dernier a adopté sa mesure préjudiciable pour l'investissement faisant l'objet du litige, le requérant n'était pas encore titulaire de cet investissement mais l'avait acquis postérieurement. C'est le deuxième cas d'application de la règle. A titre d'exemple, dans le cadre de l'affaire arbitrale *Phoenix c. République tchèque*, le tribunal a estimé que :

> « *It does not need extended explanation to assert that the Tribunal has no jurisdiction* ratione temporis *to consider Phoenix's claims arising prior to December 26, 2002, the date of Phoenix's alleged investment, because the BIT did not become applicable to Phoenix for acts committed by the Czech Republic until Phoenix "invested" in the Czech Republic* »[579]

Les arbitres ont rajouté ensuite que :

> « *The proposition that bilateral investment treaty claims cannot be based on acts and omissions occurring prior to the claimant's investment results from the nature of the host State's obligations under a bilateral investment treaty. All such obligations relate to the host State's conduct regarding the investments of nationals of the other contracting party. Therefore, such obligations cannot be breached by the host State until there is such an investment of a national of the other State. As a result, the Tribunal lacks jurisdiction for acts or omissions that occurred before December 26, 2002.* »[580].

431. Dans le même sens, à l'occasion de l'affaire *ST-AD c. Bulgarie* portée devant un tribunal *ad-hoc*, ce dernier s'est exprimé dans les termes suivants :

> « *It is an uncontested principle that a tribunal has no jurisdiction* ratione temporis *to consider claims arising prior to the date of the alleged investment, since a BIT cannot be applied to acts committed by a State before the claimant invested in the host country. The BIT became applicable*

[578] CIRDI, *Victor Pey Casado et Fondation « Presidente Allende » c. Chili*, sentence arbitrale du 8 mai 2008, Aff. n° ARB/98/2, § 414 ; voir dans le même sens CIRDI, *Renée Rose Levy and Gremcitel S.A. c. Pérou*, sentence du 9 janvier 2015, Aff. n° ARB/11/17, §§ 144-147.

[579] CIRDI, *Phoenix Action, LTD c. République tchèque*, sentence arbitrale du 15 avril 2009, Aff. n° ARB/06/5, § 67.

[580] *Ibid.*, § 68.

to the Claimant only on 25 May 2006, when it made its investment in Bulgaria. According to the well-known principle of non-retroactivity of treaties in international law, a BIT cannot apply to the protection of an investor before the latter indeed became an investor under said BIT. »[581]

432. Les obligations de protection des investissements étrangers souscrites par un Etat partie à un traité ne peuvent donc être invoquées à son encontre qu'à partir du moment où ce traité commence à régir ses rapports avec l'investisseur étranger qui prétend être destinataire de ces obligations. Ce principe constitue, selon la formulation choisie par la Commission du droit international, « une garantie pour [les Etats], car il leur permet d'établir à l'avance quelle doit être leur conduite s'ils veulent éviter […] d'avoir à fournir la réparation du dommage causé à autrui »[582].

433. Certains faits étatiques peuvent toutefois avoir un effet continu et s'avérer donc dommageables aussi bien pour l'ancien que pour le nouveau titulaire d'un investissement. La question se pose alors de savoir si le nouveau titulaire de l'investissement pourrait invoquer la violation d'un traité qui a commencé à régir ses rapports avec l'Etat fautif, même si ce traité ne s'appliquait pas à ce dernier au moment il a adopté sa mesure préjudiciable pour l'investissement, au motif que cette mesure continue à être dommageable pour l'investissement, qu'elle est contraire au traité nouvellement applicable entre le nouveau titulaire de l'investissement et l'Etat auteur de la mesure, et que ce dernier refuse de la retirer ou la modifier de manière à ce qu'elle devienne conforme aux obligations internationales souscrites qui le lient au nouvel investisseur.

B. Les modalités d'application de la règle de non-rétroictivité des traités en cas de présence d'un fait illicite à caractère continu ou composite

434. La Commission du droit international a établi à l'article 14 de son Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite de 2001, une distinction entre d'une part « *un fait de l'Etat n'ayant pas un caractère continu* [qui] *a lieu au moment où le fait se produit* » et d'autre part « *un fait de l'Etat ayant un caractère continu* [qui] *s'étend sur toute la période durant laquelle le fait continue et reste non*

[581] *ST-AD GmbH c. République de Bulgarie*, arbitrage sous règlement CNUDCI, sentence sur la compétence du 18 juillet 2013, Affaire administrée par la CPA, n° 2011-06 (ST-BG), § 300. Voir dans le même sens *Société Générale c. République dominicaine,* arbitrage sous règlement CNUDCI, sentence sur les objections préliminaire à la compétence du 19 septembre 2008, Affaire administrée par la London Court of International Arbitration n° UN 7927, § 107.

[582] CDI, « Rapport de la Commission sur le travaux de sa ving-huitième session », 28ème session (1976), *Annuaire CDI*, 1976, vol. II, partie 2, p. 84, § 11.

conforme à l'obligation internationale »[583]. Elle a en outre établi la distinction, dans ses commentaires relatifs à l'article précité, entre d'une part un « *un fait achevé* [qui] *a lieu au moment où le fait se produit, même si ses effets et ses conséquences perdurent* » et d'autre part « *un fait illicite continu* [qui] *s'étend sur toute la période durant laquelle le fait continue et reste non conforme à l'obligation internationale* »[584].

435. Le caractère continu ou instantané d'un fait illicite commis par un Etat n'est pas toujours facile à être déterminé de manière univoque[585]. Il ressort tout de même de la pratique arbitrale que les décisions d'expropriation ou nationalisation formelles sont des faits instantanés commis à la date de l'adoption d'une telle décision[586]. De même, un acte réglementaire ou législatif par lequel un Etat réduit la portée de certains droits dont l'investisseur bénéficiait avant l'adoption d'une telle réglementation est considéré comme un fait instantané qui s'est produit au moment de l'adoption et/ou de la publication officielle de la réglementation en question[587]. En revanche, le fait pour un

---

[583] Article 14, § 1 et § 2 du Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs, *Annuaire de la Commission du droit international*, 2001, vol. II, p. 146.

[584] *Ibid.*, p. 147, § 3. Voir dans le même sens, CPJI, *Phosphates du Maroc,* arrêt sur les exceptions préliminaires du 14 juin 1938, Série A/B, p. 24, pp. 28-29 : « il faut toutefois garder toujours présente à l'esprit la volonté de l'Etat qui, n'ayant accepté la juridiction obligatoire que dans certaines limites, n'a entendu y soumettre que les seuls différends qui sont réellement nés de situations ou de faits postérieurs à son acceptation. On ne saurait reconnaître une telle relation entre un différend et des éléments postérieurs qui supposent l'existence ou qui ne comportent que la confirmation ou le simple développement de situations ou de faits antérieurs, alors que ceux-ci constituent les véritables éléments générateurs du différend.», *ibid.*, p. 24; Voir également CIRDI, *Mondev Intenational Ltd c. Etats-Unis d'Amérique*, sentence du 11 octobre 2002, Aff. ARB(AF)/99/2, § 58.

[585] Voir à titre d'exemple [585] CIRDI, *Railroad Development Corporation c. République du Guatémala*, deuxième décision sur les objections à la compétence du 18 mai 2010, Aff. n° ARB/07/23. Dans cette affaire la question s'est posée de savoir quelle était la nature d'un fait illicite étatique qui constituait en l'adoption d'une résolution annulant un contrat avec l'investisseur étranger. Pour l'Etat, il s'agissait d'un fait instantané qui a été commis à la date de la décision de l'adoption de la résolution par les autorités compétentes, c'est à dire à une date antérieure de l'entrée en vigueur du traité applicable en l'espèce. Pour l'investisseur, au contraire, la résolution n'était devenue effective qu'après l'approbation de celle-ci par le président du pays et sa publication officielle ce qui correspondait à une date postérieure de l'entrée en vigueur du traité applicable. Le tribunal a admis que deux interprétations étaient possible : soit on pouvait considérer que l'adoption de la résolution constituait un fait instantané et à ce moment on devait admettre qu'elle a été adoptée à la date de sa publication, soit on pouvait admettre également que le processus d'adoption de cette résolution constituait un fait illicite continu qui a commencé à la date de la décision de l'adoption de la résolution et s'est prolongée jusqu'à la date de la publication de celle-ci, *ibid.*, § 125. Quelque soit l'option choisie, le tribunal se considérait donc compétent pour connaître le litige.

[586] CIRDI, *Victor Pey Casado and President Allende Foundation c. Chili*, sentence arbitrale du 8 mai 2008, Aff. n° ARB/98/2, § 608 ; CIRDI, *Pac Rim Cayman LLC c. Salvador*, décision sur les objections à la compétence du 1er juin 2012, Aff. n° ARB/09/12, § 2.67.

[587] Voir par exemple, CIRDI, *Renée Rose Levy and Gremcitel S.A. c. Peru*, sentence du 9 janvier 2015, Aff. n° ARB/11/17. Dans cette affaire, le Tribunal a considéré que l'acte ayant porté atteinte aux droits de l'investisseur étranger était une décision des autorités publiques accordant le statut d'un terrain, qui avait été acquis par cet investisseur, comme étant une zone intangible d'intérêt historique. Cet acte datait de la publication officielle de la résolution annonçant ce changement de statut, *ibid.*, § 149 ; voir aussi *Philip Morris Asia Limited c. Australie*, décision sur la compétence et la recevabilité du 17 décembre 2015, arbitrage sous règlement CNUDCI, aff. CPA n° 2012-12. Ici, le tribunal a estimé que le fait qui a porté

Etat de refuser de manière continue et persistante de payer des sommes dues à un cocontractant privé peut être décrit comme une omission continue illicite qui peut donc tomber sous le coup d'un traité de protection des investissements entré en vigueur à une date ultérieure de la première manifestation par l'Etat d'un tel refus[588].

436. De manière semblable une omission de la part d'un Etat de répondre à une demande d'obtention d'un permis d'exploitation par un investisseur a été qualifiée d'un fait illicite continu ayant abouti à une expropriation. Dans l'affaire *Pac Rim Cayman c. Salvador*[589], la filiale *Pac Rim Cayman* incorporée aux Îles Caïmans qui appartenait à l'entreprise canadienne *Pacific Rim Mining Corp.*, possédait la totalité des actions de deux sociétés de droit salvadorien qui étaient les titulaires des permis d'exploration des ressources minières au Salvador. Ayant découvert des gisements importants, les deux sociétés locales ont entamé une procédure visant l'obtention d'un permis d'exploitation de ces ressources. Après que le délai légal de réponse de la part du gouvernement salvadorien a expiré et qu'aucune décision ne leur a pas été communiquée, une décision a été prise par l'investisseur, le 13 décembre 2007, de transférer le lieu d'enregistrement de la société *Pac Rim Cayman* des Îles Caïmans aux Etats-Unis. Cette restructuration permettait en effet à la société américaine nouvellement créée de se prévaloir de l'accord de libre échange entre l'Amérique centrale, les Etats-Unis d'Amérique et la République Dominicaine (ALEAC ou CAFTA en anglais) que le Salvador avait ratifié en 2006. Après le changement de nationalité de la société, le Président du Salvador a annoncé dans un discours qu'il a prononcé au mois de mars 2008 l'opposition du pays d'accorder le permis d'exploitation aux entreprises contrôlées par *Pac Rim Cayman*.

---

atteinte aux droits de marque du requérant était la loi anti-tabagisme votée par le parlement australien introduisant le paquet de cigarettes neutre qui datait du jour du vote formel du parlement de celle-ci, *ibid.*, § 533.

[588] CIRDI, *SGS Société Générale de Surveillance SA c. République des Philippines*, décision sur les objections à la compétence du 29 janvier 2004, Aff. n° ARB/02/6, *ICSID Reports*, vol. 8, 2015, p. 515 § 167 ; CIRDI, *African Holding company of Amercia c. République démocratique du Congo*, sentence sur les déclinatoires de compétence et la recevabilité du 29 juillet 2008, Aff. n° ARB/05/21 : « Le Tribunal conclut à cet égard que la nature du différend concerne le fait que des travaux ont été exécutés sous contrat et que leur coût n'a pas été réglé pendant une longue période de plus de quinze ans. Que la RDC ait officiellement refusé de payer ou ait gardé le silence, est sans importance pour la nature du différend. Le fait est que la RDC a manqué à ses obligations aux termes du contrat, ce qui se rattache donc à une situation d'inexécution envisagée à l'article 7.1.1 des Principes d'UNIDROIT. Aux termes de ce même article, l'inexécution comprend l'exécution défectueuse ou tardive. En outre, le fait que la RDC offrait de renégocier les créances et de ne payer qu'une fraction de leur valeur ne peut pas être assimilé à un refus officiel. Même si la RDC avait accepté de payer, et n'a en fait pas payé, la nature du différend serait toujours restée la même: avant comme après la date critique : le montant des travaux exécutés n'a pas été réglé. », *ibid.*, § 121.

[589] CIRDI, *Pac Rim Cayman LLC c. Salvador*, décision sur les objections à la compétence du 1er juin 2012, Aff. n° ARB/09/12

437. Le Salvador a contesté la compétence du tribunal saisi en affirmant que la décision du refus d'accorder le permis d'exploitation à l'investisseur étranger datait avant le changement de nationalité de ce dernier et donc avant que le CAFTA ne commence à produire ses effets vis-à-vis de l'Etat défendeur. La législation interne du Salvador prévoyait en effet que la non réponse de la part des autorités à une demande d'obtention de permis valait, au bout du 30ème jour à partir de l'envoi d'une telle demande, un refus à celle-ci. L'investisseur a pourtant soutenu que malgré l'existence de cette disposition législative, les autorités du Salvador avaient continué, après l'expiration du délai de 30 jours, à négocier avec les représentants des sociétés contrôlées par *Pac Rim Cayman* sur les conditions d'une éventuelle exploitation des ressources découvertes, et que rien ne permettait de considérer alors que leur décision sur cette question avait été définitivement arrêtée. Selon l'investisseur, l'Etat de Salvador devait être considéré comme s'étant clairement opposé à la demande d'obtention d'un permis d'exploitation par les sociétés contrôlées par *Pac Rim Cayman* au moment du discours du président du pays datant du mois de mars 2008, qui avait été prononcé donc après le changement de nationalité du demandeur. Après avoir analysé les allégations des deux parties au différend à ce sujet, le tribunal a considéré que :

> « *an omission that extends over a period of time and which, to the reasonable understanding of the relevant party, did not seem definitive should be considered as a continuous act under international law. The legal nature of the omission did not change over time: the permits and the concession remained non-granted. The controversy began with a problem over the non-granting of the permits and concession; and it remained a controversy over a practice of not granting the mining permits and concession.* »[590]

438. Le tribunal a par conséquent conclu qu'il était compétent pour se prononcer sur la conformité par rapport au traité applicable des éléments du comportement prétendument fautif du Salvador qui se situaient, d'un point de vue temporaire, après l'entrée en vigueur du traité ayant servi de fondement pour la requête de l'investisseur.

439. Entre les faits instantanés et les faits à caractère continu, la Commission du droit international a introduit une nuance supplémentaire avec la notion des faits illicites composites. En vertu de l'article 15 de son projet d'articles précité concernant la responsabilité des Etats :

[590] *Ibid.*, § 2.92.

> « 1. La violation d'une obligation internationale par l'Etat à raison d'une série d'actions ou d'omissions, définie dans son ensemble comme illicite, a lieu quand se produit l'action ou l'omission qui, conjuguée aux autres actions ou omissions, suffit à constituer le fait illicite.
> 2. Dans un tel cas, la violation s'étend sur toute la période débutant avec la première des actions ou omissions de la série et dure aussi longtemps que ces actions ou omissions se répètent et restent non conformes à ladite obligation internationale. »[591]

440. Le fait illicite composite se constitue donc de plusieurs actes ou omissions qui, pour certains d'entre eux lorsqu'ils sont analysés séparément seraient jugés conformes à une norme internationale, mais conjugués aux autres donnent lieu à un comportement illégal. Cette série d'actes ou d'omissions pourrait commencer avant l'entrée en vigueur d'un traité qui protège une opération d'investissement et se cristalliser en un fait composite illicite après l'entrée en vigueur de ce même instrument. Dans un tel cas, en vertu de l'article précité, l'investisseur serait en droit d'invoquer la non conformité du comportement illicite composite d'un Etat étranger par rapport au traité qui régit dorénavant leurs rapports. Cependant, la Commission du droit international a précisé dans ses commentaires relatifs à l'article 15 de son projet que :

> « l'Etat doit être lié par l'obligation internationale pendant la période durant laquelle la série d'actions ou d'omissions constituant la violation est commise. Dans les cas où l'obligation en question n'existait pas au début de la conduite mais est née par la suite, la «première» des actions ou omissions de la série, aux fins de la responsabilité des Etats, sera la première à s'être produite après la naissance de l'obligation. Cela n'exclut pas pour autant que les tribunaux puissent prendre en considération des actions ou omissions antérieures à d'autres fins (par exemple, pour établir la base factuelle de violations ultérieures ou pour prouver l'intention).»[592]

441. Dans le cadre de l'affaire *Pac Rim Cayman c. Salvador* précitée, le tribunal avait envisagé la possibilité que le comportement du gouvernement qui se caractérisait par une absence de réponse à la requête de l'investisseur pour l'obtention d'un permis d'exploitation – une omission qui se situait dans le temps à un moment où le traité servant de fondement à la demande arbitrale n'était pas encore entré en vigueur – ainsi que par le refus annoncé par le président de l'Etat défendeur d'accorder un tel permis à

[591] Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs, *Annuaire de la Commission du droit international*, 2001, vol. II, p. 153.
[592] *Ibid.*, p. 158.

l'investisseur lors d'un discours qui a eu lieu après l'entrée en vigueur du traité applicable, soit qualifié d'omissions et actions donnant lieu à un fait illicite composite qualifié comme étant une expropriation injustifiée des droits de l'investisseur. Or, comme un seul acte avait eu lieu après l'entrée en vigueur du traité applicable – le discours préjudiciable pour l'investisseur du président du Salvador – les arbitres ont finalement conclu qu'il n'était pas possible de considérer l'ensemble des actions et omissions comme étant un fait illicite composite pour le besoin de l'espèce[593].

442. Pour résumer, lorsqu'un fait attribué à un Etat est commis avant l'entrée en vigueur d'un traité vis-à-vis duquel un tel fait serait non conforme, mais lorsque ce fait est de caractère continu et produit des effets préjudiciables pour un investisseur après l'entrée en vigueur du traité, la personne privée aurait un titre pour agir en raison du tort qui lui est causé du fait que l'Etat ne s'est pas mis en conformité avec ses obligations internationales vis-à-vis de cet investisseur. Lorsqu'en outre, un comportement illicite d'un Etat résulte d'une addition d'actions ou d'omissions qui ensemble constituent une violation d'une obligation internationale souscrite par celui-ci, un investisseur pourrait reprocher à cet Etat toutes ses actions et omissions de son fait illicite composite qui ont eu lieu après l'entrée en vigueur d'un traité régissant les rapports entre le requérant et l'Etat fautif. Dans ces deux cas, le différend que le tribunal saisi pourra connaître aura pour base les actions ou omissions reprochées à l'Etat après l'entrée en vigueur du traité vis-à-vis duquel de telles actions ou omissions seraient non conformes[594].

443. A côté de cette première question relative à l'étendu de la compétence *ratione temporis* des tribunaux arbitraux saisis sur la base d'un traité interétatique de protection des investissements qui a commencé à produire ses effets à une date postérieure de la commission d'un fait illicite par un Etat partie à ce traité, un autre cas de figure sera à présent envisagé. Celui-ci correspond à l'hypothèse suivante : ressortissant d'un Etat A

---

[593] CIRDI, *Pac Rim Cayman LLC c. Salvador*, décision sur les objections à la compétence, *op.cit.*, §§ 2.87-2.88.

[594] CIRDI, *Emilio Agustin Maffezini c. Royaume d'Espagne*, décision sur la compétence du 25 janvier 2000, Aff. n°ARB/97/7, *ICSID Review*, vol. 16, 2001, p. 16, §§ 95-98 ; CIRDI, *African Holding company of Amercia c. République démocratique du Congo*, sentence sur les déclinatoires de compétence et la recevabilité du 29 juillet 2008, Aff. n° ARB/05/21 § 116, § 121 ; voir aussi pour des exemples d'une réclamation arbitrale fondée sur des faits illicites nouveaux par rapport à d'autres faits illicites attribués à l'Etat défendeur dans une procédure mais qui se situaient avant l'entrée en vigueur du traité de protection des investissements étrangers applicable en l'espèce, CIRDI, *Jan de Nul N.V. et Dredging International N.V. c. République arabe d'Egypte*, décision sur la compétence du 16 juin 2006, Aff. n°ARB/04/13, §§ 125-127 ; CIRDI, *Helnan International Hotels A/S c. République arabe d'Egypte*, décision sur la compétence du 17 octobre 2006, Aff. n°ARB/05/19, § 55.

détient un investissement sur le territoire d'un Etat B. Aucun traité de protection des investissements n'existe entre l'Etat A et l'Etat B. Le national de l'Etat A prend connaissance du fait que l'Etat B s'apprête à adopter une mesure préjudiciable pour son investissement. Une telle mesure serait potentiellement contraire à un traité de protection des investissements étrangers conclu entre l'Etat B et un Etat C. Le national de l'Etat A décide alors de céder les droits sur son investissement à un national de l'Etat C avant que l'Etat B n'ait pu adopter sa mesure potentiellement contraire au traité conclu entre ce dernier et l'Etat C. Ainsi, cet instrument commence à régir les rapports entre le national de l'Etat C et l'Etat B à une date antérieure du fait préjudiciable pour l'investissement que l'Etat B s'apprête à commettre. Aucun problème d'application dans le temps du traité n'empêchera alors le nouveau titulaire de l'investissement de porter une réclamation contestant la légalité de la mesure de l'Etat B lorsqu'elle sera adoptée. Un tel transfert des droits sur un investissement est pourtant clairement motivé par l'incapacité du cédant et par l'existence d'un titre pour agir du cessionnaire pour porter une réclamation à l'encontre de l'Etat de territorialité de l'investissement. La licéité d'une telle opération avait alors été mise en cause à plusieurs reprises dans le cadre du contentieux arbitral récent au motif qu'une telle restructuration réalisée à un moment où la survenance du différend lié à l'investissement cédé était plus que prévisible, était clairement abusive et avait pour seul objectif de permettre au niveau titulaire de l'investissement de gagner un accès devant un tribunal international.

PARAGRAPHE 2
LE PRINCIPE DE L'ABUS DE DROIT COMME FONDEMENT DE LA NON ACCEPTATION DU TITRE POUR AGIR D'UNE SOCIÉTÉ

444. A l'occasion de l'affaire de la *Barcelona Traction* de 1970, la Cour internationale de Justice a considéré qu'en matière des sociétés le droit international était appelé à se référer aux solutions retenues par les droits internes. Elle a alors rappelé que :

> « le droit [interne] a reconnu que l'existence indépendante de la personnalité morale ne saurait être considérée comme un absolu. C'est dans cette perspective que l'on a estimé justifié et équitable de « lever le voile social » ou de « faire abstraction de la personnalité juridique » dans certaines circonstances ou à certaines fins […] le voile est levé, par exemple, pour empêcher qu'on abuse des privilèges de la personne morale, comme dans

des cas de fraude ou […] pour protéger des tiers tels que le créancier ou l'acheteur »[595].

445. Nous pouvons légitimement admettre que dans le contexte du droit international et dans le cadre des rapports entre investisseurs privés et Etats étrangers, ce tiers pourrait être, l'Etat sur le territoire duquel une société détient un investissement. Il serait alors justifié dans certaines circonstances et pour des raisons d'équité, « de faire abstraction de la personnalité juridique » d'une société lorsque notamment celle-ci a servi de moyen pour ses actionnaires d'abuser des privilèges que leur confère la personnalité juridique distincte d'une personne morale qui a la nationalité différente de la leurs. La notion de fraude ou d'abus de droit sera utilisée donc dans ce contexte dans le sens qu'on ne devrait pas reconnaître la qualité de titulaire d'un investissement à une société à qui on a cédé les droits sur ce dernier afin que les personnes qui la contrôlent, et qui ont une nationalité différente de cette personne morale puissent invoquer, via celle-ci, un traité de protection des investissements conclu entre l'Etat national de la société et l'Etat de territorialité de l'investissement.

446. Nous avons vu cependant précédemment qu'en vertu d'une position largement partagée par la jurisprudence arbitrale, la pratique dite du *treaty shopping* qui consiste pour un investisseur de procéder à une restructuration de son entreprise dans la perspective de garantir à son investissement une meilleure protection en cas de litige avec l'Etat d'accueil de celui-ci, était considérée en principe comme licite[596].

447. De manière parallèle, les tribunaux arbitraux ont estimé toutefois que lorsqu'une cession des droits sur un investissement existant avait été réalisée afin que le nouveau titulaire de celui-ci puisse se prévaloir d'un traité de protection conclu entre l'Etat de sa nationalité et l'Etat d'accueil de cet investissement, à un moment lorsque la survenance d'un différend spécifique lié à cet investissement était imminente, une telle restructuration pouvait être qualifiée d'abusive et avoir pour conséquence la non reconnaissance du titre pour agir de son nouveau titulaire. Pour qu'une telle situation d'abus de droit soit constatée, la réunion de deux conditions préliminaires a été requise par la jurisprudence : la preuve de la survenance imminente d'un différend spécifique

[595] CIJ, *Barcelona Traction*, *op.cit.*, § 56.
[596] *Philip Morris Asia Limited c. Australie*, décision sur la compétence et la recevabilité du 17 décembre 2015, arbitrage sous règlement CNUDCI, aff. CPA n° 2012-12, § 540 ; CIRDI, *Renée Rose Levy et Gremcitel S.A. c. Peru*, sentence arbitrale du 9 janvier 2015, Aff. n° ARB/11/17, § 184; CIRDI, *Tidewater c. Venezuela*, décision sur la compétence du 8 février 2013, Aff. n° ARB/10/5, § 184 ; *Mobil Corporation c. Venezuela*, décision sur la compétence du 10 juin 2010, Aff. n° ARB/07/27, § 204.

lié à l'investissement faisant l'objet de la restructuration (**A**) ; et la preuve que ladite restructuration a été réalisée dans le but pour l'opérateur privé de pouvoir se prévaloir d'un traité international de protection que le cessionnaire des droits sur l'investissement ne pouvait pas invoquer faute d'avoir la bonne nationalité (**B**).

A. La condition de la survenance imminente d'un différend spécifique

448. L'affaire arbitrale précitée *Phoenix c. République tchèque* rendue en 2009 était la première dans laquelle la requête de l'investisseur a été rejetée au motif d'un « détournement de procédure »[597]. En l'espèce, la société-requérante *Phoenix* constituée conformément au droit israélien avait racheté la totalité des parts du capital de la société de droit tchèque BP, et avait ainsi acquis indirectement le contrôle sur la filiale de cette dernière, la société BG, créée elle aussi en vertu du droit tchèque. Ces deux dernières entités étaient déjà en litige avec la République tchèque devant ses juridictions internes.

449. Le tribunal après avoir constaté que le seul but de la création de la société israélienne et du rachat par celle-ci des deux sociétés tchèques était la transformation d'un litige interne préexistant en un litige international[598] afin que *Phoenix* tente d'invoquer en sa faveur des droits garantis aux investisseurs étrangers par un traité bilatéral conclu entre la République tchèque et l'Etat d'Israël, a estimé que :

> « *The conclusion of the Tribunal is therefore that the Claimant's initiation and pursuit of this arbitration is an abuse of the system of international ICSID investment arbitration. If it were accepted that the Tribunal has jurisdiction to decide Phoenix s claim, then any pre-existing national*

[597] CIRDI, *Phoenix Action, LTD c. République tchèque*, sentence arbitrale du 15 avril 2009, Aff. n° ARB/06/5, § 143. Les moyens de défense fondés sur le principe de l'abus de droit ont été formulés de manière diverse par les différents tribunaux. Des expressions comme « *abuse of the convention purposes* » (CIRDI, *Autopista c. Venezuela*, décision sur la compétence du 27 septembre 2001, Aff. n° ARB/00/5, *ICSID Review*, 2001, vol.16, pp. 469-514, § 122), « *abuse of legal personality* » (CIRDI, *Tokios Tokeles c. Ukraine*, décision sur la compétence du 29 avril 2009, Aff n° ARB/02/18, § 56), « *abuse of corporate form* » CIRDI, *Aguas del Tunari c. Bolivie*, décision sur la compétence du 21 octobre 2005, Aff n° ARB/02/3, *ICSID Review,* 2005, vol. 20, p. 450), « *abuse of the system of international investment protection* » (CIRDI, *Phoenix c. République tchèque*, *op.cit.*, § 113) ont été employées par la jurisprudence pour décrire le même problème juridique. L'idée sousjacente était toutefois toujours la même, celle de l'exercice d'un droit par une une personne de manière à « *obtenir un avantage indu* », *Dictionnaire de droit international public*, sous la direction de SALMON (J.), Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 3-4 ; Voir aussi, *Philip Morris Asia Limited c. Australie*, décision sur la compétence et la recevabilité du 17 décembre 2015, arbitrage sous règlement CNUDCI, Aff. CPA n° 2012-12 ; Le tribunal dans cette dernière affaire s'est exprimé ainsi : « *the initiation of a treaty-based investor-State arbitration constitutes an abuse of rights (or an abuse of process, the rights abused being procedural in nature) when an investor has changed its corporate structure to gain the protection of an investment treaty at a point in time when a specific dispute was foreseeable* », *ibid.*, § 554.

[598] *Ibid.*, § 142.

dispute could be brought to an ICSID tribunal by a transfer of the national economic interests to a foreign company »[599].

450. De manière semblable, dans l'affaire *Mobil c. Venezuela* rendue en 2010, le tribunal a estimé qu'une situation d'abus de procédure ne pouvait résulter que « *with respect to pre-existing disputes* »[600]. A la lumière de ces premières décisions, on aurait pu donc penser que les cas d'abus de droit étaient ceux dans lesquels un nouveau titulaire d'un investissement, ayant une nationalité différente de l'ancien titulaire de celui-ci, tente d'engager la responsabilité internationale d'un Etat étranger concernant un différend qui opposait déjà ce dernier Etat et la personne ayant cédé ses droits sur l'investissement litigieux.

451. Le tribunal arbitral constitué à l'occasion de l'affaire *Pac Rim Cayman c. Salvador* rendue en 2012[601] a fait évoluer les choses et a contribué à clarifier les circonstances dans lesquelles un moyen de défense fondé sur le principe de l'abus de droit pouvait être présenté. De manière très méthodique les arbitres dans cette dernière affaire ont fait observer que lorsqu'après la naissance d'un différend lié à un investissement, cet investissement changeait de titulaire et simultanément de nationalité, la capacité du nouveau titulaire de porter plainte à l'encontre de l'Etat auteur de la mesure préjudiciable pour l'investissement dépendait avant toute chose du caractère continu ou instantané du fait prétendument illicite attribué à cet Etat[602]. Le cessionnaire de l'investissement litigieux qui aurait une nationalité différente de celle du cédant, ne peut pas, en raison du principe de non rétroactivité des conventions internationales, invoquer en sa faveur un traité de protection des investissements conclu entre son Etat national et l'Etat d'accueil de l'investissement lorsque le fait qui a porté dommage à ce dernier était de nature instantanée et avait été commis avant l'opération du transfert des droits sur l'investissement, c'est-à-dire avant que le traité international commence à régir les rapports entre le nouveau titulaire de l'investissement et l'Etat d'accueil de celui-ci. Lorsqu'en revanche le fait étatique ayant porté atteinte à l'investissement faisant l'objet de la réclamation du requérant était de nature continue et qu'il continuait donc à porter préjudice à l'investissement et à son nouveau titulaire, celui-ci pouvait invoquer les obligations conventionnelles de l'Etat défendeur à son égard pour mettre fin à une telle

[599] *Ibid.*, § 144.
[600] CIRDI, *Mobil Corporation c. Venezuela*, décision sur la compétence du 10 juin 2010, Aff. n° ARB/07/27, §§ 20-22; § 205.
[601] CIRDI, *Pac Rim Cayman LLC c. République du Salvador*, *op.cit.*
[602] Voir sur cette question, *supra*, § 1, B)

situation[603].

452. Cette mise au point préalable a permis alors au tribunal de constater que les situations de changement de nationalité du titulaire d'un investissement après la survenance d'un différend lié à ce dernier, ayant résulté de la commission d'un ou plusieurs faits instantanés attribués à l'Etat défendeur, ne relevaient pas de la problématique d'abus de droit[604] mais de celle de l'application des traités dans le temps. Un tribunal n'avait tout simplement pas la compétence de connaître ce type de litiges car le traité de protection invoqué par le nouveau titulaire de l'investissement à l'appui de sa demande n'était pas applicable à l'Etat défendeur au moment où ce dernier a commis le fait dommageable pour l'investissement.

453. C'était donc uniquement en cas de commission d'un fait illicite continu par un Etat qu'un investisseur ayant acquis les droits sur un investissement visé par un tel fait illicite, pourrait se prévaloir d'un traité conclu entre son Etat national et l'Etat d'accueil de cet investissement. C'était seulement dans le cadre de ce type particulier de situations litigieuses préexistantes que la question de savoir si le changement de nationalité du titulaire de l'investissement pouvait être qualifié d'abusif aurait en effet un sens et un intérêt d'un point de vue juridique.

454. Dans un deuxième temps, le tribunal constitué à l'occasion de l'affaire *Pac Rim Cayman* a estimé que le moyen de défense fondé sur l'abus de droit devait pouvoir être soulevé aussi par un Etat défendeur dans une situation dans laquelle aucun différend n'avait pas opposé l'ancien titulaire d'un investissement litigieux et l'Etat d'accueil de celui-ci, mais qui était sur le point de se cristalliser, et qui après une opération de restructuration, a finalement opposé cet Etat au nouveau titulaire de l'investissement. Le différend survenu après le transfert de l'investissement, mais dont les éléments constitutifs étaient sur le point de se former avant la réalisation de ce transfert, permet ainsi au nouveau titulaire de l'investissement, en raison de sa nationalité différente de celle de l'ancien titulaire, de s'appuyer sur des instruments conventionnels dont l'ancien titulaire ne pouvait pas se prévaloir, afin de garantir une meilleure protection au niveau international de l'opération économique.

---

[603] CIRDI, *Pac Rim Cayman LLC c. République du Salvador*, décision sur les exceptions préliminaires, *op.cit.*, § 2.92 ; § 2.104.
[604] CIRDI, *Pac Rim Cayman LLC c. République du Salvador*, *op.cit.*, §§ 2.98-2.99.

455. Ce dernier aspect du raisonnement du tribunal est clairement novateur par rapport à la jurisprudence antérieure. Il est utile de rappeler en effet que dans l'affaire *Mobil c. Venezuela* précitée, l'investissement litigieux avait été cédée par l'entreprise américaine *Mobil* à l'une de ses filiales incorporées aux Pays-Bas afin que cette dernière puisse agir au niveau à l'encontre du Venezuela sur la base du traité bilatéral d'investissements qui avait été conclu entre ces deux pays. Avant le changement de la nationalité de l'investisseur, les autorités étatiques vénézuéliennes avaient clairement annoncé leur intention d'augmenter les taux de redevance applicable aux sociétés faisant partie du groupe *Mobil* développant des activités au Venezuela[605]. C'est à la suite de cette annonce que *Mobil* a décidé d'introduire dans sa chaine sociétale la filiale hollandaise, devenue par la suite le titulaire de l'investissement. Les éléments constitutifs du différend étaient donc bien présents et ont justifié ladite restructuration. Malgré cela, le tribunal a considéré que les allégations présentées par la demanderesse concernant les mesures fiscales adoptées par le Venezuela après la restructuration sociétale opérée par *Mobil* étaient recevables et leur conformité par rapport au traité bilatéral conclu entre le Venezuela et les Pays-Bas pouvait être examinée par les arbitres[606]. Ces derniers ont bien admis l'affirmation de l'Etat défendeur selon laquelle seul but de toute cette opération de restructuration était de garantir aux investissements situés au Venezuela une protection internationale et de permettre au nouveau titulaire à l'arbitrage CIRDI. Or, cela ne les a pas empêché de considérer que « *this was a perfectly legitimate goal as far as it concerned future disputes* »[607].

456. Le tribunal constitué à l'occasion de l'affaire *Pac Rim Cayman c. Salvador* a raisonné différemment. Il a considéré qu'une opération de restructuration d'investissement, impliquant un changement de nationalité du titulaire de celui-ci, pouvait être qualifiée d'abusive si une telle restructuration avait été opérée en raison en de la forte probabilité de la survenance d'un différend lié à cet investissement entre l'Etat d'accueil de celui-ci et son titulaire. La question se pose toutefois de savoir quels sont les éléments qui permettraient à un tribunal de considérer que la survenance d'un différend entre l'Etat d'accueil d'un investissement et le titulaire de celui-ci était de nature imminente. Nous avons déjà eu l'occasion, un peu plus haut, de présenter les faits de l'affaire *Pac Rim*

[605] CIRDI, *Mobil Corporation c. Venezuela*, décision sur la compétence du 10 juin 2010, Aff. n° ARB/07/27, §201.
[606] CIRDI, *Venezuela Holding, B.V., Mobil Cerro Negro Holding, LTD c. Venezuela*, sentence du 9 octobre 2014, Aff. n° ARB/07/27, §§ 204-207
[607] CIRDI, *Mobil Corporation c. Venezuela*, décision sur la compétence du 10 juin 2010, *op.cit.*, § 204.

Cayman. Pour un bref rappel de ceux-ci, *Pac Rim Cayman* était une filiale basée aux Iles Caïman d'un groupe d'entreprise dont la maison mère était de nationalité canadienne. *Pac Rim Cayman* détenait les actions les filiales du groupe basées au Salvador. Ces dernières avaient demandé aux autorités de ce pays un permis d'exploitation de ressources minières qu'elles avaient découvertes sur le territoire de celui-ci. Ces demandes sont restées sans réponse pendant plus de 6 mois, ce qui en vertu de la législation locale valait un refus. Les représentants des sociétés du groupe *Pac Rim* n'ont pour autant pas perdu d'espoir et ont entamé des négociations avec le gouvernement du Salvador en essayant d'infléchir sa position hostile aux projets de l'entreprise sur place. Parallèlement, la société mère canadienne a décidé de transférer le lieu d'enregistrement de sa filiale *Pac Rim Cayman* du territoire des Iles Caïman vers celui des Etats-Unis d'Amérique. Ainsi, cette dernière pouvait se prévaloir d'une nationalité américaine en cas de différend avec le Venezuela concernant les droits des sociétés locales du groupe *Pac Rim* et invoquer la protection de l'Accord de libre-échange d'Amérique centrale (ALEAC), que la République de Salvador venait de ratifier un an auparavant. Quelques mois après le changement de nationalité de *Pic Ram Cayman*, le président du Salvador a oppose un refus absolu à l'entreprise d'exploiter les ressources minières du pays. *Pac Rim Cayman* a alors déposé une réclamation internationale à l'encontre du Salvador. De manière un peu étonnante, et bien que le tribunal saisi a reconnu que la demanderesse était consciente qu'il était peu probable que le gouvernement du Salvador délivre un permis d'exploitation des ressources minières aux sociétés du groupe *Pac Rim*[608], les arbitres ont tout de même estimé que tant que les négociations entre les protagonistes se poursuivaient pendant la période précédant la prise de décision finale du président du pays, la survenance d'un différend entre les parties concernant cette question ne pouvait pas être qualifiée d'hautement probable[609].

457. Concernant la jurisprudence qui a suivi cette dernière décision, le tribunal arbitral constitué à l'occasion de l'affaire *Gremcitel c. Perou*[610] a repris la distinction établie entre un déclinatoire de la compétence fondé sur l'application *ratione temporis* d'un traité de protection des investissements et celui fondé sur une allégation d'abus de

[608] CIRDI, *Pac Rim Cayman LLC c. République du Salvador*, décision sur les exceptions préliminaires, *op.cit.*, § 2.85.
[609] *Ibid.*, § 2.109.
[610] CIRDI, *Renée Rose Levy et Gremcitel S.A. c. Pérou*, sentence arbitrale du 9 janvier 2015, Aff. n° ARB/11/17.

droit :

> « *If a claimant acquires an investment after the date on which the challenged act occurred, the tribunal will normally lack jurisdiction ratione temporis and there will be no room for an abuse of process. Here, the Tribunal has established that Ms. Levy acquired her investment prior to the challenged measure, even if it was just slightly before. In such a situation, a tribunal has jurisdiction ratione temporis but may be precluded from exercising its jurisdiction if the acquisition is abusive* »[611].

458. Le tribunal s'est dit aussi d'accord avec la méthode proposée par les arbitres dans l'affaire *Pac Rim Cayman* selon laquelle une situation d'abus ne peut être constaté que si un « *specific future dispute* » est prévisible au moment de changement de nationalité de l'opération de l'investissement « *as a very high probability and not merely as a possible controversy* »[612]. Les arbitres ont rajouté que :

> « *As for any abuse of right, the threshold for a finding of abuse of process is high, as a court or tribunal will obviously not presume an abuse, and will affirm the evidence of an abuse only "in very exceptional circumstances".* »[613].

459. Cependant, contrairement à la conclusion finale des arbitres dans l'affaire *Pac Rim Cayman*, ce tribunal a estimé que de telles telles circonstances très exceptionnelles avaient été bien présentes en l'espèce. Le litige concernait l'acquisition de trois terrains au Pérou par *Gremcitel*, une société enregistrée en Grenade, en vue de la réalisation de certains projets touristiques et immobiliers. Un transfert du contrôle sur le capital de la société détentrice de l'investissement au profit d'une dame de nationalité française (Mme Levy) a été effectué un jour seulement avant l'adoption d'une résolution par les autorités péruviennes qui accordaient le statut aux terrains acquis par l'investisseur d'une zone géographique intangible et donc non constructible. L'objectif d'une telle restructuration du capital social était celui de permettre à la nouvelle détentrice des

---

[611] *Ibid.*, § 182. Voir dans le même sens, *Philip Morris Asia Limited c. Australie*, décision sur la compétence et la recevabilité du 17 décembre 2015, arbitrage sous règlement CNUDCI, aff. CPA n° 2012-12, § 524-534.

[612] CIRDI, *Renée Rose Levy et Gremcitel S.A. c. Perou*, *op.cit.*, § 185.

[613] *Ibid.*, § 186. Voir dans le même sens, *Chevron Corporation c. Equateur*, sentence préliminaire du 1er décembre 2008, arbitrage sous règlement CNUDCI, CPA Aff. n° 34877, § 143. Pour une formulation un peu différente, mais qui semble exiger un degré aussi élévé de la charge de la preuve de l'existence d'un abus de droit, CIRDI, *Lao Holdings N.V. c. Laos*, décision sur la compétence du 21 février 2014, Aff. n° ARB(AF)/12/6, § 70 : « *abuse of process must preclude unacceptable manipulations by a claimant acting in bad faith who is fully aware prior to the change in nationality of the "legal dispute," as submitted by the Respondent.* ».

actions de la société d'invoquer le traité bilatéral des investissements conlu entre la France et le Pérou afin de contester la décision précitée des autorités publiques péruviennes. Il ressortait des faits reproduits par le tribunal dans sa décision qu'une commission nationale chargée de veiller à la protection des sites présentant une importance historique et culturelle au Pérou avait recommandé, dans un rapport établi deux ans plus tôt, l'adoption de la résolution contestée en l'espèce. Même si ce rapport n'était pas rendu public le tribunal a pu constater sur la base d'un témoignage que les représentants de *Gremcitel* ont eu connaissance de recommandations contenues dans celui-ci[614]. D'autres éléments factuels corroboraient également la thèse que les dirigeants de *Gremcitel* avaient appris qu'une telle décision concernant ces terrains allait être prise par les autorités péruviennes. En vertu des termes employés par le tribunal :

> « *The transfer of the shares was then set in motion in a great hurry, as is evidenced by the fact that Gremcitel registered the transfer before it had been formally notified of it. The fact that the transfer was perfected only one day before the INC enacted the decision leaves no doubt about the correlation between the change in Gremcitel's ownership and the 2007 Resolution of which the Claimants would then complain.* »[615].

460. Dans d'autres affaires, les tribunaux saisi n'ont pas exigé que le caractère du différend futur et spécifique au moment du changement de la nationalité du titulaire d'un investissement soit « hautement probable », mais ont requis simplement qu'il soit de nature « raisonnablement prévisible ». C'est notamment la formulation employée par le tribunal constitué dans l'affaire *Tidewater c. Venezuela*[616]. De même, les arbitres saisis dans l'affaire *Philip Morris c. Australie* ont considéré que :

> « […] *the initiation of a treaty-based investor-State arbitration constitutes an abuse of rights (or an abuse of process, the rights abused being procedural in nature) when an investor has changed its corporate structure to gain the protection of an investment treaty at a point in time when a*

[614] CIRDI, *Renée Rose Levy et Gremcitel S.A. c. Perou*, *op.cit.*, § 189.
[615] *Ibid.*, § 190.
[616] CIRDI, *Tidewater c. Venezuela*, décision sur la compétence du 8 février 2013, Aff. n° ARB/10/5 : « At the heart, therefore, of this issue is […] a question of timing as to when the dispute that is the subject of the present proceedings arose or could reasonably have been foreseen », *ibid.*, § 145 ; voir aussi § 184 et § 197. Dans l'affaire CIRDI, *ConocoPhillips c. Venezuela*, décision sur la compétence et le fond du 3 septembre 2013, Aff. ARB/07/30, le tribunal utilise une expression semblable en affirmant que le différend spécifique futur devait être « *in prospec* », *ibid.*, §§ 279-280. Voir dans le même sens, ASCENSIO (H.), « Abuse of Process in International Investment Law », *Chinese Journal of International Law*, vol. 13, n° 4, 2014, p. 774.

specific dispute was foreseeable. The Tribunal is of the opinion that a dispute is foreseeable when there is a reasonable prospect, as stated by the Tidewater tribunal, that a measure which may give rise to a treaty claim will materialise. »[617]

461. Dans le cadre de ce dernier différend, la compagnie américaine productrice de tabac *Philip Morris International* a décidé de transférer le contrôle sur deux sociétés australiennes faisant partie de son groupe - *Philip Morris Australia* et *Philip Morris Limited* – de l'une de ses filiales implantée en Suisse à sa filiale basée à Hong Kong - *Philip Morris Asia* - requérante dans cette procédure. Ladite restructuration est devenue effective le 23 février 2011. Au mois de novembre de la même année une législation visant à lutter contre le tabagisme et à diminuer l'attractivité des paquets de cigarettes surtout vis-à-vis des jeunes consommateurs a été adoptée par l'Australie. Cette nouvelle réglementation interdisait aux distributeurs du tabac d'afficher leurs marques et leurs logos sur les paquets de cigarettes qu'ils commercialisaient. Ce système réglementaire a été considéré comme portant atteinte à ses droits de propriété intellectuelle par *Philip Morris*. La filiale basée à Hong Kong du groupe multinational, ayant acquis le contrôle sur les droits de marque de la compagnie en Australie a alors porté une réclamation devant un tribunal CIRDI à l'encontre de cette dernière sur la base du traité bilatéral de protection des investissements conclu entre les deux Etats. L'Etat défendeur a contesté la compétence du tribunal en soutenant que *Philip Morris* avait procédé à une restructuration de son investissement en Australie en prévision de l'adoption de la législation anti-tabac, et dans le but de garantir à celui-ci une protection internationale.

462. Concernant la question du caractère raisonnable de la prévisibilité du différend, le tribunal a fait observer qu'au moment des discussions des premières propositions pour l'adoption d'une telle réglementation dans l'espace public en 2009, *Philip Morris* avait déjà fait savoir au gouvernement australien qu'un tel acte serait perçu par l'entreprise comme portant atteinte à ses droits. En 2010, le gouvernement constitué par le parti libéral a annoncé à plusieurs reprises publiquement son intention d'adopter ladite législation. S'en est suivie malgré cela une période d'incertitudes car l'opposition qui s'était positionnée plutôt positionnée contre ce projet, a réussi de provoquer des élections anticipées. A la suite de ces dernières, durant l'été de 2010, aucun parti n'a réussi à obtenir la majorité au Parlement. Un gouvernement minoritaire avait alors été

[617] *Philip Morris Asia Limited c. Australie*, décision sur la compétence et la recevabilité du 17 décembre 2015, *op.cit.*, § 554 ; voir dans le même sens § 566.

constitué qui s'est prononcé favorablement pour l'adoption de la loi anti-tabac mais ne disposait pas des des suffrages nécessaires pour la faire passer. Toutefois, compte tenu de l'attention médiatique grandissante consacrée à ce sujet, le tribunal a considéré que :

> « […] *there was at least a reasonable prospect that legislation equivalent to the Plain Packaging Measures would eventually been enacted, which would trigger a dispute. The tribunal is not convinced that political developments after 29 April 2010 were such that the Claimant could reasonably conclude that the enactment of the Plain Packaging Measures and the ensuing dispute were no longer foreseeable* »[618].

463. Le test appliqué pour arriver à la conclusion d'un changement abusif de la nationalité du titulaire de l'investissement litigieux a été par conséquent nettement plus souple que celui mis en œuvre par les tribunaux saisis dans les affaires *Pac Rim Cayman* et *Gremcitel* précitées. La survenance d'un différend spécifique futur ne doit plus relever du domaine de la quasi-certitude, mais doit simplement être prévisible même si des doutes subsistent toujours quant à sa cristallisation, notamment lorsque l'adoption finale d'un projet législatif constitutif du litige n'était pas tout à fait certaine faute de majorité suffisante au Parlement. Le tribunal dans l'affaire *Philip Morris* a en outre précisé que l'important laps de temps qui s'était écoulé entre la première annonce du gouvernement concernant l'adoption future de sa législation anti-tabac et le vote effectif de celle-ci (plus de 19 mois en l'espèce) ne devait pas constituer un obstacle pour considérer le différend qui allait résulter de l'adoption d'une telle législation comme prévisible[619].

464. Nous approuvons cet assouplissement de la jurisprudence en la matière. Cela traduit une volonté des arbitres d'exercer un contrôle plus poussé sur les restructurations sociétale opérées en prévision d'un différend futur et prévisible dans le but de se prévaloir d'un traité, souvent de nature bilatérale, de protection des investissements qui n'avait pas été conçu et conclu pour s'appliquer en faveur d'investisseurs n'ayant pas réellement développée une activité économique sur le territoire de l'un des Etats parties à celui-ci.

465. S'inscrivant toutefois dans la continuité de la ligne jurisprudentielle établie par les tribunaux saisis antérieurement, le tribunal dans l'affaire *Philip Morris* a considéré également qu'il devait mener son analyse en présumant que l'opération de restructuration de l'investissement litigieux avait été réalisée en dehors de toute

[618] *Ibid.*, § 566.
[619] *Ibid.*, § 567.

perspective d'un différend à venir. La charge de la preuve incombait donc à l'Etat défendeur qui devait établir qu'un tel changement de nationalité du titulaire de l'investissement à une date précédant de peu le dépôt d'une réclamation arbitrale à son encontre, avait été réalisé dans le but de garantir une meilleure protection, ou bien tout simplement une possibilité de protection, de l'investissement au niveau international.

B. La condition relative à la motivation de l'opérateur ayant procédé à la restructuration de son investissement

466. La deuxième condition constitutive d'une situation d'abus de droit concerne les motivations de l'opérateur privé ayant procédé à une restructuration de son investissement et de la nationalité du titulaire de ce dernier. Il y a un abus de droit si le but de l'opération de restructuration est celui de permettre au nouveau titulaire de l'investissement de pouvoir invoquer, pour la protection de celui-ci, des droits conventionnels inapplicables à l'ancien titulaire de l'investissement, et/ou d'avoir accès à un for arbitral international devant lequel l'ancien titulaire de l'investissement ne disposait pas d'un titre pour agir.

467. L'étude des différentes décisions en la matière nous montre toutefois qu'aucun tribunal n'a refusé d'admettre le bien fondé d'un moyen de défense invoquant une situation d'abus de droit au motif que cette deuxième condition n'avait pas été suffisamment démontrée, alors que la première concernant la nature prévisible du différend futur et spécifique avait quant à elle été établie[620]. En effet, le fait qu'une restructuration soit réalisée juste avant la survenance d'un différend spécifique constitue déjà aux yeux des arbitres un élément qui corrobore fortement la supposition qu'une telle restructuration avait été réalisée dans le but de garantir à l'opération d'investissement une protection conventionnelle particulière[621].

468. Il ressort même de l'étude de la jurisprudence qu'après la preuve apportée par un Etat défendeur que la survenance d'un différend futur et spécifique était prévisible avant la réalisation d'une opération de restructuration, la charge de la preuve passe du côté de

[620] En même temps il ressort également de l'étude de la jurisprudence que l'hypothèse inverse est possible. Par exemple, dans l'affaire *Pac Rim c. Salvador* précitée, le tribunal a considéré que la motivation principale pour l'investisseur de procéder à la restructuration de son opération était de pouvoir invoquer la protection de l'ALEAC pour son investissement. Pour autant, les arbitres ont rejeté le moyen de défense d'abus de droit, car ils ont estimé qu'au moment de la restructuration, la survenance d'un différends futur et spécifique n'était pas de nature « hautement probable », CIRDI, *Pac Rim Cayman LLC c. République du Salvador*, décision sur les exceptions préliminaires, *op.cit.*, §§ 2.41 et § 2.109.
[621] CIRDI, *Phoenix Action, LTD c. République tchèque*, sentence arbitrale du 15 avril 2009, *op.cit.*, §136 ; *Renée Rose Levy et Gremcitel S.A. c. Peru*, sentence arbitrale du 9 janvier 2015, *op.cit.*, § 191.

l'investisseur qui doit démonter que l'objectif poursuivi par une telle restructuration était autre que celui pour le requérant de pouvoir se prévaloir d'un traité particulier et/ou gagner un accès à l'arbitrage international. Autrement dit, les tribunaux semblent en réalité présumer qu'un opérateur privé tente de se prévaloir de manière abusive du système international d'arbitrage chaque fois qu'une restructuration de son opération d'investissement impliquant un changement de nationalité avait eu lieu juste avant la survenance d'un différend spécifique. Et il ne suffit pas pour le requérant juste d'affirmer le contraire pour renverser cette présomption. A titre d'exemple, l'allégation du demandeur dans l'affaire *Gremcitel c. Perou* selon laquelle la cession des actions de la société détenant l'investissement litigieux au profit d'une ressortissante française n'avait pas été motivé par la nationalité de cette dernière ou pas sa capacité de se prévaloir du traité bilatéral conclu entre la France et le Pérou, mais relevait d'une simple décision familiale, a été jugée insuffisamment étayée par les arbitres[622].

469. De même, le tribunal constitué à l'occasion de l'affaire n'a pas admis l'argument de l'investisseur selon lequel la restructuration sociétale qui lui avait permis de se prévaloir du traité bilatéral conclu entre l'Etat défendeur et le Hong Kong avait été réalisée dans le cadre d'un contexte plus large de réorganisation des actifs au sein de l'entreprise multinationale. Les raisons invoquées par la demanderesse du changement du titulaire du contrôle sur les actifs de l'entreprise en Australie étaient celles d'une diminution des dépenses de fonctionnement, d'une optimisation des flux de trésorerie et de la recherche d'une plus grande efficacité au niveau du management des sociétés australiennes faisant partie du groupe *Philip Morris* qui avait été confié à sa filiale basée à Hong Kong. Les arbitres ont toutefois fait observer que ces motifs présentés devant eux n'avaient été à aucun moment de la procédure confirmés ou justifiés d'un point de vue structurel ou comptable par un représentant de la société. Aucun courrier interne n'avait pas non plus été transmis aux arbitres évoquant les discussions et les conclusions finales prises au niveau central concernant cette restructuration[623]. Dans ces conditions, le tribunal a estimé qu'en réalité aucune des motivations invoquées par le demandeur n'avait été déterminante pour la restructuration, mais que le principal, sinon le seul objectif de celle-ci était de conférer la capacité à *Philip Morris Asia* de présenter une réclamation devant ce tribunal fondée sur le traité de protection des investissements étrangers conclu

[622] *Renée Rose Levy et Gremcitel S.A. c. Peru*, sentence arbitrale du 9 janvier 2015, *op.cit.*, § 191.
[623] *Philip Morris Asia Limited c. Australie*, décision sur la compétence et la recevabilité du 17 décembre 2015, *op.cit.*, § 582.

l'Australie et le Hong Kong[624].

470. Enfin, les tribunaux se montrent de moins en mons strictes avec le temps concernant le fait de savoir si une restructuration d'une opération d'investissement impliquant un changement de la nationalité du titulaire de ce dernier avait été *principalement* motivée par l'objectif de permettre au niveau titulaire de l'investissement de pouvoir se prévaloir d'un traité interétatique particulier, ou bien si d'autres raisons avaient également guidé cette décision de l'opérateur privé. Ainsi, en 2010, le tribunal constitué à l'occasion de l'affaire *Mobil c. Venezuela* avait estimé que la volonté de l'investisseur de bénéficier de la protection d'un traité en matière des investissements étrangers devait constituer la raison déterminante pour une restructuration afin que celle-ci puisse être qualifiée d'abusive[625]. D'autres tribunaux saisis ultérieurement ont considéré en revanche qu'il suffisait que l'une des raisons pour une restructuration soit celle de profiter d'un traité et/ou d'avoir accès à un for arbitral pour que l'abus soit constaté. A titre d'illustration les arbitres siégeant dans l'affaire *Tidewater c. Venezuela* se sont exprimés ainsi :

> « *The Tribunal finds it unnecessary to make a finding as to whether the alleged tax advantages for Tidewater in fact motivated or explained the incorporation of* « *Tidewater Barbados or the reorganisation of its Venezuelan business under the intermediate ownership of Tidewater Barbados. That is because, as Mr Carr very fairly accepts in his statement, the restructuring was motivated both by tax considerations and also by 'risk-mitigation perspectives [...]This being so, it suffices for the Tribunal to accept for present purposes that one of the two reasons for the reorganisation was a desire to protect Tidewater from the risk of expropriation by incorporation of an investment vehicle in a state having investment treaty arrangements with Venezuela*[626]. »

471. Il devient donc plus difficile aujourd'hui pour un investisseur de justifier la restructuration de son opération à un moment où un différend avec l'Etat d'accueil de cette dernière est sur le point de se cristalliser. D'autant plus que les tribunaux arbitraux ont à maintes reprises affirmé que le fait de réorganiser son entreprise de manière à garantir à son investissement une meilleure protection juridique sur le plan international

---

[624] *Ibid.*, § 584.

[625] CIRDI, *Mobil Corporation c. Venezuela*, décision sur la compétence du 10 juin 2010, § 190; *Philip Morris Asia Limited c. Australie*, décision sur la compétence et la recevabilité du 17 décembre 2015, *op.cit.*, § 584 ;

[626] Voir notamment CIRDI, *Tidewater c. Venezuela*, décision sur la compétence du 8 février 2013, Aff. n° ARB/10/5, § 183. Voir aussi, CIRDI, *Pac Rim Cayman LLC c. République du Salvador*, décision sur les exceptions préliminaires, *op.cit.*, §§ 2.41

en cas de la survenance d'un différend avec l'Etat d'accueil de était en soi tout à fait légitime et licite. Ce dernier élément encourage alors parfois les investisseurs dans ce type d'affaires de reconnaître que l'une des motivations du changement de nationalité de leur opération était justement de soumettre celle-ci à l'application d'un traité international plus favorable[627]. En clair, le caractère légitime d'une restructuration opérée dans le but, pour un investisseur, de se prévaloir d'un régime juridique plus favorable, dépend essentiellement du moment choisi pour une telle réorganisation des actifs. Si elle est réalisée à un moment où un différend spécifique et futur avec l'Etat d'accueil d'un investissement est devenu prévisible, il devient de plus en plus probable qu'une telle manouvre soit considérée comme abusive par un tribunal.

*

472. L'effectivité de la nationalité d'une société, déterminée le plus souvent en fonction du lieu de constitution de cette dernière, n'est quasiment jamais remise en cause en tant que telle par les tribunaux arbitraux. Ils refusent, dans leur grande majorité, de considérer qu'un principe non écrit dont l'existence même prête à controverses en droit international général, qui conditionnerait l'opposabilité de la nationalité des sociétés faiblement rattachées à l'Etat en vertu de la législation duquel elles ont été créées, soit susceptible de trouver application en contentieux conventionnel en matière d'investissements étrangers. En revanche, le titre pour agir d'une société pourra être invalidé au motif que la raison pour laquelle elle a acquis un investissement préexistant était de permettre la protection de celui-ci au niveau international grâce à la nationalité de la société devenue son titulaire. Dans un tel cas, ce n'est non pas l'opposabilité de la nationalité de la société pour des raisons tenant à l'effectivité de son rattachement, mais la réalité de la nationalité de l'investissement qui pourra être remise en cause en vertu de la théorie de l'abus de droit.

[627] CIRDI, *Mobil Corporation c. Venezuela*, décision sur la compétence du 10 juin 2010, § 189 ; *Philip Morris Asia Limited c. Australie*, décision sur la compétence et la recevabilité du 17 décembre 2015, *op.cit.*, § 580.

CONCLUSION DU TITRE 2

473. Lorsque le titulaire d'une requête arbitrale visant la protection d'un investissement situé à l'étranger est une société, elle est traitée comme un investisseur autonome par rapport aux personnes qui détiennent son capital. Sa perception en tant que personne juridique singulière au regard du droit international est une conséquence directe, la plupart du temps, de sa reconnaissance comme personne juridique autonome par le droit interne de l'Etat en vertu de la législation duquel elle est constituée. Or, une société peut aussi, lorsqu'un traité de protection des investissements étrangers le permet, être reconnue en tant qu'investisseur à part entière par un tribunal arbitral, même si elle ne dispose pas de tous les attributs nécessaires pour être considérée comme une personne juridique par la loi étatique applicable régissant son fonctionnement. Quel que soit le cas, le titre pour agir d'une société qui souhaite introduire une réclamation arbitrale à l'encontre d'un Etat étranger sur la base d'un traité interétatique en matière de protection des investissements, dépendra donc de sa propre nationalité, et non pas de celle des détenteurs de ses parts sociales. Cette nationalité découle traditionnellement du même ordre juridique étatique qui l'a vue naître. De plus en plus de traités de protection des investissements étrangers procèdent toutefois aujourd'hui à une dissociation de la question relative à la capacité d'une société de se prévaloir d'une personnalité juridique autonome, dépend le plus souvent de l'ordre juridique de sa constitution, et de la question qui se pose dans un second temps relative à l'Etat vis-à-vis duquel cette société peut être considérée comme rattachée pour le besoin de la détermination de la catégorie des droits conventionnels dont elle peut se prévaloir. Même si, dans la grande majorité des cas, la nationalité d'un investisseur-personne morale continue à dépendre du lieu de sa constitution, de nombreux instruments conventionnels se réfèrent également à d'autres critères pour la détermination de l'allégeance des groupements économiques, comme par exemple la nationalité des personnes exerçant un contrôle sur la société requérante ou bien encore celui du lieu d'exercice des activités économiques ou commerciales de celle-ci. La référence à ces critères supplémentaires traduit une prise de conscience par les Etats de certaines réalités économiques lors de la détermination de l'allégeance juridique d'une société. Malgré cela, les cas dans lesquels la nationalité d'une personne morale n'a pas été reconnue par un tribunal arbitral au motif que son rattachement étatique manque d'effectivité restent extrêmement rares en pratique.

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

474. Les opérations d'investissement transfrontalières d'envergure, celles susceptibles de se retrouver au cœur d'une affaire arbitrale internationale, sont rarement réalisées directement par une seule personne physique. Dans les rares exemples où c'est tout de même le cas, le caractère étranger de l'investissement, et donc la question de savoir si un certain nombre de garanties prévues par des instruments conventionnels interétatiques, pourraient lui être applicables dépendra de la nationalité ou du lieu de résidence de son titulaire.

475. La plupart du temps les opérations tansfrontalières qui font l'objet des litiges dans le cadre du contentieux arbitral mixte sont menées et réalisées par, et *via*, une ou le plus souvent plusieurs personnes morales créées en vertu de la législation d'Etat différents. Le droit international général confère la capacité pour agir en protection d'un investissement uniquement à la société qui le détient directement, c'est-à-dire dont cet investissement fait partie du patrimoine social. Cette conception des choses posait cependant un certain nombre d'obstacles la mise ne place de régimes conventionnels efficaces de protection des investissements étrangers. L'un des objectifs principaux poursuivis par les traités conclus en la matière était celui de garantir une protection maximale aux biens et avoirs situés sur le territoire d'un Etat et détenus, directement ou indirectement c'est-à-dire via une personne morale intermédiaire, par des ressortissants d'autres Etats, en soumettant ces biens à un régime juridique international comportant des garanties relatives traitement réservé à ceux-ci par les Etats de leur territorialité. Ainsi, lorsqu'un investissement réalisé sur le territoire un Etat par des ressortissants d'un autre Etat, l'a été via une filiale locale créée en vertu de la législation du premier Etat, le droit international général considère que le titulaire d'une telle opération est la filiale ayant la nationalité de l'Etat de territorialité de l'investissement, et non pas les ressortissants étrangers exerçant un contrôle sur celle-ci. Une telle vision empêche la protection de cette opération sur le plan international car la filiale ne dispose pas d'un titre pour agir à l'encontre de son propre Etat de nationalité.

476. Pour remédier à ce type de situations que certains Etats exportateurs de capitaux ont considéré comme étant contraire aux intérêts de leurs nationaux, et de manière plus générale afin de garantir une protection complète à leurs ressortissants investissant à l'étranger via des sociétés soumises à la législation d'un Etat tiers, une exception

conventionnelle à la règle classique ne tenant compte de la seule personnalité juridique de la personne morale dont les droits sont atteints par un Etat étranger concernant la capacité pour agir en protection de ces droits, dans de nombreux traités en matière d'investissements étrangers. En vertu de cette disposition dérogatoire, lorsqu'un investissement est réalisé par une personne morale, ce n'est plus seulement la société dont cet investissement fait partie des actifs qui est considérée comme étant titulaire des droits sur celui-ci, mais ce sont aussi toutes les personnes détenant cet investissement de manière indirecte, autrement dit les personnes exerçant un contrôle sur la société détentrice directe de l'investissement. Lorsque ces dernières s'avèrent être à leur tour d'autres personnes morales, c'est également les personnes qui contrôlent celles-ci qui sont considérées comme détenant indirectement l'investissement détenu directement par la première société. Les Etats ont ainsi fait sauter un verrou important concernant la protection des droits des actionnaires étrangers d'une société. Or, en même temps ils ont ouvert ainsi la boîte de Pandore car à chaque fois qu'un investissement est réalisé aujourd'hui par une personne morale, l'Etat de territorialité de celui-ci se retrouve face à une multitude d'investisseurs potentiels disposant d'un titre pour agir à son encontre sur la base d'instruments conventionnels différents que cet Etat a conclu avec plusieurs autres Etats.

PARTIE II

-

LE DROIT INTERNATIONAL À L'ÉPREUVE DE LA PLURALITÉ DES INVESTISSEURS

477. En droit international général, la question de savoir si c'est une société ou bien ses associés ou actionnaires[628] qui sont titulaires des droits portant sur un bien est tributaire de la distinction établie en droit interne entre la personnalité juridique des personnes morales et celle des membres dont ces dernières sont composées. Comme la Cour internationale de Justice l'a rappelé dans son arrêt *Diallo* de 2007, en reprenant un principe qu'elle avait déjà établi dans le cadre de l'affaire de *la Barcelona Traction* de 1970 :

> « Le droit congolais attribue à la S.P.R.L. une personnalité juridique indépendante et distincte de celle des associés, notamment en ce que le patrimoine des associés est complètement séparé de celui de la société, et que ceux-ci ne sont responsables des dettes de la société qu'à hauteur de leur apport à celle-ci. Il en découle que les créances et les dettes de la société à l'égard des tiers relèvent respectivement des droits et des obligations de celle-ci. Ainsi que l'a souligné la Cour dans l'affaire de la *Barcelona Traction* : « Tant que la société subsiste, l'actionnaire n'a aucun droit à l'actif social. » (*C.I.J. Recueil 1970*, p. 34, par. 41.) Ceci demeure la règle fondamentale en la matière, qu'il s'agisse d'une S.P.R.L. ou d'une société anonyme. »[629].

478. Cette manière de procéder n'implique guère pour autant l'existence d'une règle internationale de renvoi au droit interne de nature intransigeante. Rien ne s'oppose en effet que deux ou plusieurs Etats décident, dans le cadre de leurs relations conventionnelles, d'établir une règle matérielle, relevant donc de l'ordre juridique international, qui ferait abstraction de ce principe de séparation des personnalités juridiques. Ce dernier ne résulte finalement que d'une pure construction juridique poursuivant des fins déterminées, qui sont propres aux ordres juridiques internes. Il s'agit des objectifs de nature diverse visant, par exemple, à limiter la responsabilité personnelle des associés ayant pris part à un groupement ou encore à garantir le remboursement des créances empruntées par la société à des tiers.

479. L'une des finalités premières du droit international des investissements est pourtant

[628] Les actionnaires sont les associés des sociétés dont le capital est divisé en actions. Le plus souvent ce sont en effet ce type de sociétés qui se retrouvent parties, ou bien l'objet d'une demande en protection diplomatique, dans la pratique contentieuse internationale. Par une certaine commodité du langage la doctrine a pris alors l'habitude d'utiliser le terme « actionnaires » pour désigner les détenteurs du capital d'une société, même lorsque son capital n'est pas divisé en actions. En ce qui nous concerne, nous préférons utiliser le terme « associé » qui est plus générique afin de ne pas exclure du champ de notre étude les propriétaires de part du capital d'une société n'étant pas des actionnaires.

[629] CIJ, *Affaire Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République Démocratique du Congo)*, arrêt portant sur les exceptions préliminaires du 24 mai 2007, *Rec. 2007 (II)*, p. 606, § 63.

celle de protéger les investisseurs étrangers. Or, ces investisseurs sont souvent les associés ayant réalisé une opération économique dans un Etat étranger via une société locale créée en vertu de la législation de celui-ci. Les réglementations nationales de certains Etats imposent en effet aux opérateurs étrangers souhaitant réaliser un investissement sur leurs territoires la création d'une filiale locale ou bien d'une co-entreprise. Dans d'autres cas, la création d'une société locale est un prérequis résultant de la nature même de l'opération économique développée sur place. La fiction de la personnalité juridique distincte d'une telle entité par rapport à celle des détenteurs de son capital a ainsi été perçue comme un obstacle pour la protection des intérêts des *véritables* investisseurs[630]. Un bon nombre de traités en matière des investissements étrangers ont alors été rédigés de manière à étendre leur protection vis-à-vis des associés ressortissants de l'un des Etats contractants qui détenaient ou contrôlaient *indirectement*, c'est-à-dire via une société intermédiaire, un investissement réalisé sur le territoire d'un autre Etat partie à un tel traité. En vertu de telles définitions les associés sont devenus des titulaires des droits sur des investissements faisant partie, au regard du droit interne, du patrimoine des sociétés dont ils participaient au capital. Ils se sont alors vus conférer la capacité pour agir en protection de ces investissements considérés comme étant les *leurs* à l'encontre de l'Etat ayant porté une atteinte à ces derniers.

480. Lorsqu'en revanche les associés ou actionnaires étrangers invoquant des droits sur un investissement réalisé par une société qu'ils contrôlent s'avèrent être à leur tour une ou plusieurs personnes morales dont le capital est détenu par des ressortissants d'un ou plusieurs Etats tiers, voire même de l'Etat de territorialité de l'investissement faisant l'objet du différend, la question de la reconnaissance en leur faveur d'un titre pour agir en protection de cet investissement s'est posée de nombreuses fois dans la pratique contentieuse. Il découle de manière quelque peu paradoxale de celle-ci que dans un tel cas de figure les tribunaux ne tiennent généralement plus compte de la structure du capital social des associés - personnes morales, ou de la nationalité des personnes exerçant un contrôle sur ces derniers. Faute d'une règle conventionnelle explicite leur permettant, à ce deuxième niveau de la chaîne sociétale, de faire abstraction de la personnalité juridique de la personne morale les tribunaux déterminent en effet sa capacité pour agir en recourant de nouveau à la fiction de la personnalité distincte de

[630] Voir sur cette notion de *véritables* investisseurs et sur l'extrême difficulté, voire même impossibilité de déterminer l'identité des personnes visées par ce terme, MÜLLER (D.), *La protection de l'actionnaire en droit international. L'héritage de la Barcelona Traction*, Paris, Pedone, 2015, pp. 401-407.

tout groupement auquel un ordre juridique interne a reconnu une existence légale et autonome par rapport aux personnes qui le composent. Cet état de droit a permis à beaucoup d'entreprises d'organiser leurs opérations transfrontalières de manière à ce que l'investissement réalisé par l'une de leurs composantes sur le territoire d'un Etat soit contrôlé indirectement par une société créée en vertu de la législation d'un autre Etat ayant conclu un traité de protection des investissement avec le premier Etat. Cette pratique d'optimisation des actions contentieuses au gré des traités de protection conclus par les différents Etats, connue encore sous le nom de *treaty shopping*, s'est généralisée ces dernières années[631], et est devenue un objet récurrent de débats concernant sa licéité dans la pratique arbitrale récente. Pour reprendre un cas hypothétique, mais qui est loin d'être un cas d'école, envisagé par la professeure DUBIN :

> « […] un investisseur […] national d'un pays *x* et qui réalise un investissement dans un pays *y* par le truchement d'une filiale incorporée dans un Etat *z*, pourra intenter une action contre l'Etat d'accueil *y* pour protéger ses droits au titre d'un traité bilatéral d'investissement entre les Etats *x* et *y* ; il pourra encore inviter la filiale qu'il contrôle à intenter en tant que personne morale, une autre action contre le même Etat *y* au titre d'un traité d'investissement passé avec l'Etat *z* dans lequel la filiale est incorporée »[632].

481. La démarche qui consiste à conférer des droits aux actionnaires d'une société sur les biens ou avoirs de cette dernière (**Titre 3**) aux fins de garantir une protection aux *véritables* investisseurs ne pourra donc pas atteindre utilement son but si les Etats ne redéfinissent pas de manière simultanée dans le cadre de leurs relations les conditions générales dans lesquelles une personne morale pourra se prévaloir des droits sur un investissement dont elle est titulaire. Une telle redéfinition nécessite à notre avis de prendre en considération de manière systématique le critère du contrôle pour le besoin de déterminer si une société peut être protégée au niveau international notamment lorsque cette société est créée en vertu de la législation d'un Etat mais est contrôlée par des intérêts provenant d'un autre Etat. Si les Etat recourent de plus en plus souvent, dans le cadre de leur pratique conventionnelle récente, au critère du contrôle aux fins de

[631] Voir dans le même sens, GAILLARD (E.), « L'avenir des traités de protection des investissements », *in* LEBEN (Ch.) (dir.), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Paris, Pedone, 2015, p. 1043.

[632] DUBIN (L.), « L'entreprise multinationale, de la fragmentation à la reconstruction par le droit international », Rapport introductif, *in L'entreprise multinationale et le droit international,* Colloque annuel de la SFDI de 2016 à l'Université Paris 8 Vincennes-Saint Denis, Paris, Pedone, 2017, p. 5.

définir la catégorie des personnes morales protégées par un traité, les modalités d'application de ce critère par la jurisprudence ne sont encore ni clairement établies, ni, à plus forte raison, uniformisées. (**Titre 4**).

482. Il existe donc deux manière distinctes, mais qui doivent selon nous être associées et traitées dans le cadre d'une réflexion commune, pour aborder le thème du « contrôle » en droit international des investissements. La première concerne la question de savoir si une personne peut être considérée comme titulaire des droits sur un investissement, en raison du contrôle qu'elle exercé sur celui-ci. La deuxième quant elle s'intéressera à savoir si le statut de titulaire des droits sur un investissement dont prétend disposer une personne morale en raison du contrôle qu'elle exerce sur l'investissement, doit dépendre de l'origine du contrôle exercé sur cette personne morale.

TITRE 3

LA QUALITÉ D'INVESTISSEUR PROTÉGÉ RECONNUE AUX DÉTENTEURS DU CAPITAL D'UNE SOCIÉTÉ

483. La nature et le contenu des droits conférés à un associé ou actionnaire d'une société par un traité en matière d'investissements peuvent différer sensiblement de ceux dont disposerait un associé ou actionnaire en l'absence d'un régime conventionnel spécifique. A l'occasion de l'affaire de la *Barcelona Traction*, la Cour internationale de Justice avait constaté à ce sujet que :

> « dans l'état présent du droit, la protection des actionnaires exige que l'on recoure à des stipulations conventionnelles ou à des accords spéciaux conclus directement entre l'investisseur privé et 1'Etat où l'investissement est effectué. »[633].

484. Cela ne veut pas dire pour autant que le droit international général ne confère aucun droit aux actionnaires. Dans la même affaire, la Cour internationale de Justice avait rappelé que le droit interne, qui servait de référence à son raisonnement, reconnaissait au profit des actionnaires « des droits distincts de ceux de la société, parmi lesquels le droit aux dividendes déclarés, le droit de prendre part aux assemblées générales et d'y voter, le droit à une partie du reliquat d'actif de la société lors de la liquidation »[634].

485. L'affirmation formulée alors par plusieurs tribunaux arbitraux[635] ou par certains auteurs[636] selon laquelle l'une des particularités du système conventionnel de protection

---

[633] CIJ, *Barcelona Traction*, *op.cit.*, p. 47, § 90.
[634] *Ibid.*, § 47.
[635] Voir pour une analyse plus détaillée sur cette question *infra*. C'était le cas entre autres de la plupart des tribunaux saisis à l'occasion des différends à l'encontre de l'Argentine par plusieurs investisseurs étrangers disposant des participations dans des sociétés locales lésées par la « pésofication » de l'économie décidée dans ce pays au début des années 2000. Voir à titre d'exemple les affaires suivantes jugées dans le cadre du CIRDI : *Enron et Ponderosa c. Argentine*, décision sur la compétence du 14 janvier 2004, Aff. n° ARB/01/13, §§ 38-39, *Gaz Natural c. Argentine,* décision sur la compétence du 17 juin 2005, Aff. n° ARB/03/10, § 34, *Compania de Aguas del Aconquija et Vivendi c. Argentine,* décision sur la compétence du 14 novembre 2005, Aff. n° ARB/97/3, §§ 93-94, *Metalpar c. Argentine*, décision sur la compétence du 27 avril 2006, Aff. n° ARB/03/5, § 68, *Impregilo c. Argentine*, sentence du 21 juin 2011, Aff. n° ARB/07/17, § 138 et § 140, *Hochetief c. Argentine*, décision sur la compétence du 24 octobre 2011, Aff. n° ARB/07/31, § 115.
[636] ALEXANDROV (St.) « "The Baby Boom" of Treaty-Based Arbitrations and the Jurisdiction of ICSID Tribunals : Shareholders as "Investors" and Jurisdiction *ratione temporis* », *L.P.I.C.T.*, 2005, vol. 4, p. 28 : SCHLEMMER (E.C.), « Investment, Investor Nationality, and Shareholders », *in* MUCHLINSKI

des investissements étranger, par rapport au droit international général, serait le fait que le premier confère une capacité aux actionnaires d'agir en leur propre nom[637], n'est pas tout à fait exacte.

486. Les investissements vis-à-vis desquels les actionnaires ou les associés d'une société sont capables d'invoquer des droits à titre individuel sont de deux sortes. La première catégorie est celle des parts sociales. Tous les traités en matière de protection des investissements étrangers définissent le terme investissement comme désignant « tout type d'avoir » (« *every kind of asset* », en anglais) comprenant entre autres les actions et toute autre forme de participation dans les sociétés créées en vertu de la législation de l'un des Etats parties et détenues par un ressortissant d'un autre Etat partie. En vertu d'une telle formulation, la qualité même d'actionnaire ou d'associé confère à son titulaire le statut d'investisseur protégé par ces traités. L'étendue des droits dont un associé peut se prévaloir pour protéger ce premier type d'investissements n'est toutefois pas très différente de celle des droits dont ce même associé pourrait se prévaloir en droit international général. Il n'a été en effet jamais contesté que les Etats puissent, dans le cadre notamment du mécanisme juridictionnel de la protection diplomatique servant à protéger les droits de leurs ressortissants respectifs, agir en protection des droits des associés ayant leur nationalité qui détiennent des parts du capital d'une personne morale située à l'étranger. Comme la Cour internationale de Justice l'avait rappelé dans son arrêt *Diallo* de 2007 :

> « L'exercice par un Etat de la protection diplomatique d'une personne physique ou morale de sa nationalité, qui est associé ou actionnaire, vise à mettre en cause la responsabilité d'un autre Etat pour un préjudice causé à cette personne par un acte internationalement illicite dudit Etat. […]; l'acte internationalement illicite revient, dans le cas de l'associé ou de l'actionnaire, à la violation par l'Etat défendeur des droits propres de celui-ci dans sa relation avec la personne morale, droits propres qui sont définis par le droit interne de cet Etat, ainsi que l'admettent d'ailleurs les deux Parties. Ainsi entendue, la protection diplomatique des droits propres des associés d'une S.P.R.L. ou des actionnaires d'une société anonyme ne doit pas être considérée comme une exception au régime juridique général de la

(P.), ORTINO (F.), SCHREUER (Ch.) (dir.), *The Oxford Handbook of International Investment Law,* Oxford, 2008, p. 83.

[637] Voir notamment ALEXANDROV (St.), *op. cit.* : « *In ICSID treaty-based arbitration, the right of shareholders to bring claims against the host state is beyond any doubt* » c'est nous qui soulignons, p. 28.

protection diplomatique des personnes physiques ou morales, tel qu'il découle du droit international coutumier. »[638].

487. Le constat selon lequel les participations sociétales sont définies comme un investissement par les traités de protection des investissements n'est alors pas de nature à démontrer une évolution quelconque des droits des associés par rapport à ceux dont ils disposent en dehors de ce système conventionnel (**Chapitre 5**).

488. En revanche, certains traités en matière d'investissements vont plus loin et accordent aux actionnaires et associés des droits allant au-delà de leurs titres sociétaux et portant sur les biens ou avoirs faisant partie du patrimoine des sociétés dont ils détiennent les parts sociales. Cela devient possible grâce à une précision conventionnelle selon laquelle le champ d'application du traité de protection s'étend vis-à-vis de tout investissement réalisé dans l'une des Parties contractantes, qui est détenu ou contrôlé directement *ou indirectement* par un national d'un autre Etat partie au même accord. Ainsi, les actionnaires ou associés étrangers exerçant le contrôle sur une société détentrice d'un investissement, pourront agir, à la place de cette dernière, pour la protection de celui-ci. C'est ce qu'on appelle en contentieux de la protection diplomatique un recours par les associés « en substitution » de la société lorsque celle-ci ne dispose pas, faute d'avoir la bonne nationalité, d'un titre juridique pour protéger elle-même son investissement[639]. Or, en droit conventionnel des investissements les associés ou actionnaires pourront se substituer à leur société même lorsque cette dernière dispose aussi d'un titre pour agir, et même si elle se prévaut de ce titre pour agir à l'encontre de l'Etat d'accueil d'un investissement lésé. De tels recours n'étant pas admis en contentieux interétatique de la protection diplomatique, la capacité conférée aux associés et actionnaires concernant cette deuxième catégorie d'investissements constitue clairement une particularité du système conventionnel par rapport au droit international général (**Chapitre 6**)

[638] CIJ, *Affaire Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République Démocratique du Congo)*, arrêt portant sur les exceptions préliminaires du 24 mai 2007, *Rec. 2007 (II)*, p. 606, § 64.
[639] CIJ, *Affaire Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République Démocratique du Congo)*, arrêt portant sur les exceptions préliminaires, *op.cit.*, § 76 et s.

CHAPITRE 5

LES ASSOCIÉS - TITULAIRES DES DROITS SUR LEURS TITRES DE SOCIÉTÉ

489. Le titre sociétal constitue l'une des catégories visées et protégées par les traité bi- ou multilatéraux en matière de protection des investissements étrangers. Le propriétaire de tels titres devient par conséquent un investisseur, et donc destinataire des obligations souscrites par les Etats parties à ces accords vis-à-vis de son investissement. Or, quels sont précisément les cas dans lesquels la violation par un Etat contractant à l'une de ses obligations conventionnelles porte atteinte aux droits dont une personne tire de son statut de détenteur de titres sociétaux? Autrement dit quels sont les droits que l'ordre juridique international reconnaît dans le chef des associés et des actionnaires d'une société créée à l'étranger (**Section 1**) ?

490. La nature et le contenu des obligations d'un Etat envers les associés ou actionnaires étrangers d'une société constituée en vertu de sa législation dépendront bien évidemment aussi des dispositions spécifiques du traité applicable régissant ce type de rapports. En nous référant à la pratique arbitrale, nous tenterons d'exposer de manière plus claire et moins abstraite un certain nombre de droits reconnus aux détenteurs étrangers des parts du capital d'une société par les tribunaux arbitraux, au regard notamment de quelque unes des obligations communes que les différents accords en matière de protection des investissements étrangers imposent aux Etats (**Section 2).**

SECTION 1

LES DROITS RECONNUS AUX DÉTENTEURS DE TITRES SOCIÉTAUX PAR LE DROIT INTERNATIONAL GÉNÉRAL

491. Le propriétaire de titres sociétaux, contrairement à l'Homme, n'est pas un être naturel[640]. Un tel statut est attribué à une personne par des règles juridiques. Il correspond à une catégorie créée par le droit, et plus précisément par le droit interne, pour ses propres besoins. Lorsque la Cour internationale de Justice a été confrontée, à l'occasion de l'affaire de la *Barcelona Traction*, à la question de savoir quels étaient les droits dont un actionnaire pouvait se prévaloir vis-à-vis des biens qui appartenaient à la

[640] SANTULLI (C.), *Le statut international de l'ordre juridique étatique*, Paris, Pedone, 2001, p. 321.

société dont il détenait des parts du capital, les juges se sont référés au régime régissant le statut d'actionnaire établi en droit interne. C'est sur la base des principes communément partagés par les différentes législations étatiques que la Cour de La Haye a alors distingué entre les droits appartenant à la personne morale et les droits propres des détenteurs du capital de celle-ci. (**Paragraphe 1**). La différence de nature de ces deux types de droits n'est toutefois pas toujours très nette. En témoigne les débats juridiques qu'a suscité cette question à l'occasion de l'affaire *Diallo* dans les deux arrêts, le premier portant sur les exceptions préliminaires, le deuxième sur le fond, rendus par la Cour internationale de Justice respectivement en 2007 et en 2010. La question se pose à ce propos de savoir si un fait internationalement illicite commis par un Etat est susceptible de porter atteinte à la fois à un droit de la société et à un droit distinct des propriétaires de ses parts sociales (**Paragraphe 2**).

PARAGRAPHE 1
LA NOTION DES DROITS PORPRES DU DÉTENTEUR DE TITRES SOCIÉTAUX PAR RAPPORT AUX DROITS DE SA SOCIÉTÉ

492. La question relative au contenu des droits des détenteurs de parts sociales d'une société créée à l'étranger ayant subi un préjudice s'est posée devant la Cour internationale de Justice à l'occasion de l'affaire de *la Barcelona Traction*. Dans son arrêt de 1970, la Cour a en effet établi une distinction entre les simples intérêts et les droits juridiquement protégés des associés au regard des règles internationales (**A**). C'est la nature et l'étendu de ces derniers qu'il conviendra alors d'analyser (**B**).

A. La distinction entre droits juridiquement protégés et simples intérêts des détenteurs de titres sociétaux

L'un des points de litige principaux que la Cour internationale de Justice devait trancher dans le cadre de l'affaire de *la Barcelona Traction* était celui de savoir si les pertes qu'avaient subies les actionnaires belges de la société canadienne Barcelona Traction avaient « eu pour cause la violation d'obligations dont ils étaient bénéficiaires »[641]. Ce problème présupposait la résolution d'une autre question qui était celle de la répartition des droits et des obligations au sein d'une société, en l'occurrence société anonyme, entre les organes centraux de celle-ci d'une part et ses actionnaires de l'autre, en vertu des règles régissant le fonctionnement de la personne morale. La première constatation

[641] CIJ, *Barcelona Traction*, *op.cit.*, p. 32, § 35.

de la Cour à ce sujet était celle de dire que « la présente espèce met essentiellement en jeu des facteurs tirés du droit interne – à savoir ce qu'il y a de distinct et ce qu'il y a de commun entre la société et l'actionnaire […] ». Elle a alors poursuivi son raisonnement en estimant que si elle :

> « devait se prononcer sans tenir compte des institutions de droit interne, elle s'exposerait à de graves difficultés juridiques et cela sans justification. Elle perdrait le contact avec le réel, car il n'existe pas en droit international d'institutions correspondantes auxquelles la Cour pourrait faire appel »[642].

493. C'est alors sur la base « des règles généralement acceptées par les systèmes de droit interne reconnaissant la société anonyme »[643] que la Cour a cherché si l'Etat défendeur, en l'occurrence l'Espagne, pouvait être considéré, du fait des mesures qu'il avait adoptées à l'encontre de la *Barcelona Traction*, comme ayant potentiellement violé ses obligations internationales vis-à-vis de cette dernière et/ou vis-à-vis des actionnaires de celle-ci.

494. En vertu d'un principe généralement reconnu par les droits internes le fait pour une personne de détenir des parts du capital d'une société ne lui confère pas un titre de propriété sur la société elle-même ou sur les biens de cette dernière. Après avoir apporté sa contribution pour la constitution du capital de la société l'associé ou l'actionnaire la restitution de son apport du moins aussi longtemps que la société existe juridiquement. Le capital social devient alors la propriété de la société et c'est elle seule qui décide de son utilisation et affectation. Dans les relations que la personne morale noue avec des tiers, elle est la seule à pouvoir agir et prendre des décisions qui engagent son

---

[642] CIJ, *Barcelona Traction*, *op.cit.*, p. 37, § 50.

[643] *Ibid.*, p. 37, § 50. Sur cette dernière question relative notamment au choix du droit interne applicable pour la détermination des droits respectifs d'une société et de ses associés, la jurisprudence ne semble pas partager une position unanime. Comme nous l'avons signalé, dans l'affaire de la *Barcelona Traction* la CIJ a tranché cette question sur la base des « règles généralement acceptées par les systèmes du droit interne ». En revanche, dans son arrêt *Diallo*, la même Cour s'est référée cette fois-ci spécifiquement au droit interne de l'Etat où les sociétés lésées ont été constituées (CIJ, *Diallo*, arrêt portant sur les exception préliminaires, *Rec.* 2007, p. 605, § 61 ; aussi l'arrêt portant sur le fond, *Rec.* 2010, p. 639, § 119). En vertu d'un tel raisonnement c'était donc la *lex societatis* qui constituait la base de la relation juridique établie entre la personne morale et ses membres. La même méthode semble avoir été suivie par la Commission de conciliation franco-italienne créée en vertu de l'art. 83 du Traité de paix avec l'Italie signé le 10 février 1947 (v. *Les Petits-Fils de C.J. Bonnet et Tessitura Serica Piemontese*, décision n°17 du 16 mars 1949, *RSA*, vol. XIII, p. 77.), ainsi que par le tribunal arbitral saisi dans l'affaire *Gas Natural c. Argentine* (CIRDI, décision sur la compétence du 17 juin 2005, Aff. n° ARB/03/10). Dans la cadre de cette dernière affaire le Tribunal a estimé que : « *The rights appertaining to shareholders under the law pursuant to which the corporation is organized are, as the second paragraph of Article I(2) states, subject to the law of Argentina. That law would determine, for example, how shareholders' meetings are convened, how directors are elected, what accounts must be maintained, etc.* », *ibid.*, § 34.

patrimoine. En contrepartie, par ses actes la société, ou du moins la société anonyme, n'engage en principe que sa propre responsabilité civile. Les créanciers de la société ne peuvent pas engager la responsabilité individuelle des actionnaires pour le remboursement des dettes accumulées par celle-ci, et cela même en cas de liquidation de la personne morale. Néanmoins, et c'est cet aspect-là qui a constitué la clé de la distinction que la CIJ a établie entre les droits appartenant aux actionnaires et ceux dont pouvait se prévaloir la société sur le plan international :

> « chaque fois que les intérêts d'un actionnaire sont lésés par un acte visant la société, c'est vers la société qu'il doit se tourner pour qu'elle intente les recours voulus car, bien que deux entités distinctes puissent souffrir d'un même préjudice, il n'en est qu'une dont les droits soient violés. »[644].

495. La Cour a alors estimé que le fait que les actionnaires avaient subi un préjudice indirect du fait d'une mesure prise à l'encontre de la société ou de ses biens n'était pas de nature à leur conférer des droits qu'ils pouvaient faire valoir vis-à-vis de l'Etat auteur de la ou des mesures litigieuses. La lésion par ricochet de leurs intérêts ne pouvait pas être considérée comme juridiquement protégée par le droit international[645].

496. Le même principe a été réitéré avec force par les juges de La Haye à l'occasion de l'affaire *Diallo*, dans le cadre de leur arrêt rendu en 2010. Ils ont notamment précisé que :

> « droits propres de M. Diallo doivent être clairement distingués de ceux des SPRL [es sociétés dont il détenait le capital], en particulier en ce qui concerne les droits de propriété des sociétés »[646].

497. De la même manière, dans le cadre de l'affaire *Agrotexim c. Grèce* la Cour européenne des droits de l'Homme a refusé de connaître la requête déposée par un groupe d'actionnaires d'une société dont les terrains qu'elle avait acquis ont été expropriés par la municipalité d'Athènes, au motif que :

> « les requérantes ne se plaignent pas d'une violation de leurs droits en tant qu'actionnaires de la Brasserie Fix, comme celui de siéger à l'assemblée générale et de voter. Leur grief se fonde exclusivement sur l'allégation selon

[644] CIJ, *Barcelona Traction*, *op.cit.*, p. 35, § 44.
[645] En vertu des termes exacts employés par la Cour: « La résponsabilité [de l'Etat] n'est pas engagée si un simple intérêt est touché; elle ne l'est que si un droit est violé, de sorte que des actes qui ne visent et n'atteignent que les droits de la société n'impliquent aucune responsabilité à l'égard des actionnaires même si leurs intérêts en souffrent », CIJ, *Barcelona Traction*, *op.cit.*, p. 36, § 46.
[646] CIJ, *Diallo,* arrêt de 2010 portant sur le fond*, Rec.* 2010, p. 639, § 157.

> laquelle la violation du droit de la Brasserie au respect de ses biens aurait porté atteinte à leurs seuls intérêts financiers liés à la baisse de la valeur de leurs actions qui en serait résultée. Assimilant les pertes financières subies par l'entreprise ainsi que les droits de celle-ci aux leurs, elles se prétendent victimes, même indirectes, de la violation alléguée. »[647]

498. C'est donc uniquement en cas d'atteinte par un Etat aux droits propres des détenteurs étrangers du capital d'une société, que la responsabilité internationale de cet Etat pourrait être engagée par ces derniers.

B. Le contenu des droits propres du détenteur de titres sociétaux

499. La catégorie des droits des détenteurs du capital d'une société en droit international est largement déterminée en référence à cette même catégorie établie en droit interne. Le contenu de ces droits varie alors nécessairement en fonction de la législation en vertu de laquelle la personne morale a été constituée. Sur la base cependant de certains traits caractéristiques communes des droits conférés aux détenteurs du capital par les différents droits internes, la Cour internationale de Justice a pu établir, à l'occasion de l'affaire de la *Barcelona Traction*, une liste non exhaustive de certains d'entre eux. Elle a ainsi estimé que :

> « Il est bien connu que le droit interne leur confère des droits distincts de ceux de la société, parmi lesquels le droit aux dividendes déclarés, le droit de prendre part aux assemblées générales et d'y voter, le droit à une partie du reliquat d'actif de la société lors de sa liquidation »[648].

500. De la même manière, la Cour européenne des droits de l'homme a admis qu'un titre sociétal conférait à son détenteur :

> « une créance indirecte sur les actifs sociaux, mais d'autres droits également, particulièrement des droits de vote et le droit d'influer sur la société ».

Elle a dressé ce constat pour la première fois dans sa décision *Société S. et T. c. Suède*

---

[647] CEDH, *Agrotexim et autres c. Grèce,* arrêt du 24 octobre 1995, n° 14807/89, *A330-A*, § 62 ; voir aussi CEDH, *Olczak c. Pologne*, décision du 7 novembre 2002, n°304217/96, *Recueil des arrêts et décisions,* 2002-X : « Un acte qui porte atteinte aux droits de la seule société n'entraîne aucune responsabilité envers les actionnaires, même si leurs intérêts sont touchés. Pareille responsabilité n'entre en jeu que si l'acte dénoncé vise les droits des actionnaires en tant que tels, ou si la société a été mise en liquidation », *ibid.*, § 59.

[648] CIJ, *Barcelona Traction*, *op.cit.*, p. 36, § 47.

de 1986[649], avant de le réitérer en 2002 à l'occasion de l'affaire *Olczak c. Pologne*[650].

501. La propriété d'un titre sociétal confère alors à son titulaire au moins deux types de droits : le premier regroupe les droits de nature politique (2) et le deuxième les droits de nature pécuniaire (3). Il ne faut pourtant pas oublier qu'avant toute chose l'associé ou l'actionnaire peut se prévaloir d'un droit de propriété sur ses parts sociales (1).

1. Le droit de propriété de l'associé ou de l'actionnaire sur son titre sociétal

502. En vertu des termes employés par la Cour internationale de Justice dans l'affaire *Diallo* :

> « le capital fait partie du patrimoine de la société, tandis que les associés sont propriétaires des parts sociales. Ces dernières représentent le capital sans se confondre avec lui… »[651].

503. Le fait toutefois que le droit international qualifie l'associé de propriétaire de ses parts sociales ne signifie pas forcément qu'il lui confère en outre un droit pour protéger sa propriété en cas d'atteinte à celle-ci par un Etat. Premièrement, et sauf stipulation conventionnelle contraire[652], ce sont uniquement les ressortissants étrangers qui disposent d'un droit subjectif au niveau international de respect de la propriété sur leurs biens vis-à-vis de l'Etat de territorialité de ces derniers[653]. Deuxièmement, toute atteinte

---

[649] CEDH, *Société S. et T. c. Suède*, décision de la Commission du 11 décembre 1986, n° 11189/84, *Décisions et rapports,* 50, p. 158.

[650] CEDH, *Olczak c. Pologne*, décision du 7 novembre 2002, n°304217/96, *Recueil des arrêts et décisions,* 2002-X, § 60.

[651] CIJ, *Diallo,* arrêt sur le fond, *op.cit.*, p. 639, § 157.

[652] A titre d'exemple l'article 1 du protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme garantit à toute personne, indépendamment de sa nationalité « le droit au respect de ses biens ». Voir le commentaire de cette disposition CONDORELLI (L.), *in* PETTITI (L.-E.), DECAUX (E.), IMBERT (P.–H.) (dirs), *La convention européenne des droits de l'homme : commentaire article par article*, Economica, Paris, 2ème éd., 1999, pp. 971-997. En outre, l'article 21 de la Convention américaine des droits de l'homme garantit lui-aussi à toute personne « le droit à l'usage et à la jouissance de ses biens ». Voir, HENNEBEL (L.), *La convention américaine des droits de l'homme : Mécanismes de protection et étendue des droits et libertés*, Bruylant, Bruxelles, 2007, pp. 581-591.

[653] Voir dans le même sens, BINDSCHEDLER (R.L.), « La protection de la propriété privée en droit international public », *R.C.A.D.I.*, 1956-II, vol. 90, p. 182. En vertu des termes employés par cet auteur : « L'expropriation – qu'il s'agisse d'une mesure individuelle ou de mesures collectives, nationalisations ou réformes agraires – n'intéresse pas toujours le droit international. Elle n'apparaît même jamais sur le plan international lorsqu'elle touche un national de l'Etat qui exproprie ». Il est à ce propos intéressant de remarquer que cet auteur avait considéré, que même dans le cadre de la Convention de protection des droits de l'homme l'individu n'était pas protégé contre les mesures de confiscation prises par l'Etat dont il était ressortissant, au motif que l'article 1 du Protocole additionnel du 20 mars 1952 stipulait que « nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi *et les principes généraux du droit international* » (c'est nous qui soulignons). Or, selon le professeur BINDSCHEDLER le droit international n'interdisait pas la confiscation au détriment des nationaux. Voir aussi pour une conclusion similaire, l'analyse menée de la jurisprudence existante concernant

portée à la propriété d'un détenteur de titres sociétaux ne constitue pas nécessairement une violation d'une obligation internationale incombant à l'Etat auteur du fait dommageable.

504. Ainsi, les conventions en matière de protection des investissements étrangers prévoient explicitement que les participations sociétales de sociétés créées sur le territoire de l'un des Etats contractants mais détenues par des ressortissants d'un autre Etat contractant font partie de la catégorie d' « investissement protégés » par ces instruments[654]. La plupart des accords d'investissement prévoient en outre que l'investisseur a le droit d'être indemnisé en cas d'expropriation de ses biens ou avoirs, et a même le droit de demander une réparation financière lorsqu'une mesure équivalente à une mesure d'expropriation visant ses biens ou avoirs avait été adoptée à son encontre par l'Etat de territorialité de ces derniers. De telles mesures ne privent pas directement l'investisseur de son droit de propriété, mais vont de fait abolir ce dernier en privant l'investisseur de la jouissance des avantages économiques qu'il était raisonnable d'attendre de l'exploitation d'un tel bien. A titre d'exemple, le retrait d'une licence d'une société ne prive pas les détenteurs de titres sociétaux de cette société de leur droit de propriété de leurs parts au capital de celle-ci, mais est susceptible d'annihiler la valeur économique d'une telle propriété au cas où la société n'est plus en mesure de développer son activité. L'associé pourrait alors reprocher à l'Etat auteur d'une telle décision d'avoir adopté une mesure équivalente d'expropriation à son encontre. Dans certains cas pour autant lorsque la mesure étatique fait partie d'une réglementation générale poursuivant un but d'intérêt public les tribunaux arbitraux peuvent considérer que l'atteinte portée au droit de prorpiété de l'associé ne constitue pas une violation par l'Etat auteur de la mesure de l'une de ses obligations internationales et ne peut pas donner lieu à une réparation au profit de l'investisseur. A titre d'illustration, le tribunal arbitral saisi à

---

l'application de l'art. 1 du Protocole additionnel 1, HIGGINS (R.), « The Taking of Property by the State : Recent Developments in International Law », *R C.A.D.I.*, 1982-III, vol. 176, pp. 362-369. Cependant, il est aujourd'hui bien établi, et cela depuis l'affaire de la CEDH, *Sporrong et Lönnroth c. Suède*, arrêt du 23 septembre 1982, série A, n°52, que « le droit au respect de ses biens » prévu par l'art. 1 du protocole additionnel 1, vise aussi bien les étrangers que les nationaux des Etats parties de la Convention européenne des droits de l'homme.

[654] La grande majorité d'accords existants en la matière définissent leur champ d'application *ratione materiae* en donnant une liste illustrative, et non pas exhaustive, des « avoirs », « biens » « droit » et « intérêts » susceptibles de protection. Y figurent donc les « actions, primes d'émission et autres formes de participation, même minoritaires ou indirectes, aux sociétés constituées sur le territoire de l'une des Parties contractantes ». Voir à titre d'exemple l'art. 1(1) du traité bilatéral d'investissement signé entre la France et le Djibouti le 13 février 2007. Dans la pratique conventionnelle américaine, nous trouvons la formulation suivante : « *shares, stock, and other forms of equity participation in an enterprise* », v. l'art. 1 du modèle d'accord bilatéral des Etats-Unis de 2012.

l'occasion de l'affaire *Saluka c. République tchèque* a considéré en présence d'un tel problème juridique que :

> « *the principle that a State does not commit an expropriation and is thus not liable to pay compensation to a dispossessed alien investor when it adopts general regulations that are "commonly accepted as within the police power of States" forms part of customary international law today. There is ample case law in support of this proposition. As the tribunal in Methanex Corp. v. USA said recently in its final award, "[i]t is a principle of customary international law that, where economic injury results from a* bona fide *regulation within the police powers of a State, compensation is not required".* »[655].

505. Les titres sociétaux ont été qualifiés aussi de « biens » protégés au sens de la Convention européenne des droits de l'homme par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme[656]. Or, leur appropriation par un Etat ne sera pas considérée forcément, en vertu de la jurisprudence de cette même Cour en matière d'atteinte à la propriété des biens privés[657], comme étant une violation d'une obligation incombant à cet Etat en vertu de cette convention.

506. Par ailleurs, dans le cadre du système conventionnel de protection des investissements étrangers, le fait pour une personne d'acquérir un ou plusieurs titres sociétaux d'une société créée à l'étranger ne constitue pas toujours une garantie pour leur propriétaire de pouvoir se prévaloir des droits qu'il tire de sa propriété sur ces titres et dont il pourrait potentiellement se prévaloir en vertu d'un accord de protection des investissements auquel son Etat national est partie[658]. Certains traités comportent en effet des précisions

---

[655] CNUDCI, *Saluka Investments c. République tchèque*, sentence partielle du 17 mars 2006, § 262. Cette position, même si elle a été adoptée aussi par d'autres tribunaux arbitraux, est pourtant loin de faire l'unanimité dans le cadre de la jurisprudence. V. DOLZER (R.), SCHREUER (Ch.), *Principles of International investment law*, United Kingdom, Oxford University Press, Second edition, 2012, pp. 120-123.

[656] Voir entre autres CEDH, *Bramelid & Malström c. Suède*, décision du 12 octobre 1982, n°8588/79, *Décisions et rapports*, 29, p. 71 ; *Sovtransavto Holding c. Ukraine*, décision du 25 juillet 2002, *Recueil des arrêts et décisions*, 2002-VII, § 91 ;

[657] CEDH, *Olczak c. Pologne*, décision du 7 novembre 2002, n°304217/96, *Recueil des arrêts et décisions,* 2002-X, § 72 ; § 85. L'article 1 du Protocole n°1 joint à la Convention européenne des droits de l'homme prévoit que : « Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international. Les dispositions précédentes ne portent pas atteinte au droit que possèdent les Etats de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou des amendes. »

[658] L'un des préalables pour cela est que la personne qui souhaite se prévaloir de la protection d'un tel accord doit avoir acquis ses participations sociétales en respectant toutes les exigences prévues en la matière par la législation de l'Etat sur le territoire duquel la société est enregistrée. Certains traités en

susceptibles de restreindre la catégorie des investissements protégés. A titre d'illustration, l'article 4 (c) de l'accord en matière de protection des investissements étrangers liant les Etats partie de l'Association des nations de l'Asie du Sud-Est (ANASE ou ASEAN en anglais) définit l'investissement comme comprenant entre autres les « *shares, stocks, bonds and debentures and any other forms of participation in a juridical person and rights or interest derived therefrom* ». Or, une note de bas de page apporte la précision suivante :

> « *Where an asset lacks the characteristics of an investment, that asset is not an investment regardless of the form it may take. The characteristics of an investment include the commitment of capital, the expactation of gain or profit, or the assumption of risk* »[659].

507. Ces critères conventionnels relatifs à l'existence d'un apport reprennent l'essentiel de ceux établis par la jurisprudence arbitrale connus sous le nom des « critères Salini » aux fins de déterminer si objectivement une opération économique faisant l'objet d'un litige peut être qualifiée d'investissement[660]. Sur la base de cette définition jurisprudentielle de la notion d'investissement le tribunal arbitral à l'occasion de l'affaire *Quiborax c. Bolivie* a refusé de reconnaître l'existence d'un droit découlant d'un traité de protection des investissements au profit du requérant, un ressortissant chilien, qui possédait une seule action du capital d'une société créée en vertu de la législation de la Bolivie au motif que :

> « *While shares or other securities or title may be the legal materialization of an investment, mere ownership of a share is, in and of itself, insufficient*

---

matière d'investissement précisent expressément cette condition de la réalisation d'un investissement conformément à la législation locale de l'Etat d'accueil de celui-ci. A titre d'exemple l'art. 1(1) de l'accord bilatéral signé entre la France et la Turquie le 15 juin 2006 prévoit que : « Le terme d'investissement désigne tout type d'avoirs investis par un investisseur d'une Partie contractante sur le territoire de l'autre Partie contractante conformément à la législation de cette dernière ». Or, de manière plus générale, le tribunal arbitral dans l'affaire *Phoenix c. République tchèque*, a considéré que « *this condition – the conformity of the establishment of the investment with the national laws – is implicit even when not expressly stated in the relevant BIT.* », CIRDI, sentence du 15 avril 2009, Aff. n° ARB/06/5, § 101. V. dans le même sens CIRDI, *Plama c. Bulgarie*, sentence du 27 août 2008, Aff. n° ARB/03/24, §§ 138-139. Voir aussi sur ce sujet : DOUGLAS (Z.), « The Plea of Illegality in Investment Treaty Arbitration », *ICSID Review*, 2014, vol. 29, n°1, pp. 155-186. En outre, la qualité d'investissement protégé n'a pas été reconnue à certaines actions en raison du fait qu'elles ont été acquises dans le seul but de pouvoir bénéficier de la protection d'un traité international. Voir par exemple, CIRDI, *Phoenix c. République tchèque*, *op.cit.*, §§ 142-144.

[659] Voir l'article 4 (c) de l'Accord global de l'investissement de l'ASEAN (*Asean Comprehensive Investment Agreement*). Voir dans le même sens l'article 1 du modèle de traité bilatéral d'investissements des Etats-Unis de 2012.

[660] La définition conventionnelle précitée ne reprend pas le critère selon lequel une opération économique doit contribuer au développement de l'Etat hôte pour pouvoir prétendre être qualifié d'un investissement protégé.

to prove a contribution of money or assets. In the present case, the record shows that Mr. Fosk received a share to comply with a formality under Bolivian corporate law, and that at no point did he make a personal contribution to the investment [...]. »[661].

508. Le fait pour autant que les actions ou parts sociales détenues par un ressortissant étranger au sein d'une société créée conformément à la législation d'un Etat ne peuvent pas être qualifiées d'un investissement protégé au regard d'un traité, ce qui empêche leur titulaire d'agir sur la base de cet instrument pour la protection de ses droits de propriété, ne signifie nullement que c'est le droit généralement reconnu de respect de la propriété des biens et avoirs des ressortissants étrangers qui est ainsi remis en cause. L'associé étranger pourra chercher d'autres moyens juridiques lui permettant de faire respecter son droit de propriété sur les actions qu'il possède sur le territoire de l'Etat ayant adopté une mesure remettant en cause ce droit de propriété. Il pourra par exemple solliciter l'intervention de son Etat national qui pourra s'appuyer sur le corpus de règles générales de protection des biens étrangers à l'encontre de l'Etat ayant dépossédé la personne privée de ses droits de propriété sur ses parts du capital.

509. La possession de parts sociales d'une société créée en vertu de la législation d'un Etat par un ressortissant étranger lui confère aussi un autre droit qui est celui de prendre part à toute décision relative au fonctionnement de la société dont il est membre.

2. Le droit des détenteurs de titres sociétaux de participer à la prise des décisions au sein de leur société

510. Le droit de prendre part à la prise des décisions sociétales se traduit généralement par un droit de vote au sein de l'assemblée des associés. L'une des prérogatives essentielles de ce dernier organe consiste en la nomination des dirigeants auxquels est confié la responsabilité de direction et de la gestion des affaires de la société.

511. Dans l'affaire *Diallo* la question s'est posée de savoir si une mesure étatique ayant porté atteinte au droit de l'un des associés d'une société de nommer un gérant de celle-ci, devait être considérée comme constitutive d'une une violation d'un des droits reconnus à cet associé par le droit international. De manière un inattendue, la Cour internationale de Justice a répondu par la négative en estimant que :

[661] CIRDI, *Quiborax et autres c. Bolivie*, décision sur la compétence du 27 septembre 2012, Aff. n° ARB/06/2, § 233.

> « La nomination du gérant a en principe lieu au moment même de la constitution de la SPRL. Elle peut aussi avoir lieu à un stade ultérieur, par décision de l'assemblée générale. Dans ce cas, un organe de la société (l'assemblée générale) exerce son pouvoir envers un autre organe (la gérance). La nomination du gérant relève donc de la responsabilité de la société elle-même, sans constituer un droit de l'associé »[662].

512. Cette position de la Cour mondiale était d'autant plus surprenante que qu'en l'espèce M. Diallo détenait directement et via une autre entité la totalité du capital de la société en question. De manière plus générale, nous adhérons au commentaire d'un auteur concernant cette manière de présenter les choses, selon les termes duquel :

> « Une telle interprétation de la structure et du fonctionnement de la société prive cependant les droits de participation de l'associé ou de l'actionnaire de tout effet concret et utile. Bien sûr, c'est l'assemblée qui nomme les organes de gestion et de contrôle de la société. Néanmoins, le simple fait que ces prérogatives soient exercées par la communauté des actionnaires ou des associés, et non par les actionnaires ou les associés pris individuellement n'implique pas nécessairement qu'il ne s'agisse pas de droits qui font partie des droits de l'actionnaire »[663].

513. Il nous paraît en effet assez superficiel d'affirmer d'une part que le droit international reconnaît à l'associé le droit de prendre part aux décisions prises par l'assemblée générale, mais de ne pas admettre d'autre part que ses droits seraient lésés si un Etat l'empêche de prendre part à une réunion à laquelle il est censé justement exercer son droit. Le fait d'empêcher un associé, surtout lorsqu'il s'agit d'un associé qui exerce un contrôle sur la société, de nommer un gérant de celle-ci devrait à notre avis être considéré comme une ingérence irrégulière dans ses prérogatives. De manière plus générale, toute limitation injustifié des compétences d'une assemblée des associés, devrait être considérée aussi comme une atteinte au droit propre de l'associé de prendre part à la vie interne de son entreprise.

514. La mise en œuvre concrète des droits des associés par la Cour européenne des droits de l'homme nous paraît dans ce sens plus judicieuse. Les juges de Strasbourg considèrent, à l'instar de la Cour internationale de Justice concernant le principe général régissant cette question, que les droits d'un associé découlant de ses parts sociales comprennent

---

[662] CIJ, *Diallo*, arrêt sur le fond, *Réc.* 2010, p. 639, § 127.
[663] MÜLLER (D.), *La protection de l'actionnaire en droit international. L'héritage de la Barcelona Traction,* Paris, Pedone, 2015, p. 257.

« particulièrement, des droits de vote et le droit d'influer sur la société »[664]. Or, dans son arrêt *Olczak c. Pologne* de 2002 la Cour européenne a procédé à une interprétation plus favorable aux associés de ce principe. Dans le cadre de cette affaire, en application d'une décision des autorités étatiques il a été procédé à une augmentation du capital d'une banque privée polonaise, ce qui a eu pour effet de diminuer la valeur de participation du requérant de la procédure de 47% à 0,4 % du capital de l'entreprise. La Cour a alors considéré que « les pouvoirs qu'il tenait de la propriété des actions et sa capacité à influer sur la société et à voter ont été largement réduits » ce qui était susceptible de porter atteinte à ses propres droits[665].

515. A côté de leurs droits de nature politique les associés disposent également des droits de nature pécuniaire sur les actifs de la société, mais uniquement sous certaines conditions.

3. Les droits de nature pécuniaire reconnus aux détenteurs de titres sociétaux

516. Tous les bénéfices réalisés par une société font partie de ses propres actifs et patrimoine et non pas de ceux de ses associés. Or, l'assemblée générale ou bien les dirigeants nommés par cette dernière, lorsque le statut de la société leur confère cette responsabilité, peuvent décider de distribuer une partie ou même la totalité des gains de l'entreprise aux détenteurs du capital de celle-ci sous la forme de dividendes. Dans un tel cas, ce sont les associés qui deviennent les titulaires des droits sur les bénéfices qui leur sont ainsi affectés. Si ces dividendes ne ne sont pas payés aux détenteurs du capital d'une société en raison d'une mesure empêchant un tel transfert attribuable à l'Etat de territorialité de la personne morale, ce serait alors un droit propre à ces derniers qui serait atteint, et ils disposeront, le cas échéant, d'un intérêt pour agir afin de demander une réparation pour leur dommage.

517. C'est ce qui ressort par exemple du raisonnement du tribunal des réclamations irano-américain constitué à l'occasion de l'affaire *Foremost Tehran, Inc c. Iran* ayant opposé un actionnaire américain détenant une partie minoritaire du capital d'une société iranienne. Le requérant a allégué, d'une part, qu'il a été exproprié *de facto* de ses intérêts dans les biens de la société car en 1979 le gouvernement iranien avait décide de prendre le contrôle dans l'entreprise en acquérant notamment 52 % du capital de celle-

[664] CEDH, *Société S. et T. c. Suède*, décision du 11 décembre 1986, n° 11189/84, *Décisions et Rapports*, 50, p. 158 ;
[665] CEDH, *Olczak c. Pologne*, décision du 7 novembre 2002, n°304217/96, *Recueil des arrêts et décisions,* 2002-X, §§ 60-61.

ci. Le demandeur a soutenu, d'autre part, qu'après avoir pris les règnes de l'entreprise le gouvernement avait bloqué le versement des dividendes dus aux actionnaires. Le tribunal a refusé d'admettre l'allégation du demandeur portant sur l'expropriation, car il a considéré, que même si ce dernier avait perdu toute influence sur le processus décisionnel à partir de la venue des nouveaux actionnaires, le pourcentage de sa propre participation au capital n'a pas été modifié. Celui-ci s'élevait à 31 % et était dans tous les cas insuffisant pour que le requérant impose ses souhaits de manière unilatérale au reste des actionnaires. En revanche, les arbitres ont condamné le gouvernement iranien à verser une compensation à l'actionnaire pour les dividendes qu'il n'a pas reçus. Ils ont notamment considéré que « *Pak Dairy* [la société iranienne] *was, and is, obliged to pay declared dividends to all its shareholders* »[666].

518. L'existence d'un tel droit a été pourtant reconnu en faveur des associés étrangers d'une société uniquement lorsque la la distribution des dividendes a été effectivement décidée par les organes compétents de la personne morale. Par conséquent, dans l'affaire *Schott c. Iran* le même tribunal de réclamations irano-américain a refusé d'accorder une indemnisation à un actionnaire américain pour les pertes qu'il prétendait avoir subies à la suite du refus d'une société iranienne, dont il détenait une part du capital, de lui payer des dividendes, au motif que :

> « *Schott's statement in his affidavit that he had not received any dividends since 1979 is not supported by any corroborating evidence and by itself, cannot support à finding of expropriation since there is no indication that dividends were ever declared in the years following 1979* ».[667].

Il ressort en outre de la pratique arbitrale récente en matière d'investissements étrangers que lorsqu'un tribunal arbitral considère qu'un actionnaire étranger a été exproprié de son investissement, c'est-à-dire des actions qu'il possédait au sein du capital d'une personne morale située sur le territoire d'un autre Etat, les dividendes qu'il aurait pu recevoir si l'expropriation n'avait pas eu lieu sont prises en compte par les arbitres afin de déterminer le montant exact de la réparation due à l'investisseur lésé. Ainsi, dans l'affaire *ADC c. Hongrie*, une société locale a été créée afin de gérer certains services à l'aéroport de Budapest. Le capital de celle-ci a été reparti entre une entité hongroise

[666] Tribunal des réclamation irano-américain, *Foremost Tehran, Inc c. Iran*, sentence du 11 avril 1986, n°220-27/231-1, *Iran-US Claims Tribunal Reports*, 1986-1, vol. 10, p. 252.
[667] Tribunal des réclamations irano-américain, *Schott c. Iran*, sentence du 14 mars 1990, n°474-268-1, *Iran-US C.T.R.*, 1990-1, vol. 24, p. 217, § 41 ; voir dans le même sens *Faith L. Khosrowshani c. Iran*, sentence du 30 juin 1994, n°558-178-2, *ibid.*, 1994, vol. 30, p. 98, § 68.

disposant de 66 % de celui-ci et un investisseur chypriote à qui ont été attribués les 34 % restant. Or, comme ce dernier avait réalisé une contribution financière nettement plus importante pour la réalisation du projet commun que son partenaire hongrois, un accord a été conclu entre les deux actionnaires en vertu duquel l'entité hongroise devait verser une rente à l'investisseur étranger qu'elle devait prélever sur les dividendes perçues correspondant à sa part du capital[668]. Le requérant a alors soutenu qu'à la suite des mesures ayant eu un effet d'expropriation adoptées par l'Etat, il a été privé « *of the stream of dividends on its quota and the payments due on the Promissory Note from the Project Company* »[669].

519. Or, comme Daniel Müller l'avait fait très justement fait observer dans sa thèse, une société n'est en principe pas obligée de distribuer les gains qu'elle réalise sous forme de dividendes. Elle peut très bien prendre la décision de les conserver afin de les réinvestir ou les utiliser à d'autres fins. Cet auteur a alors mis en garde contre une confusion qui pourrait être opérée par les tribunaux arbitraux :

> « entre le droit dont dispose l'actionnaire de participer à la libération d'une dividende déclaré par les organes compétents de la société et son droit de recevoir une réparation pour des dommages subis en raison d'une atteinte à ses droits de l'actionnaire, y compris la perte des bénéfices et des profits »[670].

520. Les détenteurs de titres sociétaux disposent en outre du droit de participer à la distribution des actifs d'une société si cette dernière est liquidée. Or, comme pour la distribution des dividendes, ce droit est également conditionnel. Pour que celui-ci devienne effectif, il faut que la société ait cessé d'exister et il faut en outre qu'elle ait réglé toutes ses dettes à l'égard des tiers. Dans ce sens, à l'occasion de l'affaire *Diallo*, la Cour internationale de Justice en analysant si les droits propres de M. Diallo ont été violés, a raisonné de la manière suivante :

> « Les seuls droits propres de M. Diallo que la Cour doit encore examiner ont trait à ces deux derniers aspects, à savoir la perception de dividendes ou de tout autre montant payable en cas de liquidation des sociétés. Il n'existe cependant aucune preuve de ce que des dividendes aient jamais été déclarés ou qu'une quelconque mesure ait été prise pour liquider les sociétés, et

[668] CIRDI, *ADC c. Hongrie*, sentence du 2 octobre 2006, Aff. n° ARB/03/16, § 122.
[669] *Ibid.*, § 220.
[670] MÜLLER (D.), *La protection de l'actionnaire en droit international*, *op.cit.*, p. 261.

> encore moins de ce que les droits de M. Diallo à cet égard aient été violés par un quelconque acte attribuable à la RDC. »[671].

521. Une distinction a été donc établie entre les droits dont dispose une personne morale en droit international, et ceux dont peuvent se prévaloir les actionnaires ou les associés de celle-ci. La question pourrait se poser cependant de savoir s'il est possible d'envisager que le même fait attribuable à un Etat a causé une atteinte à la fois aux droits d'une société et de ceux des détenteur de son capital.

PARAGRAPHE 2
L'INTÉRFÉRENCE DES DROITS DE LA SOCIÉTÉ AVEC CEUX DE SES DÉTENTEURS DU CAPITAL

522. Dans le cadre de son cours portant sur la protection diplomatique des personnes morales publié dans le Recueil de l'Académie de droit international de La Haye de 1961 le professeur Paul De VISSCHER, en abordant la situation juridique des actionnaires, a estimé que :

> « En principe, le contrôle exercé par des nationaux sur une société possédant une nationalité étrangère ne confère pas à l'Etat, dont les ressortissants exercent le contrôle sur la société, un titre à exercer la protection diplomatique de la société comme telle. De ces principes, il ne découle cependant pas que la protection diplomatique des sociétés par leur Etat national serait exclusif de toute autre protection. En effet, une lésion de droits distincts peut être la conséquence d'un même fait illicite. »[672].

523. Pourtant, la Cour internationale de Justice a exclu à deux reprises la possibilité qu'une mesure étatique portant atteinte aux droits d'une société puisse simultanément être considérée comme portant atteinte aux droits des détenteurs du capital de cette dernière. C'est ce qui ressort notamment des arrêts rendus dans les affaires de *la Barcelona Traction* de 1970 et de *Diallo* de 2007 et de 2010 (**A**). Cette position contraste cependant avec la solution que la Chambre de la même Cour a retenue dans l'affaire *Elsi* de 1989. Certes, dans le cadre celle-ci les juges ont été saisi et ont mis en œuvre un traité conclu entre les Etats-Unis et l'Italie, mais nous ne voyons pas en quoi les dispositions de cet instrument auraient conféré des droits nouveaux ou différents aux

[671] CIJ, *Diallo*, arrêt sur le fond, *op.cit.*, § 157.
[672] DE VISSCHER (P.), « La protection diplomatique des personnes morales », *R.C.A.D.I.*, 1961-1, vol. 102, p. 463.

associés d'une société par rapport aux règles de droit international général applicables en la matière (**B**).

A. L'impossibilité d'une violation simultanée des droits d'une société et de ceux de ses détenteurs du capital

524. A l'occasion de l'affaire de *la Barcelona Traction*, la Cour internationale de Justice a considéré que :

> « le simple fait que la société et l'actionnaire subissent l'un et l'autre un dommage n'implique pas que tous deux aient le droit de demander réparation. En effet, si des dommages lésant simultanément plusieurs personnes physiques ou morales résultant d'un même fait, on ne peut en tirer aucune conclusion [...] Ainsi, chaque fois que les intérêts d'un actionnaire sont lésés par un acte visant la société, c'est vers la société qu'il doit se tourner pour qu'elle intente les recours voulus car, bien que deux entités distinctes puissent souffrir d'un même préjudice, *il n'en est qu'une dont les droits soient violés.* »[673]

525. Il s'en suit qu'à partir du moment où un fait internationalement illicite a porté atteinte aux droits d'une personne morale, ce n'est que cette dernière qui est considérée comme visée par celui-ci. Ses actionnaires ou associés, même lorsqu'ils sont également lésés ne disposent plus d'aucun titre juridique pour demander réparation.

526. Cette position de la Cour a été confirmée de façon plus manifeste encore dans le cadre de l'affaire *Diallo.* En l'espèce, la Guinée avait soutenu que les mêmes faits attribués à la République démocratique du Congo (RDC) avaient violé, d'une part les droits de deux sociétés congolaises, pour lesquelles la Guinée ne disposait pas de titre juridique pour agir, et d'autre part et de manière simultanée, les droits propres de leur actionnaire, M. Diallo, de nationalité guinéenne[674]. La distinction ainsi établie entre ces deux types de demandes ressortait clairement de la manière dont la Guinée avait plaidé sa cause devant la Cour. Le professeur PELLET, qui était l'un des conseillers de cet Etat, avait notamment soutenu que :

> « Des lors que la République de Guinée ne pouvait exercer sa protection diplomatique pour les sociétés de M. Diallo «par substitution», il lui est évidemment impossible de réclamer réparation des dommages qui ont été causés *aux deux sociétés en tant que telles…Mais*, et c'est un mais

[673] CIJ, *Barcelona Traction*, arrêt du 5 février 1970, *op.cit.*, p. 35, § 44. C'est nous qui soulignons.
[674] CIJ, *Diallo*, arrêt sur le fond du 30 novembre 2010, *Réc.*, 2010, p. 688, §§ 149-151.

important, le fait qu'il ne soit pas possible à la Guinée d'agir pour la protection de ces sociétés ne saurait en aucune manière réduire à néant les droits propres de M. Diallo, y compris bien sûr ceux qui sont liés à l'existence et au succès de ses sociétés et à sa propriété des parts sociales. Ces droits internationalement protégés subsistent : le droit de M. Diallo sur ses parts sociales dans les deux sociétés est celui de surveiller et de contrôler leur gestion, qui lui appartient en tant qu'associé. »[675].

527. Selon la Guinée, les différentes mesures prises par la RDC à l'encontre des deux sociétés détenues entièrement par M. Diallo avaient pour effet d'exproprier, *de facto*, ce dernier de ses droits de propriété sur ses parts du capital. Or, la protection des droits de propriété d'une personne privée sur ses biens avait été garantie à la fois par le droit international coutumier et par la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples[676].

528. La Cour internationale de Justice a néanmoins estimé que les seuls droits que le droit international reconnaissait à M. Diallo en tant qu'associé étaient « *des droits dans le fonctionnement des sociétés, ainsi qu'un droit à percevoir un éventuel dividende ou tout autre montant en cas de liquidation des sociétés.* »[677]. Or, comme les mesures congolaises étaient dirigées à l'encontre des sociétés, et ne restreignaient en rien la possibilité de M. Diallo de continuer à exercer ses prérogatives d'associés au sein de ses entreprises, son Etat national ne disposait en l'espèce d'aucun titre juridique pour agir en sa faveur.

529. Une telle solution nous paraît particulièrement restrictive pour les droits des détenteurs de titres sociétaux. Elle implique en effet que tant qu'un associé ou actionnaire reste juridiquement et théoriquement propriétaire des parts sociales d'une société victime d'une mesure directe d'expropriation, il n'est pas en mesure de prétendre à une violation de ses droits découlant justement de cette propriété. Certes, lorsqu'un Etat porte atteinte aux droits d'une société qui a pour effet de provoquer une simple diminution de la valeur des parts sociales détenues par ses associés, l'Etat auteur de la mesure litigieuse n'engage pas, en principe, sa responsabilité vis-à-vis de ces derniers pour le préjudice, par ricochet, qu'ils ont ainsi subi. Cette première hypothèse doit cependant être distinguée de celle où l'effet d'une telle mesure serait de priver *de facto* les associés de

[675] CIJ, *Diallo*, arrêt sur le fond du 30 novembre 2010, Compte-rendu de l'audience publique tenue le 28 avril, à 16h, au Palais de la Paix, CR 2010/5, §§ 41-42.
[676] *Ibid.*, § 44.
[677] CIJ, *Diallo*, arrêt sur le fond, *op.cit.*, § 157.

l'essentiel de leurs droits découlant de la propriété sur leurs parts sociales. Le contenu du droit de propriété inclut le droit d'utiliser le bien, l'*usus*, le droit de bénéficier des fruits produits par le bien, le *fructus*, et enfin le droit de disposer librement du bien, l'*abusus*. Lorsqu'une mesure étatique anéantit l'activité pour laquelle une société a été créée et qui constitue sa raison d'être, ou bien prive celle-ci de tous ses biens ou moyens d'action, cette mesure doit être considérée également comme privant les associés de la possibilité de tirer profit de leur propriété des parts sociales. Ce n'est donc plus une mesure qui produit certains effets néfastes sur le *quantum* de la richesse qu'un associé peut espérer tirer des ses parts. C'est une mesure qui prive l'associé de la possibilité même de récolter les fruits de sa participation. Certes, ce dernier préserve toujours son droit d'*usus* et d'*abusus* sur ses parts. Il préserve ainsi son droit de participer à la prise des décisions internes de l'entreprise ou encore de céder ses parts à un tiers. Or, ces deux composantes de son titre de propriété n'ont plus aucun sens. Comme cela a été très justement résumé par M. MÜLLER, dans un tel cas de figure « les actionnaires n'ont plus à prendre de décisions concernant la gestion des activités de la société – si ce n'est sa dissolution formelle – et la participation au résultat se transforme en un vœu pieu »[678].

530. Dans le cadre d'une opinion dissidente commune deux des juges de la Cour internationale de Justice ayant siégé dans l'affaire *Diallo* ont estimé que le droit dont disposent les actionnaires étrangers d'une société de ne pas être dépossédés de fait avait été garanti aujourd'hui par le droit international, même en ce qui concerne « les investisseurs non couverts par des traités d'investissement bilatéraux ou multilatéraux »[679]. Une telle affirmation n'est en effet pas dépourvue de fondements jurisprudentiels.

531. C'est à titre d'illustration la position adoptée par le tribunal des réclamations irano-américain. En vertu de l'article V de l'instrument constitutif de celui-ci, ce tribunal doit résoudre les différends qui lui sont soumis « *on the basis of respect for law, applying such choice of law rules and principles of commercial and international law as the Tribunal determines to be applicable* »[680]. C'est donc sur la base des règles du droit

[678] MÜLLER (D.), *La protection de l'actionnaire en droit international*, *op.cit.*, p. 299.
[679] Opinion dissidente commune des juges AL-KHASAWNEH et YUSUF jointe à l'arrêt de la Cour sur le fond, *Réc.*, 2010, p. 709.
[680] Article V de la Déclaration d'Alger concernat le règlement des différends opposant les Etats-Unis d'Amérique et l'Iran (*Claims Settlement Declaration*) du 19 janvier 1981.

international général que les arbitres saisis à l'occasion de l'affaire *Tippets* ont estimé que :

> « *A deprivation or taking of property may occur under international law through interference by a state in the use of that property or with the enjoyment of its benefits, even where legal title to the property is not affected. While assumption of control over property by a government does not automatically and immediately justify a conclusion that the property has been taken by the government, thus requiring compensation under international law, such a conclusion is warranted whenever events demonstrate that the owner was deprived of fundamental rights of ownership and it appears that this deprivation is not merely ephemeral.* »[681].

532. Plus récemment, le tribunal arbitral CIRDI constitué à l'occasion de l'affaire *Tecmed c. Mexique* a fait observer qu'en vertu du traité sur la base duquel il a été saisi, il devait résoudre le différend opposant les parties au regard des dispositions spécifiques prévues par cet accord, mais aussi conformément au droit international général. Les arbitres ont considéré ensuite que :

> « *Under international law, the owner is also deprived of property where the use or enjoyment of benefits related thereto is exacted or interfered with to a similar extent, even where legal ownership over the assets in question is not affected, and so long as the deprivation is not temporary* »[682].

533. Il s'en suit qu'une mesure visant en premier lieu une personne morale et portant éventuellement atteinte à ses droits puisse aussi, et en même temps, être constitutive d'une violation de certains droits propres de ses associés, même si elle ne dépossède pas directement ces derniers de l'*usus* ou de l'*abusus* sur leurs parts sociales. Une telle possibilité résulte enfin de la solution de la Chambre de la Cour internationale de Justice adoptée dans l'affaire *ELSI* et qui se situe à contre-courant du raisonnement mené par la même Cour dans ses arrêts de la *Barcelona Traction* et de *Diallo*.

B. La possibilité d'une violation simultanée des droits d'une société et de ceux de ses détenteurs du capital

534. Le présupposé en vertu duquel un fait étatique violant les droits d'une personne morale n'est pas susceptible de porter atteinte, en même temps, aux droits propres des associés

[681] Tribunal des réclamations irano-américain, *Tippets, Abbett, McCarthy, Stratton c. TAMS-AFA Consulting Eng'rs of Iran*, *Iran-US C.T.R.*, 1984, pp. 225-226.

[682] CIRDI, *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. c. Mexique,* sentence du 29 mai 2003, Aff. n° ARB(AF)/00/2, § 116. Voir dans le même sens CIRDI, *Electrabel c. Hongrie*, décision sur la compétence, le droit applicable et la responsabilité du 30 novembre 2012, Aff. n° ARB/07/19, § 6.62.

ou actionnaires de cette entité a été remis en cause par l'arrêt *ELSI* de la Chambre de la Cour internationale de Justice rendu en 1989[683]. Dans cette affaire, une requête visant la protection des droits des actionnaires américains d'une société italienne avait été introduite par les Etats-Unis à l'encontre de l'Italie, au motif que cette dernière aurait violé certaines de ses obligations découlant du traité d'amitié, de commerce et de navigation signé entre ces deux pays en 1948, ainsi que d'un accord complémentaire datant de 1951. Il ressortait des faits de l'espèce que le capital de la société sicilienne de composants électroniques, *ELSI*, a été détenu à 99,16 % par une société américaine, *Raytheon*, et à 0,84 % par une filiale de cette dernière créée toujours en vertu du droit des Etats-Unis, la société *Machlett*. Face aux dettes importantes et les pertes accumulées par l'*ELSI*, et à la suite du refus d'une entreprise publique italienne d'entrer en partenariat avec les actionnaires américains afin, selon leur propres mots, de soutenir et « *favoriser le développement industriel de la région méridionale, le Mezzogiorno* »[684], ces derniers ont décidé de mettre fin aux activités de leur société, de fermer son usine en Italie et de procéder au licenciement des salariés qui y travaillaient. Craignant la réaction du personnel local licencié, le maire de Palerme avait alors décidé d'ordonner la réquisition de l'usine et des biens connexes de l'*ELSI*[685].

535. A la différence des affaires de la *Barcelona Traction* et de *Diallo* dans lesquelles la Cour internationale de Justice menait son analyse au regard du droit international général, dans l'affaire *ELSI* le droit applicable découlait des traités conclus entre les Etats-Unis et l'Italie. La question se posait par conséquent de savoir s'il était possible de considérer que ces textes constituaient une dérogation à la règle générale selon laquelle un dommage causé à une société ne portait pas atteinte simultanément aux droits des associés de celle-ci. Une partie de la doctrine avait en effet considéré que cet arrêt ne devait pas être vu comme un revirement de celui de 1970 rendu à l'occasion de l'affaire de la *Barcelona Traction*, car la Chambre n'avait fait qu'appliquer des termes conventionnels spécifiques conférant des droits supplémentaires aux actionnaires étrangers, droits appartenant normalement à la personne morale[686]. Cette interprétation a

[683] CIJ, *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)*, (Etats-Unis d'Amérique c. Italie), arrêt du 20 juillet 1989, *Rec.*, 1989, p. 15.
[684] CIJ, *Ibid*., p. 24, § 15.
[685] *Ibid.*, p. 32, § 30.
[686] Voir dans ce sens, DUGARD (J.), *Quatrième rapport sur la protection diplomatique*, A/CN.4/530, pp. 11-12; *contra*, STERN (B.), « La protection diplomatique des investissements internationaux. De Barcelona Traction à Elettronica Sicula ou les glissements progressifs de l'analyse », *JDI,* 1990, pp. 897-948.

été défendue aussi par la CIJ elle-même dans son arrêt le plus récent abordant ces questions, l'arrêt *Diallo*, dans le cadre duquel elle a annoncé que :

> « Certes, dans l'affaire de l'Elettronica Sicula S.p.A…la Chambre de la Cour a admis un recours des Etats-Unis en faveur de deux sociétés américaines détenant cent pourcent des actions d'une société italienne, relativement à des actes attribués aux autorités italiennes et dont il était prétendu qu'ils avaient porté atteinte aux droits de ladite société. Cependant, la Chambre s'est fondée à cet effet, non sur le droit international coutumier, mais sur un traité d'amitié, de commerce et de navigation entre les deux pays, qui octroyait directement à leurs ressortissants… certains droits relatifs à la participation de ceux-ci dans des sociétés et associations de la nationalité de l'autre Etat »[687].

536. Il n'empêche qu'en regardant de plus près les dispositions conventionnelles qui servaient de base à la demande des Etats-Unis, nous ne voyons pas clairement en quoi elles conféraient des droits nouveaux ou différents aux actionnaires d'une société par rapport à ceux qui leurs sont généralement reconnus par le droit international général.

537. Les Etats-Unis ont tout d'abord allégué la violation de l'article III§2 du traité de 1948, qui conférait le droit à toute personne ayant la nationalité américaine de constituer, contrôler et gérer des sociétés en Italie[688]. Ils ont notamment soutenu que l'acte de réquisition avait pour effet de priver leurs ressortissants de la possibilité matérielle de décider de la manière dont ils souhaitaient gérer les actifs de l'*ELSI*, en vue de régler les dettes accumulées par l'entreprise. Pourtant, la société n'ayant pas été liquidée, les actionnaires ne pouvaient pas en principe se prévaloir d'un droit de propriété sur les biens de celle-ci. La nature des garanties prévues par l'article précité en faveur des ressortissants américains ne se différenciait donc point à notre avis de celles consacrées, en dehors de toute convention, par le droit international coutumier en faveur des détenteurs du capital d'une personne morale.

538. Après avoir admis qu' « Il [était] exact que la réquisition n'a eu d'effet que sur le

---

[687] CIJ, *Affaire Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République Démocratique du Congo)*, arrêt sur les exceptions préliminaires du 24 mai 2007, § 87.

[688] CIJ, *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)*, *op.cit.*, p. 49, § 68. L'alinéa premier de l'article III§2 était formulé dans les termes suivants : « Les ressortissants, sociétés et associations de chacune des Hautes Parties contractantes seront autorisés, en conformité des lois et règlements applicables à l'intérieur des territoires de l'autre Haute Partie contractante, à constituer, contrôler et gérer des sociétés et associations de cette autre Haute Partie contractante en vue de poursuivre des activités touchant la […] ».

contrôle des biens réquisitionnés »[689], contrôle dont le seul titulaire, d'un point de vue formel, était la société *ELSI*, les juges ont estimé qu'il était, d'un autre côté, indéniable que l'acte de réquisition avait pour but d'empêcher les actionnaires américains de procéder à la fermeture de l'usine de l'entreprise, au licenciement des employés qui y travaillaient ainsi que d'empêcher la dispersion des actifs de la personne morale. La Cour en a conclu qu'une telle ingérence dans la manière dont les actionnaires entendaient liquider leur entreprise était susceptible de porter atteinte à leurs droits de gestion et de contrôle[690]. Autrement dit, au droit des actionnaires américains de disposer et d'user librement des pouvoirs que leur conféraient leurs actions. La mesure de réquisition des biens de la société a été alors considérée comme susceptible de porter atteinte, de manière simultanée, aux droits de propriété de la société et à ceux des actionnaires sur leurs parts sociales[691].

539. Les Etats-Unis avaient en outre soutenu que les actions et les omissions des autorités italiennes concernant les biens de la société *ELSI* avaient porté également atteinte aux droits des actionnaires de celle-ci. Selon eux, l'Italie avait ainsi violé son obligation d'assurer une protection et une sécurité conformes au standard minimum exigé en la matière par le droit international général à l'égard des biens des ressortissants américains, au motif que les forces de l'ordre n'avaient pas empêché les salariés de l'*ELSI* d'occuper l'usine de l'entreprise après l'annonce de la réquisition des lieux par les autorités. L'Italie a riposté en affirmant que cette disposition garantissait :

> « la protection et la sécurité des biens de sociétés américaines en Italie, mais que l'usine de Palerme qui, selon les Etats-Unis, aurait dû être protégée en vertu du traité de 1948 appartenait à une société italienne, I'ELSI. »[692].

540. Le raisonnement de la Cour sur ce point a été pour le moins ambigu. Après avoir annoncé dans un premier temps qu'il était douteux que « lorsqu'il s'agit d'actionnaires, le mot « biens » […] s'étende, au-delà des actions elles-mêmes, à la société ou à ses

---

[689] CIJ, *ELSI*, *op.cit.*, p. 50, § 70. Voir dans le même sens l'opinion individuelle du juge ODA concernant l'affaire ELSI qui a estimé que : « les droits de ce genre dont Raytheon et Machlett ont pu jouir en vertu du traité n'ont pas été violés par l'ordonnance de réquisition, puisque celle-ci n'a pas porté atteinte aux « droits propres » desdites sociétés américaines en tant qu'actionnaires d'une société italienne, mais qu'elle s'adressait à cette société italienne dont ils restaient actionnaires », *Rec.,* 1989, p. 88.
[690] CIJ, *ELSI*, *op.cit.*, p. 50, § 70.
[691] En l'espèce, la Cour a finalement décidé que ce n'était pas l'acte de réquisition qui a empêché les actionnaires de procéder à la liquidation régulière de leur entreprise, mais que la cause profonde d'une telle incapacité était l'état d'insolvabilité de l'ELSI, « état qu'elle semble avoir atteint avant même la réquisition », *ibid.*, p. 62, § 101.
[692] CIJ, *ELSI*, *op.cit.*, p. 64, § 106.

avoirs », elle a ajouté tout de suite après que :

> « la Chambre examinera la question en se fondant sur l'argumentation des Etats-Unis selon laquelle les « biens » à protéger au sens de cette disposition du traité de 1948 n'étaient pas l'usine et l'équipement, lesquels étaient l'objet de la réquisition, mais l'entité formée par l'ELSI elle-même. »[693].

541. La différence entre les droits qui portent sur les biens d'une société et ceux qui portent sur la société elle-même n'est pas très claire. Une personne morale n'existe pas en soi. Elle se conçoit à travers son patrimoine, ses actifs et ses droits. Or, en vertu de la règle établie en la matière, les actionnaires sont juridiquement des propriétaires uniquement de leurs parts sociales[694]. La position adoptée par la Chambre de la Cour internationale dans l'affaire *ELSI* consiste pourtant à assimiler les droits de propriété des actionnaires avec les droits de propriété de la personne morale. Pour reprendre à notre compte l'observation formulée par un auteur, cette analyse des juges a pour effet d'aboutir à :

> « *practical extension of the protection afforded by the FCN Treaty, from the property directly owned by the foreign nationals (in this case the shares of ELSI) to the property indirectly owned by them (ELSI's own property, and in particular its plant).* »[695].

542. Une telle extension, même si elle peut se justifier d'un point de vue économique, est difficilement explicable d'un point de vue juridique. Ce dernier exemple est en effet différent de celui cité précédemment qui envisageait la possibilité que dans certains cas la même mesure étatique puisse porter atteinte à la fois aux droits appartenant à la personne morale qu'à ceux appartenant aux actionnaires qui détiennent son capital, sans procéder à l'assimilation de ces deux dernières catégories. La différence de contenu et de nature des droits appartenant à une société et de ceux appartenant à ses détenteurs du capital ne constitue pas un obstacle à ce que dans certains cas ces deux catégories distinctes de droits soient visées par un seul et même fait attribuable à un Etat. L'exemple type d'une telle situation est celui d'une mesure d'expropriation des biens d'une société qui a pour effet, en outre, d'exproprier les actionnaires de leurs propres

---

[693] *Ibid.*

[694] Pour reprender l'affirmation de la CIJ dans le cadre de son arrêt *Diallo* de 2010 : [Les parts sociales] représentent le capital sans se confondre avec lui, et confèrent à leurs détenteurs des droits dans le fonctionnement des sociétés », CIJ, *Diallo*, arrêt sur le fond du 30 novembre 2010, *op.cit.*, p. 639, § 157.

[695] SPOTA (D.G.), « Introductory Note to the Elettronica Sicula Case », *ICSID Review*, 1989, vol. 4, n°2, p. 320 ; voir dans le même sens STERN (B.), « La protection diplomatique des investissements internationaux. De Barcelona Traction à Elettronica Sicula ou les glissements progressifs de l'analyse », *JDI,* 1990, pp. 914-915.

droits sur leurs parts sociales.

543. Comme en droit international général, le droit conventionnel des investissements confère des droits de propriété aux détenteurs de titres sociétaux sur ces derniers. Le statut juridique d'un associé ou actionnaire ne diffère par conséquent guère sur ce point précis, quel que soit le contexte normatif applicable. Toutefois, à l'instar de la Chambre de la Cour internationale de Justice dans l'affaire précitée, certains tribunaux arbitraux saisis dans le cadre du contentieux mixte en matière d'investissements ont tendance à procéder à une assimilation entre les droits appartenant juridiquement à une société et de ceux appartenant aux associés de celle-ci.

SECTION 2

LES DROITS CONFÉRÉS AUX DÉTENTEURS DE TITRES SOCIÉTAUX PAR LES CONVENTIONS DE PROTECTION DES INVESTISSEMENTS ÉTRANGERS ET PAR LA JURISPRUDENCE ARBITRALE

544. Les ressortissants d'un Etat contractant d'un traité de protection des investissements étrangers, qui détiennent des parts du capital au sein d'une société créée conformément à la législation d'un autre Etat contractant, font partie de la catégorie d'investisseurs protégés par ce type d'instruments. Ils disposent par conséquent, en vertu des dispositions de la plupart de ces traités, d'une capacité pour agir à l'encontre de l'Etat de territorialité de la société dont ils détiennent des parts sociales pour faire valoir les droits conventionnels qui leurs sont ainsi conférés. Or, quels sont justement ces droits ? Pour pouvoir agir à l'encontre d'un Etat étranger, les associés ou les actionnaires doivent préciser l'objet de leur réclamation. Ils doivent démontrer que l'Etat contre lequel ils dirigent leur requête a violé une ou plusieurs de ses obligations conventionnelles vis-à-vis d'eux, et non pas vis-à-vis de la personne morale dont ils détiennent des parts du capital. Pour reprendre le commentaire d'un auteur :

> « *the fact that shares are a protected investment under the applicable BIT does not dispose of the question whether the investor has* jus standi*, since it will still be necessary to determine whether the claim genuinely refers to the rights that such investment confers* »[696].

545. Cette question d'importance cruciale concernant la détermination du titulaire des droits

[696] BOTTINI (G.), « Indirect claims under the ICSID Convention », *University of Pennsylvania Journal of International Law*, 2008, vol. 29, pp. 563-639, spéc. p. 591.

conventionnels invoqués dans le cadre d'une procédure arbitrale est souvent traitée de manière laxiste par les tribunaux. Dans un nombre non négligeable d'affaires le simple constat établi par les arbitres selon lequel les traités de protection des investissements étrangers confèrent une capacité pour agir aux associés ou actionnaires d'une société à l'encontre de l'Etat de territorialité de celle-ci, leur a permis ensuite d'affirmer que ces mêmes détenteurs de titres sociétaux étaient également capables de se prévaloir de la protection du traité invoqué en ce qui concerne des mesures étatiques prises à l'encontre des droits, biens et avoirs faisant partie du patrimoine de la société, et qui ne visaient pas les droits reconnus au profit de ces associés par le droit international général (**Paragraphe 1).**

546. Pourtant, la formulation des dispositions des traités de protection des investissements étrangers ne nous permet pas toujours d'estimer que le principe applicable en droit international général qui a introduit une distinction entre les droits appartenant à une société et ceux appartenant aux associés ou actionnaires de celle-ci, ne devrait pas conditionner également la recevabilité des requêtes déposées par l'une ou l'autre de ces catégories de personnes lorsqu'elles agissent sur la base de ces traités devant un tribunal arbitral[697]. La preuve en est que dans les cas où les Etats parties à une convention ont souhaité conférer aux associés étrangers d'une société un titre pour agir en cas d'une atteinte à un droit appartenant en règle générale, non pas aux associés, mais à leur société, ces Etats ont pris le soin de le préciser de manière explicite dans leur convention de manière à établir clairement une exception à cette règle générale (**Paragraphe 2).**

[697] CIRDI, *RREEF Infrastructure (G.P.) Limited et RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux S.à r.l. c. Espagne*, décision sur la compétence du 6 juin 2016, Aff. n° ARB/13/30. Dans cette dernière affaire, le tribunal a considéré qu'il n'existait aucun fondement juridique pour écarter l'application de la règle générale qui définit la nature et l'étendu des droits dont dispose un associé détenant des parts sociales au sein d'une société constituée à l'étranger dans le cadre du contentieux arbitral mixte en matière d'investissements, *ibid.*, § 119.

PARAGRAPHE 1

LES FLUCTUATIONS DE LA JURISPRUDENCE ARBITRALE EN MATIÈRE DE DISTINCTION DES DROITS APPARTENANT A UNE SOCIÉTÉ ET CEUX APPARTENANT AUX DÉTENTEURS DE SON CAPITAL

547. Le fait que les conventions en matière de protection des investissements étrangers qualifient les parts du capital détenues par les ressortissants d'un Etat au sein d'une société créée en vertu de la législation d'un autre Etat d'investissements protégés, n'a pas pour effet de changer la nature juridique des sociétés et des droits dont elles seules pourraient se prévaloir en droit international. A titre de comparaison, dans le cadre du droit international général les parts sociales sont considérées également comme des biens appartenant aux associés, ce qui n'a pas empêché la Cour internationale de Justice d'insister toujours sur le principe de distinction entre les droits et les biens faisant partie du patrimoine des associés et de ceux faisant partie du patrimoine de la personne morale dont ces derniers détiennent le capital[698].

548. Ce principe de distinction, conditionnant de manière incidente le titre pour agir des sociétés et de leurs associés en fonction des droits qu'ils tentent à faire valoir à vis-à-vis d'un Etat étranger, a été par ailleurs rappelé dans le cadre de certaines affaires arbitrales récentes en matière de protection des investissements étrangers (**A**). Certains tribunaux se sont toutefois montrés moins rigoureux juridiquement, et ont permis à des associés étrangers d'obtenir une réparation pour des dommages indirects qu'ils ont subis résultant d'une atteinte, non pas à leurs droits individuels, mais à ceux de leur société (**B**).

A. La confirmation jurisprudentielle du principe de distinction entre les droits appartenant à une société et de ceux appartenant aux détenteurs de son capital

549. Si les traités de protection des investissements étrangers incluent les titres sociétaux dans leurs définitions d'investissements protégés, ils n'entendent pas changer la nature juridique des parts sociales ou des actions d'une société mais simplement de préciser que ces dernières font partie des biens qui peuvent être protégés en cas d'atteinte portée à leur encontre par un autre Etat. Comme le professeur Zachary DOUGLAS l'a constaté :

[698] CIJ, *Barcelona Traction*, *deuxième phase*, *arrêt*, *op.cit.*, p. 35, § 34 ; CIJ, *Diallo,* arrêt sur le fond, *op.cit.*, p. 639, §§ 156-157.

> « *An investment treaty does not create a new type of shareholding by listing it among the categories of assets that may constitute investments any more than it creates new type of land by the same device…Il follows that where a shareholding is the object of an investment treaty claim, the basic contours of the rights attaching to that form of investment must be derived from the municipal legal order* »[699].

550. Pour que la recevabilité d'une requête arbitrale déposée par un associé ou un actionnaire à l'encontre d'un Etat étranger soit acceptée par un tribunal, l'objet d'une telle demande doit donc être une mesure étatique qui a porté atteinte aux droits que le requérant tire de son statut de détenteur de titres sociétaux. Le demandeur n'aura en revanche pas de titre pour agir pour protéger les droits appartenant à la société concernant un bien ou avoir faisant partie de son patrimoine. C'est cette dernière qui devrait alors endosser la réclamation, à condition cependant que sa nationalité lui permet d'agir.

551. A titre d'illustration, le tribunal arbitral constitué à l'occasion de l'affaire *Berschader c. Russie* a refusé de connaître une partie des griefs du requérant en estimant que :

> « *This difficulty does not arise with regard to the Contract, the property rights in the Buildings and the Agreed Debt. These assets undoubtedly constitute investments made in the territory of the Russian Federation. However, each of these investments was made by BI, which is a separate legal entity from the Claimants. It is Bl, and not the Claimants, who is a party to the Contract, enjoys the right of retention in the Buildings and is the party entitled to payment under the Agreed Debt.* »[700].

552. De manière plus générale, le tribunal constitué saisi dans le cadre de l'affaire *HICEE c. Slovaquie* a tenu de préciser que :

> « *When the Claimant says that 'investment treaty jurisprudence » gives shareholders standing to pursue claims for damage to the assets of a company in which it holds shares, that is not a position that can be upheld by the Tribunal in so sweeping a form, given the default position in international law that the corporate form is recognized as legally distinct from the shareholders, and confers on the corporate entity capacity to assert claims for damage suffered to it or its property* »[701].

---

[699] DOUGLAS (Z.), *The international Law of Investment Claims*, Cambridge U.P., 2009, p. 400, § 751.
[700] Institut d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm, *Vladimir Berschader et Moïse Berschader c. Russie,* sentence arbitrale du 21 avril 2006, Aff. n°080/2004, § 122.
[701] C.P.A., Tribunal *ad hoc* (CNUDCI), *HICEE c. Slovaquie*, sentence partielle du 23 mai 2011, n° 2009-11, § 147 ; voir dans le même sens CIRDI, *Rompetrol c. Roumanie*, décision sur la compétence du 18 février 2008, Aff. n° ARB/06/03, §§ 90-91.

553. Comme nous avons déjà eu l'occasion de le faire remarquer précédemment, il n'est toutefois pas exclu qu'une même mesure étatique porte atteinte à la fois aux droits de la personne morale et à ceux de ses associés. La grande majorité des conventions en matière de protection des investissements étrangers proscrivent ainsi aux Etats parties à celles-ci de prendre « de mesures d'expropriation ou de nationalisation ou toutes autres mesures dont l'effet est de déposséder, directement ou indirectement, les nationaux ou les sociétés de l'autre Partie des investissements leur appartenant…si ce n'est pour cause d'utilité publique et à condition que ces mesures ne soient ni discriminatoires, ni contraires à un engagement particulier »[702]. La question pourrait alors se poser de savoir si ce type de disposition devrait être interprété comme conférant un titre juridique aux associés d'une société pour agir en cas d'une atteinte *indirecte* qu'ils auraient subie à la suite de l'adoption par un Etat d'une mesure d'expropriation visant directement les biens de la personne morale[703]. Autrement dit, ces clauses conventionnelles constituent-elles une exception à la règle générale annoncée par la Cour internationale de Justice selon laquelle « La responsabilité n'est pas engagée si un simple intérêt est touché; elle ne l'est que si un droit est violé, de sorte que des actes qui ne visent et n'atteignent que les droits de la société n'impliquent aucune responsabilité à l'égard des actionnaires même si leurs intérêts en souffrent »[704] ?

554. Nous ne voyons pas les choses de cette manière. A notre avis, les qualificatifs « directement ou indirectement » ne concernent pas, dans ce contexte, le dommage ressenti par la personne expropriée. La question n'est donc pas celle de savoir si à la suite de l'adoption d'une mesure expropriant les biens d'une personne morale, les actionnaires de celle-ci pourraient agir sur la base d'un dommage indirect qu'ils auraient subi. L'expropriation dite directe se distingue de l'expropriation dite indirecte par le fait que dans le premier cas c'est le titre de propriété de l'investisseur sur son bien qui est directement touché et approprié, alors que dans le deuxième cas la mesure étatique n'a pas pour effet de procéder à un transfert de propriété des biens visés mais affecte la valeur et/ou les conditions de jouissance du propriétaire sur ceux-ci. Ce dernier type de mesure, appelé encore des mesures équivalentes à une expropriation directe, est alors de

[702] Art. 5.2 du traité bilatéral de protection des investissements étrangers signé entre la France et la Cambodge le 13 juillet 2000 et entré en vigueur le 24 juillet 2002.
[703] Voir pour la même interrogation CARREAU (D.), JUILLARD (P.), *Droit international économique*, Dalloz, Paris, 5ème édition, 2013, p. 570, § 1472.
[704] CIJ, *Barcelona Traction*, *deuxième phase*, *op.cit.*, p. 36, § 46.

nature à porter une atteinte *directe* aux droits de propriété de l'investisseur[705]. Il s'en suit qu'un actionnaire ou un associé d'une personne morale ne peut invoquer une violation par un Etat de son droit de ne pas être exproprié que lorsque la mesure étatique faisant l'objet de sa réclamation affecte son propre droit de propriété sur les parts sociales qu'il possède.

555. C'est ce qui s'est produit par exemple dans l'affaire arbitrale ayant opposé la société américaine *GAMI* au Mexique[706]. GAMI était l'un des actionnaires d'une société mexicaine, GAM, productrice de sucre. Par un décret adopté en 2001, les autorités mexicaines ont exproprié les 5 moulins appartenant à GAM. La demanderesse a soutenu que même si cette mesure ne prévoyait pas formellement de l'exproprier elle aussi, son droit de propriété sur ses actions n'en était pas moins atteint car « *Mexico's expropriation of GAM's five mills rendered GAMI's investment virtually worthless because the mills were substantially all of GAM's productive assets* »[707]. La société requérante a donc allégué que même si, *de jure*, elle était toujours la propriétaire de ses actions, *de facto*, sa situation était équivalente à celle d'une personne qui s'est vue dépossédée de ses biens. Dans ce sens-là elle aurait été indirectement expropriée. Le dommage qu'elle a subi, dans le chef de ses propres droits de propriété, était cependant quant à lui de nature directe. Le tribunal a ainsi résumé l'objet de la plainte de GAMI de la manière suivante :

> « *The position then is this: GAMI is entitled to invoke the protection of Article 1110 if its property rights (the value of its shares in GAM) were taken by conduct in breach of NAFTA. GAMI argues that such conduct was manifest in the Expropriation Decree. This Tribunal finds it likely that the Expropriation Decree was inconsistent with the norms of NAFTA. But Mexican conduct inconsistent with the norms of NAFTA is only a breach of NAFTA if it affects interests protected by NAFTA. GAMI's investment in*

[705] Notre lecture de ce type de dispositions trouve confirmation dans une précision apportée dans le cadre du modèle du traité bilatéral des Etats-Unis de 2012. L'article 6.1 de celui-ci prévoit que : « *Neither Party may expropriate or nationalize a covered investment either directly or indirectly through measures equivalent to expropriation or nationalization* ». Les paragraphes 3 et 4 de l'annexe B jointe à ce modèle précisent concernant l'article précité que: « *3. Article 6 [Expropriation and Compensation](1) addresses two situations. The first is direct expropriation, where an investment is nationalized or otherwise directly expropriated through formal transfer of title or outright seizure. 4. The second situation addressed by Article 6 [Expropriation and Compensation](1) is indirect expropriation, where an action or series of actions by a Party has an effect equivalent to direct expropriation without formal transfer of title or outright seizure.* ».

[706] Tribunal *ad hoc* (CNUDCI, ALENA), *GAMI c. Mexique*, sentence du 15 novembre 2015.

[707] *Ibid.*, § 28.

GAM is protected by Article 1110 only if its shareholding was "taken." »[708].

Finalement, le tribunal a conclu que les mesures étatiques attaquées n'équivalaient pas à une expropriation, au motif que GAM avait réussi d'obtenir des juridictions internes que trois des cinq moulins nationalisés lui soient restitués. Sur la base de ces faits, les arbitres ont considéré que la valeur de l'investissement des actionnaires ne pouvait pas être considérée comme complètement détruite[709].

556. Dans le même sens, le tribunal constitué à l'occasion de l'affaire *Postova Banka c. Grèce*, après avoir attentivement analysé la jurisprudence antérieure sur la question, a considéré que :

> « *a shareholder of a company incorporated in the host State may assert claims based on measures taken against such company's assets that impair the value of the claimant's shares. However, such claimant has no standing to pursue claims directly over the assets of the local company, as it has no legal right to such assets* »[710].

557. Il est intéressant de comparer ces solutions avec la décision d'un autre tribunal arbitral saisi à l'occasion de l'affaire *Impregilo c. Argentine*[711]. Selon les faits reproduits dans cette dernière, la société italienne Impregilo détenait un peu moins de la moitié du capital de la société de droit argentin, AGBA. Concernant la question de savoir quel était l'investissement pour l'atteinte duquel la demanderesse avait un titre pour agir, le tribunal a raisonné ainsi : « *AGBA does not qualify as a protected investor under the ICSID Convention and the BIT, and its contractual rights cannot be considered protected investments* »[712]. Il y a ajouté : *« Consequently, the protected investment in this case is Impregilo's shareholding in AGBA. This does not exclude that measures primarily taken in regard to AGBA may also affect Impregilo's investment.* »[713]. Cependant, ce même tribunal semble avoir considéré que tout dommage causé à la

[708] *Ibid.*, § 129.
[709] *Ibid.*, §§ 132-133.
[710] CIRDI, *Postova Banka c. Grèce*, sentence du 9 avril 2015, Aff. n°ARB/13/8, § 245. Vour aussi, CIRDI, *RREEF Infrastructure (G.P.) Limited et RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux S.à r.l. c. Espagne*, décision sur la compétence du 6 juin 2016, Aff. n° ARB/13/30. Dans cette dernière affaire les arbitres ont estimé que s'il était indiscutable que les actionnaires étrangers d'une société avaient la capacité pour agir en protection de ses droits découlant de la propriété de leurs parts sociales, la question de savoir si les violations alléguées des dispositions du traité sur la Charte de l'énergie, qui était le traité applicable en l'espèce, avaient pour effet de causer un préjudice aux droits de ces actionnaires, devait être tranchée à un stade ultérieur, dans le cadre de la décision portant sur le fond, *ibid.*, §§ 123-124.
[711] CIRDI, *Impregilo c. Argentine*, sentence du 21 juin 2011, Aff. n° ARB/07/17.
[712] *Ibid.*, § 245
[713] *Ibid.*, § 246.

société de droit argentin était constitutif également d'un dommage réparable dans le chef de l'actionnaire de celle-ci. En vertu des termes utilisés par les arbitres :

> « *It follows from Article 1(1)(b) of the Argentina-Italy BIT that Impregilo's shares in AGBA were protected under the BIT. If AGBA was subjected to expropriation or unfair treatment with respect to its concession – an issue to be determined on the merits of the case – such action must also be considered to have affected Impregilo's rights as an investor, rights that were protected under the BIT.* »[714].

558. Nous ne sommes pas d'accord avec cette dernière affirmation. C'est une chose de considérer qu'une mesure étatique visant une personne morale locale porte également atteinte aux droits propres des actionnaires. C'en est une autre d'adopter le postulat selon lequel tout dommage subi par la personne morale qui a pour conséquence de diminuer la valeur de l'investissement des actionnaires constitue également une base pour ces derniers de demander une réparation pour leurs intérêts lésés[715]. Pour reprendre l'exemple des mesures d'expropriation, pour qu'un actionnaire-investisseur puisse engager la responsabilité d'un Etat il n'est pas suffisant qu'il démontre que les droits de la personne morale dont il est membre ont été atteints. Il doit prouver que la mesure à l'origine d'une telle violation constitue en outre une violation de ses propres droits. Ce sera notamment le cas s'il a été privé, en totalité ou dans une large mesure, de la jouissance ou de la perception des bénéfices raisonnablement attendus résultant de la propriété de ses actions de la société lésée[716].

559. Les dispositions conventionnelles protégeant les investisseurs étrangers d'une expropriation injustifiée ne constituent pas la seule base possible pour un détenteur de titres sociétaux d'invoquer la violation de ses propres droits. Un actionnaire ou associé pourra également se plaindre d'un traitement discriminatoire à son encontre ou bien d'une violation à son égard de la disposition lui garantissant un traitement juste et équitable, à condition cependant que la mesure étatique incriminée porte atteinte effectivement à un droit lui appartenant et non pas à un droit de la personne morale dont il est membre.

560. Pourtant, très souvent dans la pratique arbitrale récente, cette distinction entre les biens

---

[714] *Ibid.*, § 138.
[715] Voir dans le même sens, MÜLLER (D.), *La protection de l'actionnaire en droit international*, *op.cit.*, p. 367.
[716] Voir CIRDI, *Metalclad c. Mexique,* sentence du 30 août 2000, Aff. n° ARB (AF), 97/1, § 103.

et les droits appartenant à une société et ceux appartenant aux détenteurs de son capital a été remise en cause par les tribunaux dans un souci d'assurer une protection maximale de ces derniers investisseurs.

B. La remise en cause du principe de distinction entre les droits appartenant à une société et de ceux appartenant aux détenteurs de son capital

561. Un bon nombre de conventions étendent leur protection à l'égard de tout type d'investissement situé sur le territoire de l'un des Etats parties qui est détenu, directement ou indirectement, par un ressortissant d'un autre Etat partie. A titre d'exemple, l'article premier du modèle canadien d'accord concernant la promotion et la protection des investissements de 2014 prévoit que :

> « « **investissement visé** » s'entend, à l'égard d'une Partie, de l'investissement sur le territoire de celle-ci qui est détenu ou contrôlé, directement ou indirectement, par un investisseur de l'autre Partie et qui existe à la date d'entrée en vigueur du présent accord, ou est effectué ou acquis après cette date ».

562. Un tel traité confère donc aux actionnaires et associés étrangers d'une société créée en vertu de la législation de l'un des Etats partie des droits qu'ils peuvent faire valoir vis-à-vis des titres sociétaux dont ils possèdent directement, mais aussi vis-à-vis des avoirs et des biens de la société qu'ils contrôlent car ils seront, dans ce deuxième cas figure, considérés comme détenant indirectement ces biens ou avoirs[717]. De telles dispositions constituent par conséquent une exception à la règle générale instaurant une distinction entre les droits d'une personne morale et ceux appartenant aux détenteurs de son capital, principe qui a pour effet d'empêcher justement ces derniers de faire valoir des droits à l'égard des biens faisant partie du patrimoine de leur société.

563. Sur la base d'une telle pratique étatique, qui est pourtant loin d'être générale, certains tribunaux arbitraux ont estimé qu'à partir du moment où les actionnaires ou associés étrangers d'une société exerçaient un contrôle sur une société incorporée dans l'Etat défendeur de la procédure, ils auraient la qualité pour agir afin de protéger les droits de cette dernière, et cela même dans des situations dans lesquelles une telle extension des droits pouvant être invoqués par les détenteurs du capital n'était nullement prévue par la convention servant de base à la demande de l'investisseur.

[717] Voir sur cette question, *infra*, Chapitre 6.

564. A titre d'illustration, dans l'affaire *Telefanica c. Argentine*, le tribunal, constitué sous les auspices du CIRDI a considéré la chose suivante :

> « *in case of an acquisition by an investor of one Contracting Party of the entire capital of a company of the other Party, treaty protection is not limited to the free enjoyment of the shares, that is the exercise of the rights inherent in the position of a shareholder. It also extends to the standards of protection spelled out in the BIT with regard to the operation of the local company that constitutes the investment.* »[718]

565. De manière semblable dans le cadre de l'affaire arbitrale *Paushok c. Mongolie,* le tribunal, constitué cette fois-ci sur base du règlement CNUDCI a déclaré que :

> « *If "shares" in companies can constitute "investment", it would be absurd to argue that a company the shares of which are owned 100% by an investor would not constitute an "investment" as defined in the Treaty.* »[719] .

566. Il a alors considéré que les requérants, qui étaient des actionnaires russes d'une société minière (GEM) créée en vertu de la législation de la Mongolie, étaient capables de « *make claims concerning alleged Treaty breaches resulting from actions affecting the assets of GEM, including its rights to mine gold deposits or its contractual rights and thereby affecting the value of their shares.* »[720].

567. Le motif principalement invoqué par les tribunaux ayant procédé à une telle assimilation des droits de la personne morale et de ceux de ses associés, qui détenaient la totalité du capital de la première, était de nature extra-juridique découlant de la réalité économique des affaires qui remettait en cause les fictions juridiques.

568. Ce n'est d'ailleurs pas uniquement lorsque les détenteurs du capital d'une société possédaient 100 % de ses titres que des tribunaux ont décidé de faire abstraction de la personnalité juridique distincte de la personne morale. Ainsi, dans l'affaire *Cemex c. Venezuela*, les arbitres ont jugé recevable la requête de deux sociétés de droit hollandais qui détenaient indirectement la majorité du capital d'une société vénézuélienne productrice de ciment. L'actionnaire direct de cette dernière était une entité intermédiaire incorporée aux Iles Cayman. Pourtant, la disposition de définition du terme « investissement » contenue dans le traité bilatéral signé entre les Pays-Bas et le

[718] CIRDI, *Telefanica c. Argentine*, décision sur la compétence du 25 mai 2006, Aff. n° ARB/03/20, § 76.
[719] CNUDCI, *Paushok c. Mongolie*, décision sur la compétence et la responsabilité du 28 avril 2011, § 201.
[720] CNUDCI, *Paushok c. Mongolie*, *op.cit.*, § 202.

Venezuela ne précisait pas que la protection de cet instrument s'étendait également à l'égard des investissements détenus indirectement par les ressortissants de l'autre Etat contractant[721]. Le tribunal s'est contenté de déclarer que :

> « *when the BIT mentions investments "of" nationals of the other Contracting Party, it means that those investments must belong to such nationals in order to be covered by the Treaty. But this does not imply that they must be "directly" owned by those nationals.* »[722].

569. Il est toutefois intéressant de noter que les deux sociétés hollandaises requérantes étaient entièrement contrôlées par une autre société de droit espagnol, qui à son tour était une filiale d'une personne morale mexicaine[723]. Si donc le motif pour faire abstraction de la personnalité juridique distincte de la première société, celle qui détenait directement l'investissement, était réellement celui de garantir une protection aux nationaux qui détenaient *de facto* cet investissement, il aurait fallu que ce même tribunal refuse de connaître la réclamation des requérantes.

570. Enfin, dans l'affaire *Siemens c. Argentine* le tribunal saisi a également considéré que la demanderesse – *Siemens* - une société de droit allemand était capable pour agir en réparation des droits lésés d'une personne morale créée en vertu du droit argentin[724], que Siemens contrôlait indirectement via une autre entité intermédiaire, et cela malgré le fait que le traité bilatéral conclu entre l'Allemagne et l'Argentine ne prévoyait pas explicitement une telle nullement une telle possibilité. Le traité applicable prévoyait en effet une seule hypothèse dans laquelle un actionnaire étranger pouvait agir en réparation à la suite d'une atteinte portée aux droits de sa société. En vertu d'une note interprétative relative à l'article 4 régissant la question de l'expropriation, si l'un des Etats contractants adoptait une mesure visant les biens d'une société créée en vertu de sa propre législation, mais qui était contrôlée par des ressortissants de l'autre Etat contractant, une demande de compensation pouvait lui être adressée par ces derniers si

---

[721] CIRDI, *Cemex Caracas Investments B.V. and Cemex Caracas II Investments B.V. c. Venezuela*, décision sur la compétence du 30 décembre 2010, Aff. n° ARB/08/15, § 150.
[722] *Ibid.*, § 157. Voir dans le même sens, CIRDI, *Tza Yap Shun c. Pérou*, décision sur la compétence du 19 juin 2009, Aff. n° ARB/07/6, §§ 106-111 ; CIRDI, *Mobil Corporation and others c. Venezuela,* décision sur la compétence du 10 juin 2010, Aff. n° ARB/07/27, §§ 162-166 ; CIRDI, *Ioannis Kardassopoulos c. Georige*, décision sur la compétence du 6 juillet 2007, Aff. n° ARB/05/18, §§ 123-124 ; CNUDCI, *Hesham T.M. Al Warraq c. Indonésie*, sentence finale du 15 décembre 2014, §§ 497-517.
[723] CIRDI, *Cemex c. Venezuela*, *op.cit.*, § 143.
[724] CIRDI, *Siemens A.G. c. Argentine*, décision sur la compétence du 3 août 2004, Aff. n° ARB/02/8, § 150.

cet acte avait pour effet que les actions détenues par eux perdaient de la valeur[725]. L'Argentine a alors soutenu qu'en dehors de ce cas de figure expressément prévu par la convention, les demandes indirectes formulées par les actionnaires qui avaient pour objet un dommage subi par la société qu'ils contrôlaient ne devaient pas être considérées comme recevables. Le tribunal n'a pas suivi ce raisonnement et a considéré que cette précision apportée par le protocole additionnel du traité visait à rajouter une hypothèse dans laquelle une indemnisation pouvait être demandée à la suite d'une mesure qualifiée d'expropriation, et n'avait aucunement pour objectif de décrire la seule situation dans laquelle un actionnaire étranger d'une société locale avait le droit de demander une telle réparation[726].

571. Or, si les actionnaires ou associés étrangers pouvaient dans tous les cas de figure introduire une demande de réparation lorsqu'une mesure étatique portait atteinte, non pas directement à leurs droits individuels, mais à ceux de la société qu'ils contrôlaient, la question de l'utilité de l'incorporation de telle précisions conventionnelles se pose.

PARAGRAPHE 2
L'EXTENSION CONVENTIONNELLE DES DROITS DES DÉTENTEURS DE TITRES SOCIÉTAUX

572. Plusieurs traités, bi- ou multilatéraux, de protection des investissements étrangers accordent des droits aux associés ou actionnaires étrangers d'une société qui sont de nature plus étendue que les droits dont pourraient se prévaloir ces derniers en l'absence de tels traités en droit international. A titre d'exemple, comme nous avons déjà eu l'occasion de le préciser plus haut, la simple perte de la valeur des parts sociales à la suite de l'adoption d'une mesure étatique portant atteinte aux droits d'une société ne constitue pas un motif valable pour le détenteur des ces parts pour introduire une demande de réparation à l'encontre de l'Etat auteur d'une telle mesure. Pour le besoin de la recevabilité de ce type de réclamations, il faut encore que la perte subie par l'associé ou l'actionnaire soit de nature suffisamment importante pour constituer une atteinte à son droit de propriété sur les titres sociétaux.

573. Rien n'empêche cependant les Etats parties à un accord de prévoir qu'un détenteur de

[725] *Ibid.*, §124 ; voir pour l'analyse du tribunal, §§ 136-140.
[726] *Ibid.*, § 139.

titres sociétaux disposerait d'un titre pour agir à l'encontre d'un Etat étranger, si en raison d'une mesure prise par ce dernier visant les droits de la société ou en raison d'autres événements qui se sont produits sur son territoire, la valeur des parts sociales de l'associé requérant a perdu de la valeur. Une telle hypothèse est à titre d'exemple prévue par l'article 12 du traité sur la charte de l'énergie. En vertu des termes de ce dernier :

> « un investisseur d'une partie contractante qui subit des pertes concernant un investissement réalisé dans la zone d'une autre partie contractante en raison d'une guerre ou de tout autre conflit armé, d'un état d'urgence national, de troubles civils ou d'autres événements similaires survenant dans cette zone bénéficie de la part de cette autre partie contractante, en ce qui concerne toute restitution, indemnisation ou compensation ou tout autre règlement, du traitement le plus favorable que cette partie contractante accorde aux autres investisseurs, qu'il s'agisse de ses propres investisseurs, des investisseurs d'une autre partie contractante ou d'un Etat tiers. ».

574. Sachant que la définition du terme investissement retenue par ce même accord comprend « *les actions, capitaux ou toute autre forme de participation au capital dans une société ou entreprise commerciale* »[727], l'article 12 précité vise également les ressortissants d'un pays contractant ayant investi dans le capital d'une personne morale créée en vertu de la législation d'un autre Etat partie.

575. Les accords bilatéraux conclus par le Royaume-Uni contiennent souvent le même type de disposition [728]. C'est d'ailleurs, la portée d'une telle clause qui est devenue l'objet d'un litige dans le cadre de la toute première affaire dans laquelle un tribunal CIRDI s'est reconnu compétent sur la base d'un accord arbitral découlant d'un traité bilatéral de protection des investissements[729]. En l'espèce, la société *AAPL* qui était incorporée à Hong Kong a introduit une demande arbitrale à l'encontre du Sri Lanka sur la base du traité bilatéral conclu entre ce dernier pays et le Royaume-Uni[730]. La requérante a prétendu que le Sri Lanka avait porté atteinte à son investissement qui prenait la forme d'environ 48 % du capital d'une société, Serendib Seafood, constituée en vertu de la

[727] Voir l'article I, 6), b) du traité sur la Charte de l'énergie.
[728] Il va de même pour les traités bilatéraux d'investissements signés par l'Allemagne ou encore par la France : voir à titre d'exemple l'article 4.3 des traité bilatéraux signés entre l'Allemagne d'une part et le Bahreïn le 5 février 2007 à Manama ou encore l'Algérie le 11 mars 1996 à Alger, de l'autre. Voir aussi l'art. 6. 3 du traité bilatéral entre la France et le Sénégal signé le 26 juillet 2007 à Dakar.
[729] CIRDI, *Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) c. Sri Lanka*, sentence arbitrale du 27 juin 1990, Aff. n° ARB/87/3.
[730] Au moment des faits, le Hong Kong se trouvait encore sous la souveraineté britannique.

législation de ce dernier Etat. Toutefois, l'objet de la demande de réparation ne concernait pas un acte étatique qui aurait porté atteinte au droit de propriété de l'actionnaire, mais concernait une mesure ayant causé un préjudice aux droits de la société. Pour démontrer l'existence d'un intérêt à agir, la demanderesse a alors invoqué la violation de l'article 4§1 du traité bilatéral qui prévoyait que tout ressortissant de l'une des Parties contractantes dont l'investissement avait subi une perte de valeur due à une situation de guerre, de conflit armé, de révolution, etc., sur le territoire de l'autre Etat partie, devait être traité de manière non discriminatoire par rapport au traitement réservé par ce dernier à ses propres nationaux ou aux ressortissants d'un Etat tiers. En procédant à une interprétation contestable de ladite disposition[731] selon laquelle, le texte de celle-ci obligerait l'Etat où de tels événements se sont produits à octroyer une indemnisation équitable à l'investisseur étranger lésé, le tribunal en l'espèce s'est reconnu compétent pour examiner si la perte de la valeur des actions d'AAPL était effectivement due aux troubles armés qui avaient eu lieu dans le pays.

576. Cette possibilité accordée à l'associé ou actionnaire étranger de demander une réparation pour la perte de la valeur de ses parts sociales due à une atteinte aux droits à la société dont il détient des titres du capital a été clairement justifiée par les arbitres dans l'affaire précité par la présence d'une disposition explicite permettant ce type de réclamations dans le cadre du traité applicable. Le tribunal a précisé en outre que la réparation ainsi demandée par *AAPL* ne pouvait correspondre qu'à la perte de la valeur de ses actions et ne pouvait inclure aucun autre dommage causé à un bien appartenant à la société elle-même[732]. Ce raisonnement confirme la prise en compte par le tribunal de la distinction qui existe entre droits de la société et droits pouvant être invoqués par les associés de celle-ci. En l'espèce, les arbitres ont au final refusé d'accorder une indemnisation à la requérante, car selon leur analyse il était impossible d'affirmer avec certitude que la perte de la valeur des actions du capital de la société locale était

[731] Voir sur ce point RAMBAUD (P.), « Des obligations de l'Etat vis-à-vis de l'investisseur étranger. (Sentence *AAPL c. Sri Lanka*) », *AFDI*, 1992, vol. 308, pp. 501-510. Selon l'auteur l'art. 4 § 1 : « contrairement à ce qu'affirme la sentence, ne crée pas directement une obligation d'indemniser. Celle-ci n'existe qu'à travers l'obligation d'un traitement non discriminatoire. AAPL n'aura droit à la réparation de ses dommages que si les actionnaires sri lankais sont aussi indemnisés, ce qui n'a pas été le cas. », *ibid.*, p. 507.

[732] Aff. *AAPL c. Sri Lanka*, *op.cit.*, § 95 : « *the Treaty protection provides no direct coverage with regard to Serendib's physical assets as such ("farm structures and equipment", "shrimp stock in ponds", cost of "training the technical staff', etc.), or to the intangible assets of Serendib if any ("good will", "future profitability", etc.). The scope of the international law protection granted to the foreign investor in the present case is limited to a single item: the value of his share-holding in the joint-venture entity (Serendib Company).*».

réellement due aux troubles armés dans le pays[733].

577. La plupart des traités bilatéraux d'investissements conclus par le Royaume-Uni contiennent également une autre disposition accordant des droits spéciaux aux associés ou actionnaires étrangers en cas de l'adoption par un Etat d'une mesure d'expropriation visant les biens de la société dont ils détiennent des parts du capital. Elle prévoit que :

> « Lorsqu'une Partie contractante exproprie les avoirs d'une société constituée ou créée en vertu de la législation en vigueur sur une partie de son territoire et dont les parts ou actions sont détenues par des nationaux ou sociétés de l'autre Partie contractante, la Partie expropriatrice fait en sorte que les dispositions du paragraphe (1) du présent article soient appliquées de façon à garantir l'indemnisation prompte, adéquate et effective des nationaux ou sociétés de l'autre Partie contractante, propriétaires desdites parts ou actions, en ce qui concerne leurs investissements »[734].

578. En interprétant une clause formulée de la même manière prévue par le traité bilatéral conclu entre le Royaume-Uni et l'Union soviétique de 1989, le tribunal arbitral saisi par l'un des actionnaires de la société russe Yukos dans le cadre de l'affaire *RosInvestCo c. Russie* a estimé que :

> « *For the IPPA [le traité bilatéral applicable en l'espèce], it is therefore expressly clarified that also shareholders, be they majority or minority shareholders, also have a claim for protection under Article 5 if expropriatory measures falling under paragraph (1) are taken "only" against the company and not directly against the shareholders themselves.* »[735].

579. Or, en alignant leur raisonnement sur celui adopté par les tribunaux ayant procédé à une assimilation des droits d'une personne morale à ceux de ses associés, les arbitres dans l'affaire précitée ont complété leur analyse de la manière suivante :

> « *In this context, the Tribunal notes that, even without express provisions such as Article 5(2), the recent jurisprudence from investment arbitration tribunals considering other investment treaties has confirmed the ability for shareholders to claim for measures taken against the company in which they hold shares and has been developed to the point accepting that minority*

[733] *Ibid.*, §§ 96-108.
[734] Article 5(2) du traité bilatéral d'investissements signé entre le Royaume-Uni et le Burundi le 13 septembre 1990 à Londres. Voir aussi pour une disposition conventionnelle du même genre, l'article 5 (5) du traité bilatéral d'investissements signé entre l'Espagne et l'Ethiopie le 17 mars 2006, à Madrid.
[735] Institut d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm, *RosInvest c. Russie*, sentence finale du 12 septembre 2010, Aff n° V079/2005, § 607.

> *shareholders have made claims for indirect damage… These decisions confirm that modem investment treaty arbitration does not require that a shareholder can only claim protection in respect of measures that directly affect shares in their own right, but that the investor can also claim protection for the effect on its shares by measures of the host state taken against the company* »[736].

580. Comme nous l'avons déjà souligné précédemment, le fait qu'un accord incluse dans sa définition des investissements protégés les parts sociales ou les actions d'une société détenues par un ressortissant étranger ne confère nullement le droit à l'actionnaire ou à l'associé de pouvoir agir à la place de la personne morale lésée. L'interprétation de la disposition précitée (l'article 5(2) du traité bilatéral conclu entre le Royaume-Uni et l'Union soviétique) retenue par le tribunal constitué à l'occasion de l'affaire *RosInvest c. Russie* ne se justifie pas au regard du texte et du sens ordinaire des termes employés par cet article, mais s'appuit simpelment sur la *jurisprudence récente*, qui par ailleurs est loin d'être unanime sur la question, ainsi que sur une conception soi-disant moderne de la pratique arbitrale en matière d'investissements. Une telle interprétation est contraire en outre à « l'un des principes fondamentaux de l'interprétation des traités, celui de l'effet utile »[737] consacré par la jurisprudence de la Cour internationale de Justice. Cette règle présuppose notamment que :

> « (L)'interprète doit présumer que les auteurs d'un traité, en adoptant les termes d'une disposition, ont entendu leur donner une signification telle que cette disposition pusse recevoir une application effective »[738].

*

581. Il est donc plus logique, à notre avis, de partir du postulat selon lequel les Etats rédacteurs des traités en matière de protection des investissements tiennent compte de la règle générale qui prévoit que les détenteurs de titres sociétaux ne peuvent pas engager la responsabilité de l'Etat auteur d'une mesure ayant causé un dommage à leur société. Cependant, dans un but d'assurer une protection maximale à leurs ressortissants détenant des participations sociétales au sein d'une entité économique créée à l'étranger,

[736] *Ibid.*, § 608. Voir *contra* CIRDI, *RREEF c. Espagne*, décision sur la compétence du 6 juin 2016, *op.cit.*, § 119.
[737] CIJ, *Différend territorial entre la Libye et le Tchad*, arrêt du 3 février 1994, *Rec.*, 1994, p. 25, § 51.
[738] C'est la définition d' « Effet utile » retenue *in* SALMON (J) (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruylant, Bruxelles, 2001, p. 416.

les Etats parties à ces traités ont décidé de permettre aux associés d'une personne morale de pouvoir réclamer une réparation en cas d'une atteinte aux droits de la personne morale. Les détenteurs de titres sociétaux se voient alors conférer, grâce à la mise en place de ces mécanismes conventionnels, un droit de compensation pour un dommage résultant de l'expropriation ou de la destruction en cas de troubles armés des biens ou avoirs de la société. Ces clauses qui ont pour objectif d'étendre les droits individuels des associés confirment, par leur présence et existence même, la validité du principe général selon lequel une simple perte de la valeur des parts sociales détenues par un investisseur, due à une atteinte aux droits de la personne morale dont il détient une partie du capital, ne lui confère pas un titre juridique pour engager la responsabilité internationale de l'Etat à l'origine d'un tel dommage.

582. De la même manière, les actionnaires ou associés étrangers d'une société sont incapables d'agir à la place de la personne morale pour la protection des droits que cette dernière dispose vis-à-vis de l'Etat de son incorporation, sauf lorsqu'une telle faculté leur est expressément reconnue par une disposition conventionnelle. C'est notamment le cas lorsqu'un traité étend son champ d'application à l'égard de tout investissement « détenu ou contrôlé directement ou indirectement » par un ressortissant d'un autre Etat contractant[739]. Si l'actionnaire ou l'associé étranger dispose de la majorité du capital d'une société incorporée dans un autre Etat, les tribunaux considéreront alors que ses droits s'étendent aussi à l'égard des biens et avoirs faisant partie des actifs de la personne morale. C'est justement la question de la portée et des effets de telles dispositions conventionnelles concernant l'étendu des droits des détenteurs de titres sociétaux qui nous intéressera à présent.

[739] Il est d'ailleurs intéressant de noter que lorsque les parties à un traité décident de conférer la capacité aux actionnaires étrangers d'une société d'agir en protection des biens ou avoirs de celle-ci, ils ne voient plus l'intérêt d'inclure dans l'accord des dispositions prévoyant que les mêmes actionnaires pourraient agir en réparation en raison de la perte de la valeur de leurs actions à la suite d'une mesure causant un préjudice à la personne morale. La raison en est qu'ils peuvent dans un tel cas, agir directement en réparation des droits lésés de leur société. Ainsi, nous avons vu que de manière générale le Royaume-Uni a pour habitude de prévoir dans le cadre des traités bilatéraux qu'il conclue avec d'autres Etats qu'en cas d'expropriation des biens d'une société créée en vertu de la législation de l'autre Etat contractant, les actionnaires britanniques de celle-ci pourraient demander d'être indemnisés pour leurs pertes. Or, dans l'accord bilatéral conclu entre le Royaume-Uni et la Colombie de 2010 qui prévoit qu'un investisseur, et donc un actionnaire, de l'une des Parties contractantes peut agir en protection des investissements réalisés dans l'autre Partie contractante, « *owned or controlled directly or indirectly* » par lui, aucune précision n'est ajoutée quant à la possibilité pour ce même actionnaire d'agir pour la perte de la valeur de ces actions, sans doute parce que un tel ajout a été considéré comme superflu.

CHAPITRE 6

LES ASSOCIÉS - TITULAIRES DES DROITS SUR LES BIENS ET LES AVOIRS DES SOCIÉTÉS QU'ILS CONTRÔLENT

583. La société constitue une personne juridique distincte des détenteurs de son capital. Sa création a pour effet d'instaurer un « écran », un « voile social » entre son patrimoine, les biens et les droits dont elle est titulaire et ceux de ses membres. Bien évidemment, lorsque la société s'enrichit, l'investissement des ses associés fructifie. Si en revanche la personne morale essuie des pertes, les propriétaires de ses parts sociales en souffrent aussi.

584. Comme la Cour internationale de Justice l'avait précisé dans son arrêt de *la Barcelona Traction* de 1970 « [l]'actionnaire ne saurait être identifié à la société dont il est séparé par de nombreuses barrières »[740]. Juridiquement, ce sont donc deux personnes distinctes et les droits de l'une ne se confondent pas avec les droits de l'autre. Cette prise de position de la C.I.J. s'explique par son choix de se référer aux règles juridiques internes des Etats concernant la détermination des liens de propriété entre une personne et un bien[741]. Elle a ainsi décidé de faire de la personne morale, qui en droit interne est la titulaire des droits de propriété sur les biens qui lui sont transférés ou qu'elle acquiert au cours de sa vie, la titulaire de ses mêmes droits et biens en droit international. L'incapacité résultant pour les associés de la personne morale d'agir en protection des droits lésés de cette dernière n'avait, selon la même Cour, rien d'inéquitable. En vertu de ses termes :

> « En établissant une société dans un pays étranger, ses fondateurs sont normalement mus par des considérations spéciales ; il s'agit souvent de profiter d'avantages fiscaux ou autres offerts par l'Etat hôte. Il ne semble aucunement inéquitable que les avantages ainsi obtenus aient pour contrepartie les risques créés par le fait que la protection de la société et donc de ses actionnaires est ainsi confiée à un Etat autre que l'Etat national de ces derniers »[742].

[740] CIJ, *Barcelona Traction*, arrêt du 5 février 1970, *op.cit.*, p. 34, § 41.
[741] *Ibid.*, pp. 33-34, § 38.
[742] *Ibid.*, p. 50, § 99. Il faut rajouter toutefois que parfois la création d'une société locale, via laquelle un investissement est réalisé, est une obligation légale imposée aux investisseurs étrangers par certains Etats.

585. Néanmoins, l'un des objectifs principaux poursuivis par les Etats qui ont mis en place un régime conventionnel de protection de leurs investissements respectifs était celui de garantir une protection maximale des apports financiers de leurs ressortissants. Pour cela, ils ont d'une part inclus dans le cadre de la définition des opérations d'investissements protégées par leurs traités les actions, les parts sociales ou tout autre type de participations sociétales de leurs nationaux respectifs au sein des sociétés créées en vertu de la législation d'un autre Etat. Or, pour certains Etats parties à ces conventions l'investissement de leurs ressortissants - actionnaires ou associés - ne devait pas se limiter uniquement aux participations que ces derniers possédaient dans le capital des personnes morales créées à l'étranger. Ces Etats ont alors élargi la catégorie d'investissements protégés, en précisant qu'elle comprenait en outre les biens et les avoirs que leurs ressortissants possédaient de manière indirecte, c'est-à-dire via le contrôle qu'ils exerçaient sur des personnes morales au patrimoine juridique duquel ces biens et avoirs avaient été affectés (**Section 1**).

586. Un nouveau lien de propriété entre les détenteurs de titres sociétaux et les biens de la société qu'ils contrôlaient a été ainsi créé dans le cadre de certains rapports interétatiques, qui dérogeait pas sa nature aux règles générales applicables en la matière prévues par les droits internes et reprises par le droit international général. Le « voile social » a été levé dans le but de protéger les *véritables* investisseurs d'une opération économique transfrontalière. Pour reprendre une observation du professeur SCHREUER :

> « *[a]ccepting the controlling shareholder of a company that is incorporated in the host State as claimant may be seen as just another way of disregarding the corporate form and of looking for the true investor* »[743].

587. Cette extension des droits que les associés ou actionnaires étrangers d'une société pouvaient invoquer vis-à-vis des biens et avoirs faisant partie du patrimoine de cette dernière a créé cependant des problèmes juridiques nouveaux. Ceux-ci résultent essentiellement du fait que les propriétaires du capital de la société lésée peuvent s'avérer, et s'avèrent être très souvent en pratique, d'autres personnes morales dont les

---

Dans certains cas une telle société est créées non pas pour profiter d'un avantage quelconque, mais simplement pour se conformer à la loi de l'Etat hôte de l'opération.

[743] SCHREUER (Ch.), « Shareholder Protection in International Investment Law », *in* DUPUY (P.-M.), FASSBENDER (B.), SHAW (M.N.), SOMMERMANN (K.-P.) (dirs.), *Völkerrecht als Wertordnung : Festschrift für Christian Tomuschat*, N.P. Engel Verlag, Kehl, 2006, p. 608.

parts du capital sont détenues à leur tour par des nationaux d'un ou plusieurs Etats tiers, voire même parfois de l'Etat de nationalité de la société directement lésée par la mesure étatique contestée. Dans de tels cas de figure, le statut de « véritables investisseurs » du premier cercle d'actionnaires ou d'associés qui prétendent disposer d'un titre juridique valable pour agir en protection des droits de la société directement lésée est fortement remis en cause (**Section 2**).

SECTION 1
LES MÉCANISMES CONVENTIONNELS ACCORDANT DES DROITS AUX ASSOCIÉS VIS-À-VIS DES ACTIFS DE LEUR SOCIÉTÉ

588. Pour savoir si un traité de protection des investissements étrangers confère une capacité aux associés ou aux actionnaires d'une société constituée en vertu de la législation d'un Etat étranger d'agir à sa place pour la protection des droits, biens ou avoirs faisant partie de son patrimoine, l'interprète doit s'intéresser à la manière dont les dispositions de cet instrument sont formulées **(Paragraphe 1)**. Même s'il résulte de l'analyse des termes d'une convention qu'une telle faculté est reconnue aux détenteurs de titres sociétaux, ils ne pourront au final prétendre d'être indemnisés que pour la partie du préjudice correspondant à leur propre part de participation au capital de la société lésée (**Paragraphe 2**).

PARAGRAPHE 1
LES ÉLÉMENTS PERMETTANT DE CONCLURE À UNE EXTENSION GÉNÉRALE DES DROITS DES ASSOCIÉS VIS-À-VIS DES ACTIFS DE LEUR SOCIÉTÉ

589. Pour qu'un associé puisse invoquer des droits vis-à-vis d'un investissement détenu formellement par la société dont il détient des parts sociales, la réunion de deux conditions est nécessaire. Il faut tout d'abord qu'une clause conventionnelle expresse dérogeant à la règle générale ayant instauré une séparation entre les patrimoines des sociétés et de leurs associés soit prévue par un accord conclu entre l'Etat national de l'associé et l'Etat de territorialité de l'investissement faisant partie des actifs de la

société (**A**). Il faut ensuite que l'associé exerce un contrôle sur la société à la place de laquelle il souhaite agir pour la protection de l'investissement affecté en règle générale au patrimoine de cette dernière, mais vis-à-vis duquel la convention applicable a conféré des droits au profit de l'associé (**B**).

A. L'existence d'une clause conventionnelle dérogeant à la règle générale de séparation des patrimoines de la société et de ses associés

L'extension des droits des détenteurs étrangers de titres sociétaux vis-à-vis des actifs de leur société résulte de la manière particulière dont un accord conventionnel décrit le lien qu'il vise à protéger entre un investissement et la personne désignée comme titulaire de celui-ci. A titre d'exemple, le traité sur la Charte de l'énergie prévoit qu'il s'applique à l'égard de tout investissement « détenu ou contrôlé directement ou indirectement par un investisseur » d'un autre Etat contractant[744]. De même le modèle de traité bilatéral d'investissements des Etats-Unis prévoit que le terme: « *"investment" means every asset that an investor owns or controls, directly or indirectly, that has the characteristics of an investment* »[745].

590. La même formule « *owned or controlled directly or indirectly* » accompagnée par la précision « *by nationals or companies of the other Party* » a été retenue également par l'article I.1.a) du traité bilatéral conclu entre les Etats-Unis et l'Argentine[746]. Cette dernière disposition est devenue l'objet de nombreux litiges ayant opposé l'Argentine à des investisseurs américains en raison des mesures économiques d'urgence que ce dernier pays avait adoptées au début des années 2000 pour lutter contre la crise financière qui avait paralysé son économie. Dans le cadre de l'un de ces différends, la société américaine *Azurix* avait acquis, via plusieurs autres entités intermédiaires, 90% du capital de la société de droit argentin, ABA, intervenant dans le secteur de distribution d'eau et de traitement des eaux usées[747]. Azurix alléguait le non-respect par l'Argentine de ses obligations découlant d'un contrat de concession conclu avec ABA.

[744] Article I (6) du traité sur la Charte de l'énergie. Voir dans le même sens l'Accord de libre échange nord-américain (ALENA). L'article 1101.1.b) de ce dernier prévoit qu'il s'applique à l'égard de toute mesure adoptée ou maintenue par l'une des Parties contractantes concernant « les investissements effectués par les investisseurs d'une autre Partie ». L'article 1139 précise que « investissement effectué par un investisseur d'une Partie désigne un investissement possédé ou contrôlé, directement ou indirectement, par un investisseur de cette Partie ; ».
[745] Article I du modèle de traité bilatéral d'investissements des Etats-Unis de 2012.
[746] Traité bilatéral d'investissements signé le 14 novembre 1991 à Washington et entré en vigueur le 20 octobre 1994.
[747] CIRDI, *Azurix c. Argentine*, décision sur la compétence du 8 décembre 2003, Aff. n° ARB/01/12, §§ 19-22.

Le tribunal saisi a condamné l'Argentine, mais cette dernière a formulé une demande d'annulation de la sentence rendue à son encontre devant un comité *ad hoc.* L'un des motifs de ce recours en annulation était lié à l'objet de la requête arbitrale introduite par Azurix. Les arbitres du Comité ont estimé à ce sujet que :

> « *Although assets of ABA would as a matter of law belong to ABA and not to Azurix, Azurix nonetheless had, by virtue of its controlling shareholding in ABA, "interests in the assets" of ABA (Article I(1)(a)(ii)), and through that shareholding indirectly controlled those assets (Article I(1)(a), chapeau). Assets of Azurix would also be an "investment" of Azurix for the purposes of the BIT. Additionally, the legal and contractual rights of ABA (Article I(1)(a)(v)), including the rights of ABA under the Concession, being indirectly controlled by Azurix through its majority shareholding in ABA (Article I(1)(a), chapeau), would similarly be "investments" of Azurix for the purposes of the BIT* »[748].

591. Il importait peu de savoir si l'actionnaire américain, Azurix, détenait la majorité du capital de la société argentine, ABA, de manière directe ou via des entités intermédiaires. Dans tous les cas, en raison du fait que le traité conclu entre les Etats-Unis et l'Argentine conférait la capacité aux investisseurs américains d'agir en protection des tous les investissements qu'ils possédaient directement ou indirectement en territoire argentin, et en raison du contrôle qu'elle exerçait sur ABA, la société Azurix a été qualifiée de titulaire – ou plus précisément de l'un des titulaires – des droits contractuels souscrits par sa filiale argentine.

592. Les dispositions conférant une capacité aux détenteurs étrangers de titres sociétaux d'agir en protection des droits ou des avoirs de leurs sociétés ne sont pas néanmoins toutes formulées en termes aussi larges et explicites que les articles précités. A titre d'illustration, l'article 1(a) de l'accord bilatéral liant les Pays-Bas à la Slovaquie prévoit que « *the term 'investments' shall comprise every kind of asset invested either directly or through an investor of a third State* »[749]. Sur le fondement de ce traité, la société *HICEE* incorporée aux Pays-Bas a déposé une demande arbitrale à l'encontre de la Slovaquie[750] au motif que les autorités de cet Etat avaient adopté certaines mesures contraires à ses obligations conventionnelles visant deux sociétés slovaques, Dôreva et

[748] CIRDI, *Azurix c. Argentine*, décision sur la demande d'annulation du 1er septembre 2009, Aff. n° ARB/01/12, § 94.
[749] Traité bilatéral d'investissements entre les Pays-Bas et la Slovaquie signé le 29 avril 1991, et entré en vigueur le 1er octobre 1992.
[750] CNUDCI, *HICEE c. Slovaquie*, sentence partielle du 23 mai 2011, Affaire CPA n° 2009-11.

Apollo, opérant dans le secteur des assurances. Les parts sociales de ces dernières entités avaient été majoritairement détenues par une autre compagnie d'assurance slovaque, dont l'unique actionnaire était la requérante de la procédure. Le préjudice invoqué par HICEE résultait de la perte de la valeur des actions des sociétés Dôreva et Apollo. La Slovaquie a contesté la qualité pour agir de la demanderesse en soulignant que HICEE n'avait pas réalisé son investissement via une entité créée en vertu de la législation d'un Etat tiers, mais via une société slovaque. Selon l'Etat défendeur, dans de telles conditions le traité applicable ne pouvait pas être considéré comme conférant des droits à la requérante sur les actions qu'elle possédait indirectement des sociétés prétendument lésées par les mesures ayant donné lieu au différend.

La demanderesse a soutenu en revanche que rien dans la manière dont les termes de l'article 1 (a) du traité applicable ont été formulés n'excluait du champ d'application de ce dernier les investissements réalisés à travers une filiale locale, consistant en la création de sous-filiales. En s'appuyant sur une opinion experte soumise par le Professeur SCHREUER au Tribunal, HICEE a allégué que cette disposition envisageait deux situations alternatives: celle dans laquelle l'investissement a été réalisé à travers une société créée dans un Etat tiers, et celle dans laquelle l'investisseur a investi directement en Slovaquie, sans passer par une entité intermédiaire située dans un Etats tiers, peu importe si cet investissement a été réalisé via d'autres sociétés créées en vertu de la législation slovaque[751]. Le tribunal a considéré que les deux interprétations de la disposition litigieuse qui lui ont été proposées étaient possibles[752]. Il a fondé sa solution essentiellement sur une note interprétative établie par le Ministère des affaires étrangères des Pays-Bas à l'intention du Parlement de celui-ci pour le besoin du vote de ratification du traité par les députés. En vertu de celle-ci:

> « *Article 1 provides a description of various terms used in the Agreement. The Agreement covers direct investments and investments made through a company in a third country. Normally, investment protection agreements also cover investments in the host country made by a dutch company's subsidiary which is already established in the host country ("subsidiary - sub-subsidiary" structure). Czechoslovakia wishes to exclude the "sub-subsidiary" from the scope of this Agreement, because this is in fact a company created by a Czechoslovakian legal entity, and Czechoslovakia does non want to grant, in particular, transfer rights to such company. This*

[751] *Ibid.*, §§ 51-53.
[752] *Ibid.*, § 116.

restriction can be dealt with by incorporating a new company directly from the Netherlands. As the restriction is therefore not of great practical importance, the Dutch delegation has consented to it. »[753]

593. La portée d'une autre disposition conventionnelle du même type a été analysée à l'occasion de l'affaire *Berschader c. Russie*[754]. En vertu du paragraphe premier de l'article I.2 du traité applicable en l'espèce, signé en 1989 entre l'URSS d'une part et la Belgique et le Luxembourg de l'autre, le terme « investissement » désignait toute sorte d'avoir investi par un investisseur de l'un des Etats contractants sur le territoire de l'autre Etat partie[755]. Le deuxième paragraphe de la même disposition précisait toutefois que la protection dudit instrument s'étendait en outre aux investissements réalisés par un investisseur de l'un des Etats contractants sur le territoire de l'autre Etat contractant, via une société basée dans un Etat tiers. Les requérants en l'espèce étaient deux individus de nationalité belge qui étaient les actionnaires d'une société de construction créée également en vertu de la législation de la Belgique. En vertu de l'allégation des demandeurs, leur entreprise a été la victime d'une rupture contractuelle injustifiée par les autorités russes d'un contrat pour la construction de nouveaux bâtiments de la Cour Suprême de la Russie à Moscou.

594. Le tribunal a tout d'abord fait le constat selon lequel les actions de la société belge victime des mesures litigieuses ne pouvaient pas être qualifiés d'investissement protégé en vertu des termes du traité applicable, puisqu'elles n'ont pas été acquises sur le territoire russe[756]. Il a ensuite fait remarquer, concernant les droits contractuels et les prétendues dettes de l'Etat défendeur vis-à-vis de la même société, que s'ils pouvaient sans doute être qualifiés d'une forme d'investissement en vertu de la définition de ce terme retenue par le traité, ils n'appartenaient pas aux demandeurs de la procédure mais à la personne morale signataire du contrat « *which is a separate legal entity from the Claimants* »[757]. Sur la base de ces différents éléments, les arbitres ont finalement interprété les termes de l'article I.2 du traité applicable de la manière suivante :

« *The question, nonetheless, remains as to whether any conclusions may be drawn from the fact that the Contracting Parties, when specifically*

[753] *Ibid.*, § 126.
[754] Institut d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm, *Vladimir Berschader et Moïse Berschader c. Russie,* sentence arbitrale du 21 avril 2006, Aff. n°080/2004.
[755] *Ibid.*, § 47
[756] *Ibid.*, § 121.
[757] *Ibid.*, § 122.

> *including indirect investments via third state intermediaries, did not expressly include indirect investments via companies incorporated in the investors' home states. The Tribunal does not find any reason to assume that the Contracting Parties took for granted that such investments were covered by the terms of the first paragraph of Article 1.2. Since, as discussed above, there are specific reasons for including in the Treaty the reference to indirect investments via third country intermediaries, that reference cannot be construed as simply being an expression of a general principle that all indirect investments are protected by the Treaty.* »[758].

A la différence donc de la solution retenue par le tribunal dans l'affaire *HICEE* précitée, fondée pour l'essentiel sur une note interprétative interne, celle des arbitres saisis dans l'affaire *Berschader* a une portée plus générale. Un investissement réalisé via une entité intermédiaire doit être exclu de l'application d'un traité, sauf si l'instrument conventionnel étend expressément son champ de protection vis-à-vis de ce type de liens de propriété indirects.

595. Enfin, un troisième type de dispositions conventionnelles confère la capacité aux détenteurs étrangers de titres sociétaux d'agir en protection pour certaines catégories d'avoirs seulement détenus par leurs sociétés. C'est, par exemple, le cas des clauses de définition du terme « investissement » prévues par certains traités conclus par la France. En vertu de ces dernières :

> « Le terme « investissement » désigne tous les avoirs, tels que biens, droits et intérêts de toute nature et, plus particulièrement mais non exclusivement :
> [...]
> b) Les actions, primes d'émissions et autres formes de participation, même minoritaires *ou indirectes*, aux sociétés constituées sur le territoire de l'une des Parties contractantes »[759].

596. Il découle du choix d'emplacement de l'adjectif *indirect* que ce dernier ne concerne que les « *actions, primes d'émissions, et autres formes de participation* » au capital des sociétés créées en vertu de la législation de l'autre Etat Partie. Autrement dit, si un investisseur français contrôle une personne morale incorporée dans un Etat tiers qui détient à son tour des parts du capital d'une société créée en vertu de la législation d'un

[758] *Ibid.*, § 142.
[759] Voir par exemple l'article 1.1.b) du traité bilatéral sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements signé entre la France et la Bosnie-Herzégovine le 12 décembre 2003 à Paris et entré en vigueur le 18 décembre 2005. C'est nous qui soulignons. Voir pour la même formulation l'article 1.2.b) du traité bilatéral signé entre l'Union économique belgo-luxembourgeoise et l'Argentine le 28 juin 1990 à Bruxelles et entré en vigueur le 20 mai 1994.

Etat co-contractant de la France, les nationaux français pourraient se prévaloir des garanties du traité en question concernant les participations sociétales qu'ils détiennent indirectement sur le territoire de l'autre Etat partie à un tel accord.

597. Pour autant, le tribunaux arbitraux ne tiennent pas toujours compte de cette limitation *expresis verbis*. Par exemple, dans le cadre de l'affaire *Total c. Argentine*, la compagnie française, leader dans le secteur de l'énergie, avait acquis, via une autre entité, environ 20 % des actions de la société de droit argentin, TGN. Cette dernière était la titulaire d'une licence pour la distribution de gaz dans son pays. Cependant, en raison de la crise économique et de la rupture de la parité entre le peso argentin et le dollar américain, le prix des services proposés par TGN a perdu de la valeur ce qui a provoqué des pertes financières importantes pour cette société. L'Argentine a contesté le titre juridique de Total d'agir à son encontre en raison du préjudice subi par TGN en alléguant que :

> « *a minority shareholder is not legally protected in respect of measures that cause prejudice to the local company in which such shareholding is owned by the other country's investor, as long as the latter's legal rights as an owner of those shares are not thereby affected in breach of the BIT* »[760].

598. Le tribunal arbitral a en revanche jugé recevable la requête de la personne morale française au motif qu'en vertu de l'article 1.1.b)[761] du traité entre la France et l'Argentine tout investisseur français avait la capacité pour agir en protection des participations sociétales dont il disposait, même de manière indirecte, sur le territoire argentin[762]. Par la suite, dans le cadre de leur décision portant sur le fond, les arbitres ont considéré que le refus des autorités publiques argentines de réajuster les tarifs de gaz de manière à ce que TGN puisse couvrir ses dépenses d'exploitation ainsi que percevoir un retour raisonnable sur son investissement constituait une violation par l'Argentine de son obligation de garantir un traitement juste et équitable vis-à-vis de…Total[763]. Or, rien dans le texte du traité applicable ne permettait de considérer Total comme titulaire des droits garantis à la société locale ayant ayant noué des relations contractuelles avec l'Argentine. Les seuls droits qui pouvaient être invoqués par Total ressortaient de la propriété indirecte sur ses actions au capital de TGN, ainsi que des prérogatives que ces

[760] CIRDI, *Total c. Argentine*, décision sur la compétence du 25 août 2006, Aff. n° AB/04/1, § 70.
[761] Cet article avait été rédigé exactement de la même manière que la clause de définition d'investissement précédemment citée, v. traité bilatéral d'investissements entre la France et l'Argentine signé à Paris le 3 juillet 1991 et entré en vigueur le 3 mars 1993.
[762] *Ibid.*, § 75.
[763] CIRDI, *Total c. Argentine,* décision sur la responsabilité du 27 août 2010, Aff. n° AB/04/1, §§ 166-184.

dernières lui conféraient dans le cadre du fonctionnement interne de l'entreprise.

599. De la même manière, dans le cadre de l'affaire *SAUR c. Argenine* rendue toujours sur la base du traité bilatéral conclu entre la France et l'Argentine, la société française Sauri avait acquis une participation minoritaire et indirecte au capital d'une société de droit argentin, OSM, qui était concessionnaire de l'approvisionnement d'eau pour l'une des provinces en Argentine. Bien que dans sa décision sur la compétence le tribunal avait précisé que la seule entité qui pouvait exiger le respect des droits contractuels était OSM[764], dans le cadre de sa décision portant sur le fond les arbitres ont estimé que « Sauri a été propriétaire à un moment donné, au travers d'OSM, d'une participation indirecte de 32,08 % dans la Concession »[765], et que par conséquent l'intervention administrative de l'Etat dans la gestion de celle-ci avait entraîné la dépossession de « la participation indirecte dans le contrat de Concession dont Sauri, un investisseur protégé, était titulaire »[766]. Là encore, la même observation s'impose. En vertu des termes explicites de l'article 1.1.b) du traité bilatéral applicable Sauri ne pouvait être considéré comme titulaire que des actions qu'elle détenait indirectement au sein d'OSM, et non pas des droits et avoirs faisant partie du patrimoine de cette dernière.

600. Un autre élément perturbant, dans le cadre de ces deux dernières affaires, était le fait que ni Total, ni Sauri n'exerçaient un contrôle sur les sociétés argentines directement lésées par les faits attribuables à l'Argentine. Dans de telles circonstances, les demandeurs n'auraient pas dû être considérés comme des détenteurs indirects des droits ou avoirs appartenant à leurs filiales respectives.

B. La nécessité pour les détenteurs étrangers de titres sociétaux d'exercer un contrôle sur la société à la place de laquelle ils souhaitent agir

601. La capacité des détenteurs de titres sociétaux d'invoquer des droits appartenant normalement aux sociétés dont ils détiennent des parts du capital leur est reconnue sur la base des dispositions conventionnelles étendant la protection d'un traité à l'égard

[764] CIRDI, *SAUR International c. Argentine*, décision sur la compétence du 27 février 2006, Aff. n° ARB/04/4, § 89.
[765] CIRDI, *SAUR International c. Argentine*, décision sur la compétence et la responsabilité du 6 juin 2012, Aff. n° ARB/04/4, § 381. C'est nous qui soulignons.
[766] *Ibid.*, § 384. En plus, sur la base d'un raisonnement comparable de celui tenu par le tribunal dans l'affaire *Total c. Argentine* précitée, les arbitres dans l'espèce commentée ont conclu en outre à une violation par l'Argentine de son obligation conventionnelle relative au traitement juste et équitable vis-à-vis de SAURI, en raison notamment du refus des autorités publiques argentines de réajuster les tarifs proposés par OSM pour l'accomplissement de ses services, *ibid.*, § 502.

d'investissements que ces associés sont censés détenir ou contrôler indirectement.

602. Une clause de ce type est par exemple celle prévue par le traité bilatéral conclu entre l'Allemagne et la Chine, en vertu de laquelle :

> « *the term "investment" means every kind of asset invested directly or indirectly by investors of one Contracting Party in the territory of the other Contracting Party* »[767].

603. Un protocole joint à cet accord précise que :

> « *"Invested indirectly" means invested by an investor of one Contracting Party through a company which is fully or partially owned by the investor and having its seat in the territory of the other Contracting Party* »[768].

Selon une autre formulation retenue par un grand nombre de traités bilatéraux conclus par les Etats-Unis :

> « *"investment" of a national or company means every kind of investment owned or controlled directly or indirectly by that national or company* »[769].

604. Concernant l'interprétation accordée à ces dispositions par la jurisprudence arbitrale, le tribunal constitué à l'occasion de l'affaire *El Paso c. Argentine* a considéré que :

> « *The words "owned or controlled," read in conjunction with the words "directly or indirectly," suggest that the "investment" may be one made by a foreign national or a company incorporated under the laws of the host State but wholly or partly controlled by persons of the other Contracting State* »[770].

605. Il en découle que pour qu'un détenteur de titres sociétaux puisse être considéré comme contrôlant ou possédant indirectement les avoirs de sa société, il lui faudra au préalable démontrer que le pourcentage de ses parts au capital lui permet d'exercer un contrôle

---

[767] Article 1.1 du traité bilatéral de protection des investissements étrangers signé entre l'Allemagne et la Chine le 1er décembre 2003 à Beijing, et entré en vigueur le 11 novembre 2005.

[768] *Ibid.*, Ad Article 1.(b) du Protocole joint au traité. Là encore, on peut observer que certaines mentions restreignent la portée de la clause. Un investissement indirect ne sera protégé que s'il est réalisé via par les nationaux de l'un des Etats contractant via une société créée en vertu de la législation de l'autre Etat contractant, à condition que cette dernière a placé son siège social sur le territoire de ce même Etat. ci.

[769] Voir à titre d'exemple l'article I.d) du traité bilatéral signé entre les Etats-Unis et l'Azerbaïdjan le 1er août 1997 à Washington et entré en vigueur le 2 août 2001. Voir dans le même sens, l'article 1 du traité bilatéral entre les Etats-Unis et le Rwanda signé le 19 février 2008 à Kigali, et entré en vigueur le 1er janvier 2012.

[770] CIRDI, *El Paso c. Argentine*, sentence du 31 octobre 2011, Aff. n° ARB/03/15, § 201.

sur cette société[771]. IL ressort pour autant de l'étude de la pratique contentieuse que cette condition ne constitue pas toujours un prérequis imposé à la partie demanderesse par les tribunaux.

606. A titre d'illustration, dans l'affaire ayant opposé l'entreprise américaine *CMS à l'Argentine*, CMS ne détenait que 29,42% du capital de la société de droit argentin TGN qui était la bénéficiaire d'une licence administrative pour la distribution de gaz. L'Argentine a contesté la recevabilité de la requête arbitrale dirigée à son encontre par l'actionnaire américain en alléguant que « *TGN being the licensee, and CMS only a minority shareholder in this company, only TGN could claim for any damage suffered.* »[772]. CMS a soutenu ne pas invoquer des droits appartenant à la société argentine bénéficiaire des droits de service public, mais ses propres droits découlant de sa participation dans le capital de cette dernière. Selon la demanderesse, les mesures adoptées par l'Argentine lui causaient un dommage direct et non pas indirect[773]. La question s'est alors posée de savoir quelle était la nature de ces droits directs que l'actionnaire américain prétendaient avoir été lésés en l'espèce. Selon l'Argentine, la demande de ce dernier devait concerner uniquement des mesures étatiques « *affecting the shares as such, for example, expropriation of the shares or interference with the political and economic rights tied to those shares* ».[774].

607. Il nous est difficile de ne pas admettre le bienfondé d'une telle affirmation. L'objet de la demande de la requérante ne se limitait en effet pas uniquement à la violation de la disposition du traité régissant la question de l'expropriation[775]. CMS avait invoqué en outre la violation à son égard de l'obligation conventionnelle de l'Argentine de lui garantir un traitement juste et équitable, au motif que les mesures d'urgence adoptées

---

[771] Un tel contrôle peut aussi être exercé de manière indirecte. A titre d'exemple dans le cadre de l'affaire *African Holding c. République démocratique du Congo* le tribunal a considéré d'une part que les deux requérants de nationalité américaine ne disposaient de manière directe que d'une action chacun du capital d'une société congolaise, ce qui représentait pratiquement 0% de l'ensemble des actions souscrites, et ne pouvaient donc pas être considérés comme des propriétaire indirects de son patrimoine social. Les arbitres ont toutefois constaté dans un deuxième temps que les requérants détenaient en outre, et de manière indirecte, 99% du capital de cette même société via une entité intermédiaire incorporée aux Iles Caïmans. Il a alors accepté la recevabilité de leur requête, v. CIRDI, *African Holding c. République démocratique du Congo*, sentence sur les déclinatoires de compétence et la recevabilité du 29 juillet 2008, Aff. n°ARB/05/21, §§ 96-97.

[772] CIRDI, *CMS Gaz Transmission Company c. Argentine*, décision sur la compétence du 17 juillet 2003, Aff. n° ARB/01/8, § 36.

[773] *Ibid.*,§ 40.

[774] *Ibid.*, § 59.

[775] La demanderesse avait, entre autres, soutenu qu'elle était victime d'une expropriation indirecte, or ses allégations ont été jugées infondées par le tribunal, v. CIRDI, *CMS c. Argentine,* sentence arbitrale du 12 mai 2005, Aff. ARB/01/8, §§ 252-264.

par cet Etat avaient frustré ses attentes légitimes. De manière étonnante à notre sens, le tribunal a accepté de se prononcer sur cette dernière allégation en estimant que l'Argentine s'était engagée, en vertu des termes de la licence administrative qu'elle avait octroyée en faveur de la société locale TGN, de garantir l'application des tarifs en dollars américains pour les services rendus par cette société, ainsi que de lui permettre de procéder à des réajustements de ses prix afin de couvrir ses coûts d'exploitation[776]. En réponse à la réplique émise par l'Argentine selon laquelle tous ces droits prévus par la licence administrative appartenaient à la société TGN, et non pas à ses actionnaires, les arbitres ont énoncé qu'ils avaient déjà tranché ce point lié à la recevabilité de la demande de *CMS* dans leur décision portant sur les questions de compétence et qu'ils n'y reviendraient pas[777]. Force est cependant de constater que dans le cadre de cette dernière décision les arbitres n'avaient jamais indiqué que le demandeur pouvait se prévaloir des droits découlant de ladite licence. Même au contraire, le tribunal avait à ce stade de la procédure précisé que :

> « *Because, as noted above, the rights of the Claimant can be asserted independently from the rights of TGN and those relating to the License, and because the Claimant has a separate cause of action under the Treaty in connection with the protected investment, the Tribunal concludes that the present dispute arises directly from the investment made and that therefore there is no bar to the exercise of jurisdiction on this count.* »[778].

608. Or, cette distinction opérée initialement par les arbitres est restée lettre morte pour eux lorsqu'ils se sont penchés sur la nature exacte des droits invoqués par CMS qui, en vertu de leur raisonnement, ne se différenciaient point de ceux pouvant être invoqués par la société locale[779].

609. Pour justifier sa solution le tribunal dans cette affaire s'est référé à une sentence arbitrale antérieure rendue à l'occasion de l'affaire *Lanco c. Argentine*, « *where the same Argentina-United States BIT and the same definition of investment were*

---

[776] *Ibid.*, §§ 275-281. Voir dans le même sens une autre affaire traitant des droits d'un actionnaire américain minoritaire détenant de actions au capital d'une société de droit argentin, CIRDI, *Enron Corporation Ponderosa Assets, L.P. c. Argentine*, sentence arbitrale du 22 mai 2007, Aff. n° ARB/01/3, § 264.
[777] *Ibid.*, § 126.
[778] CIRDI, *CMS c. Argentine*, décision sur la compétence, *op.cit.*, § 68.
[779] Ce même tribunal a considéré ensuite que l'Argentine avait violé en outre la clause parapluie prévue par le traité applicable en vertu de laquelle les Etats parties à ce dernier s'engageaient à respecter toute obligation « *it may have entered into with regard to investments* » (artcile II(2)(c) du traité bilatéral conclu entre les Etats-Unis et l'Argentine).

interpreted »[780]. Dans le cadre de cette dernière, les arbitres avaient également admis la recevabilité de la demande d'un actionnaire américain ne détenant qu'environ 18 % d'une entreprise de droit argentin, dont l'objet avait été de mettre en cause certaines mesures étatiques ayant annulé les droits contractuels conférés à la société locale concernant la gestion d'un port à Buenos Aires. Or, pour arriver à cette solution, le tribunal avait auparavant constaté que l'actionnaire américain, *Lanco*, n'était pas seulement investisseur à ce dernier titre, mais était en outre lui-même partie au contrat de concession, en ayant apposé sa propre signature à côté de celle de la société droit argentin[781]. C'est donc sur cette base que les arbitres avaient conclu que:

> « *the investment by LANCO is not merely an investment in stock but also one made by, signing, along with other companies, a Concession Agreement with the Government of the Argentine Republic under which certain rights and obligations arise for the investor* »[782].

610. Rien de tel ne ressortait des faits de l'affaire CMS. Or, ce détail d'une importance décisive à notre avis n'a pas été jugé de nature à modifier la conclusion des arbitres saisis dans l'affaire CMS, qui ont estimé à ce propos que :

> « *Whether the protected investor is in addition a party to a concession agreement or a license agreement with the host State is immaterial for the purpose of finding jurisdiction under those treaty provisions, since there is a direct right of action of shareholders.* »[783].

611. Aucun fondement textuel ne permettait pour autant d'étendre ce droit d'action reconnu aux actionnaires vis-à-vis des droits de la société argentine, car ils n'exerçaient pas un contrôle sur cette dernière.

612. Dans le cadre de l'affaire *Enron c. Argentine*[784] la question s'est posée de nouveau à savoir quelle avait été la nature des droits pouvant être invoqués par un actionnaire américain minoritaire d'une société créée en vertu de la législation argentine qui était la titulaire de droits résultant d'une licence administrative. L'Argentine avait là encore soutenu que « *Claims by minority shareholders concerning measures that affect the corporation as a separate legal entity cannot be admissible in the context of the*

[780] CIRDI, *CMS c. Argentine*, décision sur la compétence, *op.cit.*, § 63.
[781] CIRDI, *Lanco International Inc. c. Argentine*, décision sur la compétence du 8 décembre 1998, Aff. n° ARB/97/6, § 12.
[782] *Ibid.*, § 15.
[783] CIRDI, *CMS c. Argentine*, décision sur la compétence, *op.cit.*, § 65.
[784] CIRDI, *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. c. Argentine*, décision sur la compétence du 14 janvier 2004, Affaire n°ARB/01/3.

Treaty. »[785]. Le tribunal n'a pas suivi ce raisonnement et a considéré, au contraire, que les droits dont un actionnaire, même minoritaire, était le titulaire ne se limitaient pas seulement à ses prérogatives dans la vie interne de la société. En vertu des termes employés par les arbitres :

> « *The equity investment was the vehicle through which a complex business relationship was developed and which can be affected in other of its elements by the measures questioned. This is the case, for example, of the measures affecting the tariff regime envisaged in the License, which is the key factor determining the success or failure of the investment in the equity of TGS.* »[786].

613. En vertu d'une telle interprétation les actions ne sont plus perçues comme un investissement à part, distinct d'autres biens ou avoirs faisant partie du patrimoine de la société. Les actions sont perçues comme un élément constitutif d'une opération d'investissement plus complexe réalisée par les actionnaires qui comprend l'ensemble des activités de la personne morale dans laquelle ils ont investi. Il s'en suit que lorsqu'une mesure étatique porte atteinte à un ou plusieurs des droits de cette entreprise, elle portera automatiquement atteinte aussi aux droits des actionnaires, perçus donc comme étant les véritables investisseurs. Or, quel est le fondement juridique qui permet au tribunal de considérer que les droits accordés à la société constituent également dont peuvent se prévaloir des actionnaires minoritaires de celle-ci ? S'il est vrai que l'article 1.a) de l'accord conclu entre l'Argentine et les Etats-Unis, qui était applicable en l'espèce, prévoit qu'un investissement peut prendre la forme d'un droit résultant d'un contrat ou d'une loi, le même traité prévoit surtout qu'un tel investissement doit être la propriété ou doit être contrôlé par un investisseur ayant la nationalité de l'autre Etat

[785] *Ibid.*, § 35.

[786] CIRDI, *Enron Corporation Ponderosa Assets, L.P. c. Argentine*, sentence arbitrale du 22 mai 2007, Aff. n° ARB/01/3, § 242. Voir pour des considérants d'autres tribunaux arbitraux allant dans le même sens : CNUDCI, *Sergei Paushok, CJSC Golden East Company, CJSC Vostokneftegaz Company c. Mongolie*, sentence sur la compétence et la responsabilité du 28 avril 2011 : « *In the present instance, Claimants' investment are the shares of GEM, a company incorporated under Mongolian law as required by that country in order to engage into the mining business and, through ownership of those shares, Claimants are entitled to make claims concerning alleged Treaty breaches resulting from actions affecting the assets of GEM, including its rights to mine gold deposits or its contractual rights and thereby affecting the value of their shares* », *ibid.*, § 202. ; CNUDCI, *ST-AD Gmbh c. Bulgarie*, décision sur la compétence du 18 juillet 2013 : « *In conclusion, the Tribunal considers that the Claimant made an investment when it acquired its shares of LIDI-R, and that the Tribunal has jurisdiction only to decide whether damages resulted for the Claimant from action attributable to the Bulgarian authorities – over which the Tribunal has jurisdiction – in relation to property belonging to LIDI-R, the company in which it owns shares, which affected the value of its shares.* », *ibid.*, § 284. Toutefois ce dernier tribunal a rajouté : « *Of course, the Tribunal has no jurisdiction to deal, in whatever manner, with property which does not belong to LIDI-R.* », *ibid.*

partie. Or, d'aucune manière, on ne peut considérer, au regard de cette dernière condition, qu'un actionnaire minoritaire américain peut être considéré comme titulaire des droits conférés à une personne morale de droit argentin qu'il ne contrôle même pas.

614. Que le titre pour agir en protection des droits appartenant en règle générale à une société, soit reconnu par un tribunal arbitral uniquement aux associés pouvant être considérés comme exerçant un contrôle sur celle-ci, ou bien également à ceux dont la participation au capital ne leur permet pas d'exercer un tel contrôle, les détenteurs de titres sociétaux ne pourront en tout état de cause demander une réparation à l'Etat auteur du fait ayant porté atteinte aux actifs de leur société qu'à proportion du préjudice qu'ils ont eux-mêmes subi personnellement, et non pas pour le préjudice total subi par leur entreprise.

PARAGRAPHE 2
LA RÉPARATION DUE À UN ASSOCIÉ EN CAS D'UNE ATTEINTE PORTÉE AUX ACTIFS DE SA SOCIÉTÉ

615. En vertu de l'article 31 alinéa 1er du projet d'articles de la Commission du droit international sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite, adopté en 2001, « L'Etat responsable est tenu de réparer intégralement le préjudice causé par le fait internationalement illicite ». Le point 5 des commentaires relatifs à cet article précise que « L'obligation de l'Etat responsable de réparer intégralement concerne le « préjudice causé par le fait internationalement illicite » ». Dans le cas d'une demande arbitrale formulée par un actionnaire ou un associé à la place d'une personne morale qu'il contrôle, pour une atteinte aux biens, avoirs ou droits de cette dernière, la violation par l'Etat d'accueil de l'investissement de l'une de ses obligations conventionnelles devrait alors avoir pour conséquence pour cet Etat de réparer le préjudice subi, non pas par la personne morale, mais par l'associé qui agit à sa place. La question se pose néanmoins de savoir comment évaluer ce préjudice propre de l'associé ou actionnaire demandeur. En suivant le raisonnement de certains tribunaux et de certains auteurs, la formule est simple. Le préjudice à réparer serait celui correspondant à la fraction du dommage subie par la société lésée correspondant au pourcentage que l'associé-requérant détient au sein du capital de cette dernière. D'autres tribunaux ont suivi en revanche une logique de raisonnement différente qui ne semble tenir mieux compte de

la réalité de la répercussion des préjudices au sein d'une structure sociétale (**A**). Quelle que soit la technique adoptée, le principe est que l'associé, agissant à titre individuel à la place de sa société, ne pourrait en aucun cas réclamer la totalité du dommage subi par la personne morale. Ce premier cas de figure doit donc être distingué de celui prévu par certaines conventions qui confèrent une capacité aux associés d'une société lésée d'agir au nom de celle-ci à l'encontre de l'Etat auteur du fait internationalement illicite (**B**).

A. L'évaluation du préjudice individuel subi par l'associé d'une société.

616. Les investissements protégés par un traité peuvent prendre diverse formes. Il peut s'agir de biens, de droits contractuels, de droits conférés par la loi ou encore de simples créances. Lorsqu'un traité précise qu'il protège aussi bien les investissements détenus ou contrôlés directement que ceux détenus ou contrôlés indirectement, il étend sa protection vis-à-vis de tout actionnaire ou associé qui contrôle une société détenant directement un tel droit ou avoir. Autrement dit, toute atteinte portée par un Etat aux droits d'une telle société, constituerait également une atteinte à l'encontre des droits des actionnaires ou associés de cette entité. Ces derniers pourront alors adresser une demande de réparation à l'encontre de l'Etat fautif. En vertu du principe énoncé en matière de responsabilité par l'arrêt rendu par la Cour permanente de Justice internationale dans l'affaire l'*Usine de Chorzow,* un Etat fautif :

> « doit, autant que possible, effacer toutes les conséquences de l'acte illicite et rétablir l'état qui aurait vraisemblablement existé si ledit acte n'avait pas été commis. Restitution en nature, ou, si elle n'est pas possible, paiement d'une somme correspondant à la valeur qu'aurait la restitution en nature; allocation, s'il y a lieu, de dommages-intérêts pour les pertes subies et qui ne seraient pas couvertes par la restitution en nature ou le paiement qui en prend la place; tels sont les principes desquels doit s'inspirer la détermination du montant de l'indemnité due à cause d'un fait contraire au droit international »[787].

617. En tentant d' « effacer toutes les conséquences de l'acte illicite et rétablir l'état qui aurait vraisemblablement existé si ledit acte n'avait pas été commis », c'est bien à la situation initiale du détenteur de parts sociales qu'il faut songer, afin d'indemniser seulement son dommage et non pas celui subi par la société dont il détient une partie ou même la totalité du capital. Lorsque c'est la structure sociétale qui subit un dommage, la valeur des parts détenues par ses actionnaires ou associés peut connaître une chute. Une

[787] C.P.J.I., *Usine de Chorzow*, arrêt sur le fond, *Série A, n°17*, 1928, p. 47.

telle baisse peut être plus ou moins importante selon que le fait internationalement illicite commis par l'Etat à l'encontre des droits de la société[788] a eu pour effet de mettre fin à l'existence de celle-ci, ou bien lui a causé un dommage d'une moindre ampleur ne l'empêchant pas de poursuivre ses activités dans le même ou dans un autre secteur économique. Dans ce dernier cas de figure, et à plus forte raison si l'entreprise continue, malgré tout, à générer des bénéfices, il est peu probable que l'ensemble des pertes financières subies par celle-ci se répercute de façon proportionnelle sur la valeur des parts sociales composant son capital[789]. Il est même possible, que le dommage qu'elle a subi ne se répercute guère sur la valeur de ses parts si les acteurs intervenant sur le marché jugent qu'elle est en mesure de générer rapidement de nouveaux bénéfices à court ou à moyen terme.

618. Même lorsque la mesure étatique fautive a eu pour effet de mettre fin aux activités d'une société, le montant du dommage subi par l'entreprise ne devrait pas être proportionnellement répercuté pour évaluer le préjudice des propriétaires de son capital. Pour reprendre les termes du tribunal constituée à l'occasion de l'affaire *AAPL c. Sri Lanka* dans laquelle la totalité des biens de la société sri-lankaise Serendib ont été détruits lors d'un conflit armé interne :

> « *Certainly, all the physical assets of Serendib, as well as its intangible assets, have to be taken into consideration in establishing the reasonable value of what the potential purchaser could have been willing to offer on January 27, 1987 for acquiring AAPL's shares in Serendib. But the reasonable price should have reflected also Serendib's global liability at that date; i.e. the aggregate amount of the current debts, loans, interests, etc.. . due to Serendibi creditors*.»[790].

619. *A fortiori*, en soulignant le fait que la personne morale dont les droits ont été lésés était toujours en activité, le tribunal saisi dans l'affaire *Lemire c. Ukraine* a estimé que l'indemnisation due à l'actionnaire ne pouvait pas être calculée sur la seule base de la valeur marchande des biens sociétaux expropriés[791]. Les arbitres ont en effet considéré que la réparation due à M. Lemire devait être établie en soustrayant la valeur actuelle de ses actions au sein de la société lésée de la valeur qu'auraient dû avoir les mêmes

[788] Qui par le biais de l'extension conventionnelle précitée sont considérés aussi comme des droits dont les actionnaires peuvent aussi se prévaloir.
[789] Voir dans le même sens, MÜLLER (D.), *La protection de l'actionnaire en droit international*, *op.cit.*, pp. 377-378.
[790] CIRDI, *AAPL c. Sri Lanka*, sentence du 7 juin 1990, Aff. n° ARB/87/3, § 97.
[791] CIRDI, *Joseph Charles Lemire c. Ukraine*, sentence du 28 mars 2011, Aff. n° ARB/06/18, § 148.

actions si le fait illicite n'avait pas été commis par l'Etat défendeur[792].

620. Dans une autre affaire ayant opposé *Nycomb à Lettonie*, la demanderesse possédait entièrement le capital de la société lettone Windau et se plaignait du non-paiement à cette dernière des taxes pour la distribution d'électricité dont elle a été chargée. En évaluant le dommage subi par l'actionnaire, les arbitres ont considéré que :

> « *the reduced flow of income into Windau obviously does not cause an identical loss for Nykomb [*l'actionnaire*] as an investor. If one compares this with a situation where Latvenergo would have paid the double tariff to Windau, it is clear that the higher payments for electric power would not have flowed fully and directly through to Nykomb. The money would have been subject to Latvian taxes etc., would have been used to cover Windau's costs and down payments on Windau's loans etc., and disbursements to the shareholder would be subject to restrictions in Latvian company law on payment of dividends. An assessment of the Claimant's loss on or damage to its investment based directly on the reduced income flow into Windau is unfounded and must be rejected.* »[793].

621. Les dommages subis par la demanderesse dans cette affaire ont été évalués essentiellement sur la base des dividendes donc celle-ci aurait pu espérer recevoir si les revenus de la société qu'elle possédait avaient été plus importantes[794].

622. C'était également la méthode suivie par le tribunal arbitral constitué à l'occasion de l'affaire *LG&E c. Argentine*. La demanderesse en l'espèce avait soutenu que le dommage infligé à la société dans laquelle elle était actionnaire avait provoqué une chute de 93% de la valeur de ses actions. Pourtant, le Tribunal a trouvé que : « *the value of LG&E's investment has "rebounded" since the economic crisis and that the effect of the measures has not been permanent on the value of the Claimants' shares.* »[795]. Sur

---

[792] *Ibid.*, § 253. Voir pour une position allant plutôt dans le sens contraire : CIRDI, *Micula c. Roumanie*, sentence du 11 décembre 2013 : « *Indeed, while the Tribunal will not enter into the discussion of whether shareholder damages are equivalent to the damages suffered by the underlying company, the Tribunal is satisfied that, given the size of the Individual Claimants' shareholding in the EFDG (99.96%) companies, the Individual Claimants indirectly suffered at least a large part, if not virtually all, of the damage suffered directly by the Corporate Claimants.* », *ibid.*, § 1245.

[793] Institut d'arbitrage de la Chambre de Commerce de Stockholm, *Nykomb Synergetics Technology Holding AB c. Lettonie*, sentence du 16 décembre 2003, Aff. n° 118/2001, section 5.2, a)., p. 39.

[794] Toutefois, la base sur laquelle le tribunal a calculé le montant d'indemnité qu'il a attribué à l'actionnaire-demandeur n'était pas très claire en l'espèce. Les arbitres ont simplement précisé que : « *a discretionary award of one third of the estimated loss in purchase prices of electricity up to the time of this award may serve as a reasonable basis for quantification of the Claimant's assumed losses up to the time of this award, due to the Respondent's violations of its Treaty obligations.* », *ibid.*, section 5.1., b), p. 41.

[795] CIRDI, *LG&E c. Argentine*, sentence du 25 juillet 2007, Aff. n° ARB/02/1, § 47.

cette base, les arbitres ont considéré que : *« the actual damage inflicted by the measures is the amount of dividends that could have been received but for the adoption of the measures.* »[796].

623. Ce choix d'évaluation du dommage de l'actionnaire s'explique par le fait que si son indemnisation se fonde uniquement sur le calcul de la perte de la valeur de ses actions pendant la période qui suit instantanément la commission du fait illicite, il y a un risque que celui-ci s'enrichit indûment, surtout si cet actionnaire n'a pas vendu ses actions pendant cette période et qu'elles retrouvent leur valeur initiale, peu de temps après[797].

624. Quelle que soit la méthode choisie, nous sommes d'avis que lorsqu'un actionnaire ou associé étranger agit à la suite d'une atteinte causée à l'un de ses investissements indirects, son préjudice doit être évalué de la même manière que lorsqu'il agit en réparation d'une atteinte portée à la valeur ou à la propriété de ses parts du capital. La différence notable entre ces deux cas de figure est celle que lorsqu'un actionnaire ou associé se voit conférer la capacité d'agir à la place d'une personne morale, le constat de la violation des droits de cette dernière lui suffit pour réclamer une indemnité, et cela même si l'effet d'un tel dommage sur la valeur de ses propres parts du capital est négligeable. Alors que quand il agit uniquement en protection de ses droits d'actionnaire ou associé, une simple baisse de la valeur de ses titres, ne constitue généralement pas un élément constitutif d'une violation d'une obligation internationale de la part de l'Etat défendeur à son égard.

625. Pourtant, que l'objet de la demande d'un détenteur de titres sociétaux porte sur ses propres droits d'actionnaire ou associé ou bien sur les droits d'une société qu'il contrôle, certains tribunaux ont opté pour une méthode différente. Ils se sont notamment contentés d'évaluer le préjudice subi par la personne morale afin de l'attribuer ensuite, sans transformation aucune, à l'actionnaire ou associé demandeur en fonction du pourcentage de sa participation au sein du capital de la société lésée.

626. Ainsi, dans l'affaire *Siag et Vecchi c. Egypte*, les requérants possédaient la majorité du capital d'une société égyptienne qui était la propriétaire de terrains sur lesquels elle envisageait de construire un complexe touristique, mais qui ont été finalement

[796] *Ibid.*, § 48.
[797] Voir dans le même sens, RIPINSKY (S.), WILLIAMS (K.), *Damages in International Investment Law*, British Institute of international and comparative law, Londres, 2008, p. 159.

expropriés par l'Etat défendeur. En procédant à l'évaluation de la perte subie par les actionnaires de la société lésée à la suite de l'adoption par l'Egypte de sa mesure jugée contraire à ses obligations conventionnelles, le tribunal a estimé que « *any award made in favor of the Claimants should represent no more than 95.27% of the total loss suffered by Siag Touristic and Siag Taba in respect of the Property* »[798], car ce pourcentage correspondait à la participation des requérants au sein du capital de la personne morale propriétaire des terrains expropriés.

627. De même, à l'occasion de l'affaire *Bogdanov c. Moldavie*, l'arbitre unique a considéré que :

> « *In the practice of investment arbitration it is generally accepted that the shareholders may be awarded indirect damages. The remedy that may be claimed by the Foreign Investor, therefore is not limited to the damage directly affecting his rights as shareholder in the Local lnvestment Company but extends to any losses affecting the assets of the Local Investment Company [...] The indirect damage suffered by the Foreign Investor therefore corresponds, to the loss of the Local Investment Company.* »[799].

628. Or, s'il est vrai que beaucoup de traités en matière de protection des investissements permettent aux détenteurs du capital d'agir à la place d'une société qu'ils contrôlent pour la protection de leurs investissements indirects, rien dans le texte de ce type de dispositions ne nous permet d'affirmer, comme l'a fait le tribunal dans la solution précitée, que les actionnaires ou associés étrangers ont été mandatés également pour demander réparation pour le dommage intégral subi par leurs sociétés.

629. Nous adhérons par conséquent à la position à contre-sens adoptée par le tribunal saisi dans l'affaire *Encana c. Equateur*. Dans celle-ci, les arbitres ont notamment considéré que le traité bilatéral conclu entre le Canada et l'Equateur qui était applicable en l'espèce établissait clairement une distinction entre une perte ou un dommage subis par la filiale qui était la détentrice directe de l'investissement et une perte ou un dommage

---

[798] CIRDI, *Waguih Elie George Siag and Clorinda Vecchi c. Egypte*, sentence du 1er juin 2009, Aff. n° ARB/05/15, § 512.

[799] Institut arbitral de la chambre de commerce de Stockholm, *Iurii Bogdanov c. Moldavie*, sentence du 22 septembre 2005, point 5.1, pp. 18-19. C'est nous qui soulignons. Voir dans le même sens WALDE (Th. W.), SABAHI (B.), « Compensation, Damages and Valuation », *in* MUCHLINSKI (P.), ORTINO (F.), SCHREUER (Ch.) (dirs), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, 2008 : « Considering all aspects, it seems correct to apply rather a standardized approach to 'economic identity' and to presume, without detailed counter-proof, that the subsidiary's harm is economically equivalent to the harm suffered, and to be compensated, by the foreign owner pro rata commensurate with its share ownership. », *ibid.*, p. 1103.

subi directement ou indirectement par la maison-mère de celle-ci qui était la demanderesse dans la procédure. Sur cette base, ils ont estimé que dans certaines circonstances, la violation par l'Etat défendeur d'une de ses obligations conventionnelles vis-à-vis des droits de la société détentrice directe de l'investissement peut ne pas avoir pour effet de causer un dommage à l'actionnaire exerçant un contrôle sur cette dernière, « *where no consequence flowed from the breach either to the returns to the parent or to the share value of the subsidiary.* » [800]. De même, « *the measure of loss to the foreign investor might be different from that to the locally incorporated enterprise,* e.g. *in case of a majority owned enterprise or an enterprise required contractually to indemnify its parent for any loss.* »[801]. Ainsi, selon le tribunal, si l'actionnaire-demandeur n'arrivait pas à démontrer qu'il avait subi un dommage personnel en raison de l'atteinte des droits de la société qu'il contrôlait, sa demande, même si elle était recevable[802], devait être considérée comme étant sans objet lors de l'examen du différend sur le fond.

630. En affirmant cela, le tribunal a clairement mis en parallèle ce premier cas de figure dans lequel un actionnaire agissait en son propre nom, avec celui, également prévu par le traité conclu entre le Canada et l'Equateur, dans lequel un actionnaire étranger possédant la totalité ou la majorité du capital d'une société incorporée sur le territoire de l'Etat défendeur s'était vu conférer la capacité d'agir au nom de la personne morale. Dans le cadre de ce dernier type de recours cependant, en cas de gains de cause de la requête, c'était la société lésée qui restait la bénéficiaire de l'indemnité accordée pour le dommage qu'elle avait subi, et non pas l'actionnaire-demandeur qui agissait au nom de cette personne morale[803].

B. La possibilité pour un associé d'agir en réparation pour le préjudice subi par la société qu'il contrôle

631. Un certain nombre de traités en matière de protection des investissements étrangers

[800] CNUDCI, *EnCana Corporation c. Equateur*, sentence du 3 février 2006, § 118.
[801] *Ibid*.
[802] Car le traité applicable conférait bien la capacité en faveur des actionnaires ou associés étrangers d'agir en protections des investissements détenus par une société sur laquelle ils exerçaient un contrôle.
[803] L'article XIII.12.a) du traité bilatéral signé entre le Canada et l'Equateur le 29 avril 1996 à Quito et entré en vigueur le 6 juin 1997 prévoit : « Une plainte selon laquelle une Partie contractante a violé le présent accord et une entreprise dotée de la personnalité morale et dûment constituée en conformité avec les lois pertinentes de cette Partie contractante a subi des pertes ou des dommages en raison de cette violation peut être déposée par un investisseur de l'autre Partie contractante agissant au nom d'une entreprise dont l'investisseur est propriétaire ou actionnaire majoritaire, directement ou indirectement. Dans un tel cas :i) la sentence vise l'entreprise…».

prévoient la possibilité pour un détenteur de titres sociétaux d'agir devant un tribunal arbitral soit en son propre nom, lorsqu'un autre Etat partie au traité a porté atteinte à un investissement qu'il possède ou contrôle indirectement, soit au nom de l'entreprise qu'il contrôle et qui détient directement ce même investissement.

632. A titre d'exemple, l'article 1116(1) de l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA) prévoit qu' « Un investisseur d'une Partie peut soumettre à l'arbitrage, en vertu de la présente section, une plainte selon laquelle une autre Partie a manqué à une obligation » vis-à-vis d' « un investissement possédé ou contrôlé directement ou indirectement »[804] par lui. Ce même article précise également qu'une telle plainte ne pourra être formulée que lorsque c'est l'investisseur qui agit qui « a subi des pertes ou des dommages en raison ou par suite de ce manquement ». En cas de défaut de cette dernière condition, l'article 1117(1) de l'ALENA prévoit en outre qu'« [u]n investisseur d'une Partie, agissant au nom d'une entreprise d'une autre Partie qui est une personne morale que l'investisseur possède ou contrôle directement ou indirectement, peut soumettre à l'arbitrage, en vertu de la présente section, une plainte selon laquelle l'autre Partie a manqué à une obligation » découlant de la Section A du Chapitre 11 du présent traité « et que l'entreprise a subi des pertes ou des dommages en raison ou par suite de ce manquement ». Dans ce dernier cas de figure, en vertu de l'article 1135(2) du même accord, l'ordonnance de restitution des biens ou des dommages pécuniaires doit préciser que la restitution ou l'indemnisation accordée devront être faite ou attribuée à l'entreprise lésée, et non pas à l'actionnaire qui a agi en son nom[805].

633. A l'occasion de l'affaire *Mondev c. Etats-Unis d'Amérique* rendue sur le fondement de l'ALENA, le tribunal saisi a considéré que la différence essentielle entre une demande formulée sur la base de l'article 1116 et une requête déposée sur la base de l'article 1117 :

> « *relates to the treatment of any damages recovered. If the claim is brought under Article 1117, these must be paid to the enterprise, not to the investor. (see Article 1135(2)). This would enable third parties with, for example, security interests or other rights against the enterprise to seek to satisfy these out of the damages paid. It could also make a difference in terms of*

[804] Voir l'article 1139 du même accord.

[805] Voir dans le même sens, les articles 10.15 (b) et 10.25 (2) de l'Accord de libre échange conclu entre les Etats-Unis et le Chili signé le 6 juin 2003 à Miami et entré en vigueur le 1er janvier 2004 ; voir aussi les articles 23 et 44 (2) du modèle du traité bilatéral en matière de protection des investissements du Canada de 2004.

the tax treatment of those damages »[806].

634. En cas de gain de cause de son recours, l'actionnaire ou l'associé étranger, même s'il est formellement titulaire de la requête arbitrale, n'aura donc pas la mainmise sur les indemnités accordées par le tribunal au titre de réparation du préjudice subi par la société au nom de laquelle il a porté son action. Les dédommagements entreront dans le patrimoine de la personne morale lésée et pourront donc faire l'objet de saisie de la part des différents créditeurs de celle-ci, ainsi que de différentes taxes applicables sur le territoire où cette société est incorporée. Ce n'est que dans un deuxième temps que le ou les actionnaires ou associés majoritaires qui étaient à l'initiative de l'introduction de la demande arbitrale, pourront, conformément aux procédures internes de prise de décisions au sein de la société, s'octroyer et partager le reste des indemnités sous la forme de dividendes. D'un autre côté, en fonction des obligations et des dettes existantes de l'entreprise lésée, cette voie pourrait aussi s'avérer plus intéressante pour un actionnaire qui possède la totalité ou la majorité du capital d'une société, surtout dans un cas où le dommage subi par la société qu'il contrôle n'a pas eu pour effet de lui causer un dommage personnel, c'est-à-dire n'a pas provoqué une baisse de la valeur de ses actions.

635. Ces dispositions conférant la faculté à un associé étranger d'agir au nom d'une société qu'il contrôle peuvent être comparées et rapprochées avec un autre type de clauses conventionnelles qui déterminent quant à elles la nationalité d'une personne morale créée en vertu de la législation de l'Etat d'accueil d'un investissement en fonction de l'origine du contrôle exercé sur elle. L'article 25(2)(b) de la Convention de Washington ayant donné naissance au CIRDI prévoit notamment que le terme ressortissant d'un Etat contractant s'entend comme :

> « toute personne morale qui possède la nationalité d'un Etat contractant autre que l'Etat partie au différend à la date à laquelle les parties ont consenti à soumettre le différend à la conciliation ou à l'arbitrage et toute personne morale qui possède la nationalité de l'Etat contractant partie au différend à la même date et que les parties sont convenues, aux fins de la présente Convention, de considérer comme ressortissant d'un autre Etat contractant en raison du contrôle exercé sur elle par des intérêts étrangers ».

636. Un tel accord pourrait résulter d'une clause contractuelle entre un investisseur et un

[806] CIRDI (mécanisme supplémentaire), *Mondev International Ltd c. Etats-Unis d'Amérique*, sentence du 11 octobre 2002, Aff. n° ARB(AF)/99/2, § 84.

Etat, mais aussi d'une clause prévue par un traité interétatique[807]. Une société incorporée dans l'Etat d'accueil de son investissement qui subit un dommage pourrait alors se prévaloir de la nationalité de ses détenteurs du capital étrangers pour formuler une demande de réparation à l'encontre de l'Etat de son incorporation. La seule différence avec l'hypothèse précédemment envisagée est que dans ce dernier cas c'est la société lésée qui sera la titulaire de sa demande. Toutefois, toute plainte de ce type introduite par une telle entité sera dans les faits initiée par les détenteurs étrangers de son capital, et c'est sans doute eux qui seront les principaux intéressés, et le cas échéant, bénéficiaires d'une telle action.

637. Permettre à une société de déterminer sa nationalité en fonction de celle des personnes qui la contrôlent, ou permettre au propriétaire des parts sociales d'agir en protection des droits et avoirs de sa société, constitue sans doute une évolution importante par rapport aux principes généraux régissant ces notions de nationalité et de personne morale en droit international. A première vue de tels aménagements conventionnels ont pour effet d'assurer une protection réelle aux « véritables investisseurs »[808] - les détenteurs du capital d'une société – aux personnes qui « constituent la réalité qu'abrite la façade sociétale » [809]. Pourtant, il arrive régulièrement dans la pratique que la majorité ou la totalité du capital d'une société soit détenu ou contrôlé par plusieurs actionnaires successifs structurés en chaine qui sont eux-mêmes des personnes morales. Le capital de la société directement lésée créée en vertu de la législation d'un Etat A est détenu directement par une autre personne morale créée en vertu de la législation d'un Etat B. Ses parts sociales sont à son tour détenues par une personne morale d'un Etat C, elle-même contrôlée par une personne morale d'un Etat D, et ainsi de suite. Chacun de ces actionnaires successifs pourraient le cas échéant, sur la base d'un traité bilatéral d'investissements conclu entre son Etat national et l'Etat d'incorporation de la première société lésée, revendiquer un statut d'investisseur indirect concernant les droits et les avoirs de cette dernière. Une telle situation entraîne le risque pour les Etats d'accueil d'investissements de devoir faire face à plusieurs réclamations fondées cependant sur les mêmes faits et portant sur le même investissement. Peut-on alors toujours continuer

[807] CIRDI, *Antoine Goetz et consorts c. Burundi*, sentence du 10 février 1999, Aff. n° ARB/95/3, §§ 88-89.
[808] Voir notamment SCHREUER (Ch.), « Shareholder Protection in International Investment Law », *in* DUPUY (P.-M.), FASSBENDER (B.), SHAW (M.N.), SOMMERMANN (K.-P.) (dir.), *Völkerrecht als Wertordnung : Festschrift für Christian Tomuschat*, N.P. Engel Verlag, Kehl, 2006, p. 608.
[809] CIJ, *Barcelona Traction*, *op.cit.*, § 45.

à affirmer aujourd'hui que l'instauration d'un tel système a pour effet de protéger le véritable investisseur ?

SECTION 2

LES PROBLÈMES JURIDIQUES RÉSULTANT DE L'EXTENSION DES DROITS DES ASSOCIÉS VIS-À-VIS DES ACTIFS DES SOCIÉTÉS QU'ILS CONTRÔLENT

638. L'extension des droits des propriétaires d'actions ou de parts sociales sur des investissements qu'ils détiennent ou contrôlent indirectement, c'est à dire à travers des sociétés intermédiaires, a été justifiée par la volonté des Etats créateurs de telles normes de dépasser les fictions juridiques dans le but d'une meilleure protection des véritables investisseurs[810].

639. A titre d'illustration, le tribunal arbitral constitué à l'occasion de l'affaire *Camuzzi c. Argentine* a estimé à ce sujet que :

> « *The Tribunal cannot ignore the definition of investment included in the Treaty because, as the tribunal indicated in Azurix, broad definitions of this kind are intended to facilitate agreement between the parties so as to prevent the corporate personality from interfering with the protection of the real interests associated with the investment* »[811].

640. Il est pourtant plus que douteux que ce mécanisme de protection des investissements indirects réussisse à atteindre, et même vise réellement de tels objectifs. Dans son ouvrage analysant les dispositions prévues par les différents modèles américains de traités bilatéraux en matière d'investissement Kenneth J. VANDEVELDE a ainsi considéré que la clause étendant le champ de protection conventionnelle vis-à-vis de tous les investissements « contrôlés ou possédés directement ou indirectement » par des nationaux américains ou par des sociétés créées en vertu de la législation des Etats-Unis, avait un double effet. D'une part, elle permettait de garantir la protection des ressortissants américains lorsqu'ils ont réalisé leur investissement « *through*

[810] SCHREUER (Ch.), « Shareholder Protection in International Investment Law », *op.cit.*, p. 608.

[811] CIRDI, *Camuzzi c. Argentine*, décision sur la compétence du 11 mai 2005, Aff. n°ARB/03/2, § 58, se référant à CIRDI, *Azurix c. Argentine*, décision sur la compétence du 8 décembre 2003, Aff. n° ARB/01/12, § 64. Voir pour exactement le même raisonnement mais relatif cette fois-ci à une situation dans laquelle c'est la nationalité de la société locale lésée qui est déterminée en fonction de celle des actionnaires qui la contrôlent (situation prévue notamment par l'article 25(2)(b) de la Convention de Washington), CIRDI, *CMS c. Argentine*, décision sur la compétence du 17 juillet 2003, Aff. n° ARB/01/8, § 51.

subsidiaries or affiliates, whenever located ». Or, d'autre part la portée de cette même disposition était telle que :

> « *it is not necessary that the U.S. company itself be the ultimate owner or controller of the investment. Under the U.S. BIT, a company is a U.S. company if it is incorporated under U.S. law…The fact that one or more foreign investors owns or controls the U.S. company does not in itself detract from its status as a U.S. company under the U.S. BIT, nor does it in itself remove investments owned or controlled by the U.S. company from treaty protection. In other words, the requirement to own or control the investment is satisfied where the investor has the legal capacity to exercise control, even if that investor does not actually exercise control over the investment. A U.S. company that owns a covered investment is protected by the BIT even though actual control over the investment is exercised by a non U.S. investor that owns or control the U.S. company.* »[812].

641. Cette même observation peut être formulée pour tous les traités en matière d'investissements comportant des dispositions semblables. Pour la majorité des tribunaux arbitraux, à partir du moment ou un actionnaire ou un associé, détenant directement ou indirectement les titres d'une société, dispose en théorie de la capacité d'exercer un contrôle sur celle-ci, il est éligible à la protection du traité, peu importe si c'est cet investisseur qui dirige réellement les affaires de la société ou si ce n'est qu'une entité intermédiaire n'ayant pas pour rôle d'intervenir dans la conduite de l'opération devenue l'objet du différend. Cette situation créée donc le risque d'une multiplication à l'infini des demandeurs potentiels pouvant agir pour la protection d'un investissement (**Paragraphe 1**).

642. Lorsque par ailleurs les parts sociales d'une société lésée sont détenues de manière successive par plusieurs actionnaires structurés en chaîne, et qu'ils ont tous des nationalités différentes, ils pourraient s'appuyer sur des instruments conventionnels distincts, conclus entre leur Etat de nationalité respectif d'une part et l'Etat d'incorporation de la société lésée de l'autre, pour agir, simultanément ou pas, à l'encontre de ce dernier à la suite d'une atteinte portée par celui-ci aux droits ou aux biens de ladite société. Deux options peuvent ainsi s'offrir aux intéressées. Sur la base des traités existants, ils pourraient, d'une part, choisir celui des différents ressortissants détenant directement ou indirectement le paquet majoritaire du capital de la société

[812] VANDEVELDE (K.J.), *U.S. International Investment Agreements*, New York, Oxford University Press, 2009, pp. 115-116.

lésée, qui aura les meilleures chances pour obtenir gain de cause à l'encontre de l'Etat auteur de la mesure préjudiciable. Cette pratique est connue sous le nom de *treaty shopping*. L'autre possibilité s'offrant aux détenteurs de parts sociales successifs c'est d'introduire, chacun sur la base d'un traité différent, des recours simultanés à l'encontre de l'Etat défendeur avec le risque pour celui de devoir au final indemniser plusieurs personnes pour le même préjudice. (**Paragraphe 2**)

PARAGRAPHE 1
LA MULTIPLICATION DES DEMANDEURS POTENTIELS POUVANT AGIR POUR LA PROTECTION D'UN INVESTISSEMENT

643. Le mécanisme de protection des investissements indirects mis en place par plusieurs traités permet de ne plus tenir compte de la nationalité formelle d'une ou plusieurs sociétés via lesquelles une opération économique est réalisée, et qui autrement seraient considérées comme les titulaires des droits sur les différents éléments constitutifs de cette dernière. Il devient indifférent de connaître le nombre de sociétés intermédiaires entre un investisseur qui agit dans une procédure et l'investissement qui fait l'objet de sa requête. Ce qui compte c'est de savoir si le traité conclu entre l'Etat national du demandeur et l'Etat défendeur dans une procédure permet au requérant d'agir en protection des investissements qu'il détient ou contrôle indirectement (**A**). Il est, à titre de comparaison, intéressant de noter que la même observation peut être formulée pour les situations dans lesquelles les traités confèrent la capacité directe à une société créée en vertu de la législation de l'Etat d'accueil de son investissement pour agir à l'encontre de ce dernier en cas litige liée à cette opération lorsqu'elle est contrôlée par des intérêts étrangers. Une telle société pourra alors s'appuyer sur la nationalité de toute personne qui exerce un contrôle sur elle, de manière directe ou indirecte, en vue de la détermination de sa propre « nationalité » (**B**).

A. La capacité conférée à toute personne exerçant un contrôle indirect sur une société d'agir en protection d'un investissement détenu directement par celle-ci

644. Lorsqu'un traité de protection des investissements confère la capacité aux ressortissants de l'un des Etats contractants de celui-ci qui exercent un contrôle sur une société créée à l'étranger d'agir à sa place pour la protection d'un investissement réalisé sur le territoire d'un autre Etat contractant, le fait qu'un tel contrôle est exercé de manière indirecte, via

la détention du capital d'autres entités intermédiaires, n'altère en rien le titre pour agir reconnu aux nationaux du premier Etat.

645. A titre d'exemple, dans le cadre de l'affaire arbitrale *A. Stati et autres c. Kazakhstan*, deux des demandeurs étaient des personnes physiques possédant, via une personne morale créée en Moldavie, la majorité du capital de deux sociétés kazakhes (KPM et TNG) qui avaient une licence d'exploration et d'exploitation des hydrocarbures au Kazakhstan. Sur la base de l'article 1.6) du traité sur la Charte de l'énergie qui prévoyait que ce dernier s'appliquait à l'égard de « tout type d'avoir détenu ou contrôlé directement ou indirectement par un investisseur », le tribunal a considéré que :

> « *the ECT protects investments that are not only directly owned, but also investments that are indirectly owned or controlled. Claimants have demonstrated that Anatolie Stati indirectly owned and controlled KPM and its assets, and that he and Gabriel Stati each indirectly owned and controlled 50% of TNG and its assets.* »[813].

646. La question s'est toutefois posée dans la pratique arbitrale de savoir s'il existait une limite du nombre des entités intermédiaires et successives faisant partie d'une chaine sociétale au-delà de laquelle une personne ne pourra plus être considérée comme possédant ou contrôlant réellement l'investissement pour la protection duquel il agit. Dans l'affaire *Enron c. Argentine*, la demanderesse qui était une société américaine disposait, en raison de son contrôle à la fois direct et indirect exercé sur plusieurs autres personnes morales intermédiaires, d'une participation minoritaire au capital d'une société argentine lésée[814]. L'Argentine a contesté la recevabilité de la demande de la requérante en alléguant qu'une politique consistant à permettre à tout actionnaire[815] d'une société locale de pouvoir déposer une plainte indépendante pour le dommage subi par cette dernière risquait d'aboutir à une situation dans laquelle un nombre imprévisible de requêtes serait susceptible d'être formulé pour les mêmes faits[816]. Elle a décrit la nature de la demande dans cette affaire de la manière suivante :

---

[813] Institut d'arbitrage de la Chambre de Commerce de Stockholm, *Anatolie Stati, Gabriel Stati, Ascom Group SA et Terra Raf Trans Traiding Ltd c. Kazakhstan*, sentence du 19 décembre 2013, Aff. n° V (116/2010), § 811.

[814] CIRDI, *Enron Corporation et Ponderosa Assets c. Argentine*, décision sur la compétence du 14 janvier 2004, Aff. n° ARB/01/13, § 21.

[815] En vertu de la position adoptée par le tribunal dans cette affaire, même les actionnaires étrangers minoritaires d'une société incorporée dans l'Etat hôte avaient la capacité d'agir en protection de leur investissement, *ibid.*, §§ 59-60.

[816] *Ibid.*, § 50.

> « *certain investor who is the owner of the shares in certain corporations which, in turn, own shares of an Argentine corporation, that does not qualify either as investor or as an investment, alleges that the treaty was breached as a consequence of certain tax claims over the latter corporation* »[817].

647. Les arbitres ont admis la pertinence de l'argument argentin en vertu duquel une limite devrait être établie au-delà de laquelle un actionnaire indirect ne devrait plus pouvoir agir en protection d'un investissement vis-à-vis duquel il ne serait lié que de façon trop lointaine[818]. Cependant, le tribunal a refusé d'admettre que tel était le cas en l'espèce car les demandeurs avaient personnellement rencontré les autorités étatiques avant de réaliser leur investissement, ont structuré leurs opérations de la sorte pour des raisons techniques, et prenaient clairement part au processus de décision dans le cadre de la société lésée[819].

648. La même question s'est posée à l'occasion de l'affaire *Noble Energy c. Equateur*[820]. Dans le cadre de cette dernière, la demanderesse contrôlait la société immédiatement lésée par les mesures adoptées par l'Etat défendeur, via son contrôle exercé sur deux autres groupes de sociétés distincts. En se référant à l'affaire *Enron* précitée, les arbitres saisis en l'espèce ont déclaré que:

> « *This Tribunal does not disagree with the statement made by the Enron tribunal. There may well be a cut-off point (in the string of companies to be taken into account) somewhere, and future tribunals may be called upon to define it. In the present case, the need for such a definition does not arise. Indeed, the cut-off point, whatever it may be, is not reached with two intermediate layers. The relationship between the investment and the direct shareholder, on the one hand, and the indirect shareholder, on the other, is not too remote.* »[821].

649. A notre connaissance, aucun tribunal n'a pour l'instant refusé la recevabilité d'une demande formulée par un actionnaire au sujet d'un investissement qu'il possédait indirectement, en raison du nombre important d'entités intermédiaires qui

---

[817] *Ibid.*, § 51.
[818] *Ibid.*, § 52 : « *there is indeed a need to establish a cut-off point beyond which claims would not be permissible as they would have only a remote connection to the affected company.* ».
[819] *Ibid.*, § 55-56.
[820] CIRDI, *Noble Energy c. Equateur*, décision sur la compétence du 5 mars 2008, Aff. n° ARB/05/12, § 80 : « *This said, how indirect can a shareholder be and still qualify as an investor for treaty purposes? Is there a limit and, if so, is it reached here? In other words, how many layers or corporations can there be between the direct shareholders and the indirect investor?* ».
[821] *Ibid.*, § 82.

s'interposaient entre eux. Au contraire, dans la plupart des cas les tribunaux se contentent seulement de constater que la condition relative au « contrôle indirect » est bien présente[822].

650. En outre, lorsque les tribunaux doivent répondre à la question de savoir si un demandeur possède ou contrôle directement ou indirectement un investissement réalisé sur le territoire d'un Etat étranger, les arbitres ne cherchent pas à établir l'identité de la ou des personnes qui contrôlent et gèrent *effectivement* l'opération devenue l'objet du différend. A titre d'exemple, dans le cadre de l'affaire *Veteran Petroleum c. Russie* la demanderesse, une société enregistrée à Chypre, était l'un des actionnaires directs d'une partie du capital de l'ancienne compagnie petro-gazière russe Yukos. Dans le cadre de sa requête, Veteran Petroleum a soutenu que ses actions avaient été expropriées par la Russie. Le capital de Veteran Petrolium avait été entièrement détenu par une autre actionnaire de Yukos, YUL, incorporée sur l'Ile de Man. Pour sa part YUL avait passé un accord fiduciaire (*Custadian Trustee*) avec la société Chiltern, créée en vertu de la réglementation de l'Ile de Jersey en confiant à celle-ci, en tant que « Trustee », le mandat de gérer les avoirs de Veteran Petroleum selon des modalités et des procédures prédéfinies. En décortiquant le mode de fonctionnement du rapport fiduciaire ainsi établi, en vertu duquel le trustee ainsi que le propriétaire nominal des actions de Yukos (la demanderesse en l'espèce) devaient suivre les instructions qu'ils recevaient, concernant la manière dont ils devaient gérer les actions qu'ils possédaient, de la part d'un comité de représentants désigné conjointement par les Conseils d'administration de Yukos et de YUL, la Russie a contesté la compétence du tribunal en considérant que les actions possédées par Veteran Petroleum ne se trouvaient pas réellement sous le contrôle de cette dernière[823]. Le tribunal, tout en admettant cette dernière affirmation, a toutefois considéré qu'en vertu de l'article 1(6) du traité sur la Charte de l'énergie, qui était l'accord applicable en l'espèce, il n'était pas requis que le demandeur soit le contrôleur ultime de l'investissement qu'il détenait. En vertu des termes employés par les arbitres :

---

[822] Voir à titre d'illustration, CIRDI, *Azurix c. Argentine*, décision sur la compétence du 8 décembre 2003, Aff. n° ARB/01/12, § 63 : « ***The only condition is that****, whatever the form an investment may take, it must be directly or indirectly owned or controlled by nationals or companies of the other party to the BIT* », c'est nous qui soulignons.

[823] CNUDCI, *Veteran Petroleum Limited c. Russie*, sentence intérimaire sur la compétence et la recevabilité du 30 novembre 2009, CPA, Aff. AA 28 §§ 437-447. « Respondent notes that the power to vote the Yukos Shares thus rests with the Voting Committee, which, Respondent argues, is controlled by YUL and thus Yukos interests, and "dominated ultimately by Khodorkovsky/Lebedev », *ibid.*, § 441.

> « *The Tribunal finds that the ECT, by its terms, applies to an "Investment" owned nominally by a qualifying "Investor," and that nothing more is required. Respondent's submission that simple legal ownership of shares does not qualify as an Investment under Article 1(6)(b) of the ECT finds no support in the text of the Treaty […] As defined in Article 1(6) of the ECT, an "Investment" includes "every kind of asset" owned or controlled, directly or indirectly […] with no indication whatsoever that the drafters of the Treaty intended to limit ownership to "beneficial" ownership.* »[824].

651. Pour synthétiser, lorsque le titulaire d'une demande arbitrale est une personne contrôlant indirectement un investissement, via une ou plusieurs sociétés intermédiaires, le tribunal saisi fera abstraction de la personnalité juridique distincte de ces dernières. Elles seront en effet assimilées à des simples relais par lesquelles l'opération transite jusqu'à sa destination finale. Lorsque, en revanche, il s'agit de l'une de ces entités interposées qui endosse la réclamation, elle ne sera plus considérée comme un simple vecteur, mais comme l'investisseur lui-même. En fonction donc de l'identité du demandeur, la personnalité juridique et la nationalité d'une société peuvent n'avoir aucune importance ou au contraire s'avérer décisives. Cela montre bien la relativité du concept de personnalité juridique des sociétés en droit du contentieux des investissements, mais aussi le manque d'objectivité concernant les circonstances dans lesquelles le voile social d'une personne morale peut faire obstacle ou au contraire sera percé par les tribunaux en vue de tenir compte de la nationalité des détenteurs de son capital. Ce même constat s'applique pour les situations dans lesquelles la nationalité d'une société titulaire d'une requête arbitrale est déterminée, non pas en fonction du l'Etat de sa constitution, mais en fonction des personnes qui exercent sur elle un contrôle, qu'il soit de nature directe ou indirecte.

B. La détermination de la nationalité d'une société en fonction de celle de toute personne exerçant sur elle un contrôle direct ou indirect

652. Ce problème particulier concernant la détermination du titulaire du contrôle exercé sur une société aux fins de la détermination de la nationalité de cette dernière sera envisagé plus en détails par la suite. Il ne sera abordé ici qu'à titre de comparaison avec le cas de figure analysé précédemment concernant la détermination de la catégorie d'associés capables d'agir à la place d'une société pour la protection d'un investissement qu'elle détient directement sur le fondement du contrôle, direct ou indirecte, qu'ils exercent sur

[824] *Ibid.,* § 477. C'est le tribunal qui souligne.

elle.

653. En effet, en vertu des dispositions de certains traités une société incorporée dans l'Etat hôte de son investissement peut agir à l'encontre de ce dernier pour un dommage qu'elle a subi à condition d'être contrôlée par des ressortissants d'un autre Etat partie du traité. Au lieu donc, pour les actionnaires d'une telle société d'agir pour la protection de leurs investissements indirects, c'est la société elle-même qui sera ici la titulaire de la demande visant ses propres droits et avoirs. L'objectif visé par ce mécanisme conventionnel reste cependant le même : garantir une protection aux intérêts des détenteurs du capital de telles entités. Qu'en est-il cependant lorsque de tels associés ou actionnaires sont eux-mêmes des personnes morales dont le capital est détenu par des ressortissants d'un Etat tiers ?

654. C'est au fond la question qui s'est posée dans l'affaire *Aguas del Tunari c. Pays-Bas*[825]. Comme la plupart des traités bilatéraux conclus par ce dernier Etat, celui applicable en l'espèce signé avec la Bolivie prévoyait que des sociétés incorporées sur le territoire dans l'un des Etats parties au traité, mais contrôlées directement ou indirectement par des nationaux ou par des sociétés constituées en vertu de la législation de l'autre Etat partie devaient être considérées comme des investisseurs ayant la nationalité de ce deuxième Etat contractant[826]. Aguas del Tunari, une société, créée en vertu du droit bolivien, était la titulaire d'un contrat de concession de distribution d'eau en Bolivie. Son capital avait été initialement détenu à 55 % par une société enregistrée aux Iles Cayman, dont les titres ont été à leur tour entièrement détenus par le groupe américain *Bechtel*, connu pour ses investissements dans le domaine des infrastructures. A la suite d'une restructuration, la société détentrice des actions d'Aguas del Tunari (ci-après AdT) a migré au Luxembourg et les titres de son capital ont été cédés à une société nouvellement créée aux Pays-Bas, contrôlée par une autre société hollandaise, dont le capital a été à moitié détenu par *Bechtel* et à moitié cédé à une société de droit italien, Edison. C'est donc l'introduction dans la chaine sociétale de deux personnes morales de droit hollandais qui a permis à AdT d'intenter une procédure arbitrale à l'encontre de la Bolivie, sur la base du traité bilatéral que ce dernier pays avait signé avec les Pays-Bas.

[825] CIRDI, *Aguas del Tunari c. Bolivie*, décision sur la compétence du 21 octobre 2005, Aff. n° ARB/02/03.

[826] Voir notamment l'art 1(b) iii) du traité bilatéral d'investissements signé entre les Pays-Bas et la Bolivie le 13 décembre 2001 et entré en vigueur le 15 décembre 2007 : « *legal persons controlled directly or indirectly, by nationals of that Contracting Party, but constituted in accordance with the law of the other Contracting Party.* ». Ce traité n'est plus en vigueur aujourd'hui.

L'Etat défendeur a cependant contesté la qualité pour agir de la demanderesse, en soutenant que malgré cette évolution de la structure corporative, le réel contrôle sur AdT a été et continuait toujours, dans les faits, à être exercé par Bechtel, la maison-mère américaine. Pour la Bolivie, la nationalité d'AdT dépendait de celle de la personne exerçant le contrôle « ultime »[827] sur la détentrice de l'investissement devenu l'objet du différend[828]. L'Etat défendeur a mis en garde les arbitres contre toute autre manière possible de concevoir le sens du terme « contrôle », sous peine de contrevenir à la fonction que les auteurs lui attribuent généralement en matière de détermination de la nationalité des personnes morales en droit international. Il a ainsi souligné qu'à la différence des deux autres critères utilisés à cette fin, celui du lieu de l'enregistrement et celui du siège social, qui « *focus on objective factors for the purposes of simplicity, and ignore the possibility that the assigned nationality may not reflect the reality of the company's activities* », les normes optant pour le test du contrôle avaient au contraire pour objectif de « *focus on the reality behind the corporate personality* »[829]. Le tribunal a pourtant refusé de suivre cette voie. En vertu du raisonnement des arbitres :

> « *As stated above, one prong of Respondent's interpretation is that the phrase "controlled directly or indirectly" points to the "ultimate controller." In juxtaposition to Respondent's interpretation, Claimant argues that "[p]ursuant to the BIT test, it is possible for more than' one entity to be a controlling entity for the purposes of the BIT. The Tribunal agrees with the Claimant's view. The phrase, "directly or indirectly," in modifying the term "controlled" creates the possibility of there simultaneously being a direct controller and one or more indirect controllers. The BIT does not limit the scope of eligible claimants to only the "ultimate controller."* »[830].

655. De même, dans le cadre de l'affaire arbitrale *Swisslion c. Macédoine*, la demanderesse, une société créée en vertu du droit macédonien, a adressé une demande de réparation à l'encontre de l'Etat de son incorporation en alléguant qu'elle était sous le contrôle d'une personne morale de droit suisse. La Macédoine a contesté cette affirmation, en soutenant que c'était en réalité l'actionnaire unique de la personne morale suisse, un individu de nationalité serbe, qui exerçait le contrôle réel et ultime sur la demanderesse.

[827] *Ibid.*, § 207. Il ressort en effet de l'ensemble des arguments présentés par la Bolivie, que ce qu'elle entendait par le qualificatif « *ultime* » ne signifiait pas nécessairement que c'était la nationalité de la ou des personnes physiques se trouvant au bout de la chaîne des actionnaires qui devait être déterminante. L'adjectif devait plutôt être compris comme équivalent à celui de « *réel* » ou encore « *effectif* ».
[828] L'investissement était les droits contractuels accordés à AdT qui découlaient du contrat de concession conclu entre cette dernière et la Bolivie.
[829] *Ibid.*, § 235.
[830] *Ibid.*, § 237.

En refusant d'admettre la pertinence d'un tel argument, le tribunal a estimé qu'à partir du moment où la requérante avait démontré que son capital avait été détenu par une société suisse, elle pouvait être qualifiée de « *Swiss investor in Macedonia, whatever the nationality of the ultimate owner of DRD Swisslion may be.* »[831].

656. Il découle donc de ces différents exemples jurisprudentiels qu'au lieu d'être vus comme des mécanismes visant à protéger les véritables titulaires d'un investissement, les différentes dispositions conventionnelles étendant l'application au profit des investisseurs indirects, ont été interprétées, au contraire, de manière à permettre à une pluralité de « personnes », fictives ou réelles, prenant part de près ou de loin au processus décisionnel concernant une opération économique, de pouvoir engager la responsabilité internationale de l'Etat auteur d'un dommage sur un bien devenu l'objet d'une propriété multiple. Les conséquences d'une telle situation ont été mises en lumière de manière assez explicite par le professeur Surya P. SUBEDI :

> « *Under these circumstances, the only way to comply with the treaty is for the host State to assume that all investors – all companies – are covered by the highest standards of any BIT in force for the State. The reality that foreign capital is highly fungible and the breadth of the definitions of investor and investment thus combine to effectively transform the facially bilateral obligations of the BIT into an obligation that the host State must consider potentially applicable to all investors* »[832].

657. Tous ces titulaires potentiels des droits sur un seul et même investissement se retrouvent par ailleurs dans une situation dans laquelle ils disposent des droits indépendants les uns aux autres vis-à-vis de celui-ci, droits qu'ils pourraient donc tous faire valoir de manière individuelle. A eux alors de choisir la meilleure option : introduire leur demande sur la base du traité leur conférant le plus de chances pour obtenir gain de cause, ou bien agir de manière simultanée, chacun sur la base d'un traité de protection distinct, et peut-être devant des fors différents, dans le but toujours d'augmenter leur probabilité de succès dans le cadre des procédures parallèles engagées.

---

[831] CIRDI, *Swisslion c. Macédoine*, sentence du 6 juillet 2012, Aff. n° ARB/09/16; § 132.

[832] SUBEDI (S.P.), *International Investment Law. Reconciling Policy and Principle*, Hart Publishing, Portland, Oregon, Etats-Unis d'Amérique, 2012, 2ème édition, pp. 59-60. C'est l'auteur qui souligne.

PARAGRAPHE 2

LA MULTIPLICATION DES RECOURS POSSIBLES POUR LA PROTECTION DU MÊME INVESTISSEMENT

658. La protection de l'investissement indirect et la reconnaissance d'une qualité pour agir au profit de tous les associés détenant directement ou indirectement les parts du capital d'une société, crée des conditions propices pour l'introduction de plusieurs recours de la part de ces différents investisseurs concernant le même fait prétendument illicite attribué à l'Etat auteur de la mesure litigieuse. Dans une hypothèse dans laquelle un groupe d'entreprises multinational opère via plusieurs sociétés enregistrées dans des pays différents, chacune de ces dernières pourrait s'appuyer sur un traité de protection des investissements distinct pour agir en protection d'un investissement qu'elle contrôle indirectement sur le territoire de l'Etat défendeur (**A**). Même si l'introduction de telles procédures concurrentes demeure relativement rare en pratique, l'augmentation considérable des demandeurs potentiels en cas d'un litige avec l'Etat d'accueil de l'investissement a en revanche largement accentué le phénomène du *treaty shopping* dans le cadre du contentieux mixte Etat-investisseur (**B**).

A. Le risque des recours multiples introduits contre un Etat par plusieurs composantes du même groupe d'entreprises

659. Le droit reconnu aux associés et aux actionnaires étrangers d'agir en protection d'un investissement détenu directement par une société qu'ils contrôlent a transformé la nature de l'arbitrage mixte entre Etats et investisseurs. Pour reprendre les termes utilisés par M. BEN HAMIDA, « Le consentement spécifique destiné à un contractant connu et identifié à l'avance cède la place à une offre publique d'arbitrage adressée à des millions de personnes ». Et il a rajouté : « Cette collectivisation de l'arbitrage État-investisseur risque de semer le désordre. »[833].

660. Deux affaires, largement commentées par la doctrine[834], sont devenues l'illustration par excellence d'une telle éventualité. Il s'agit des litiges parallèles ayant opposé d'une part

[833] BEN HAMIDA (W.), « L'arbitrage Etat-investisseur face à un désordre procédural : la concurrence des procédures et les conflits de juridictions », *AFDI*, 2005, vol. 51, p. 578. Voir dans le même sens, BURDEAU (G.), « Nouvelles perspectives pour l'arbitrage dans le contentieux économique intéressant les Etats », *Revue de l'arbitrage*, 1995, n°1, pp. 3-37, spéc. pp. 14-15.

[834] Voir parmi d'autres, BROWER (Ch.), SHARPE (J.), « Multiple and Conflicting International Arbitral Awards », *JWIT*, 2003, p. 211 ; KUHN (W.), « How to avoid conflicting Awards – The Lauder and CME case, *JWIT*, 2004, p. 7.

la société hollandaise *CME*[835] à la République tchèque et d'autre part, l'actionnaire majoritaire de cette première entité de nationalité américaine, *M. Lauder*[836], à ce même Etat. En s'associant avec une entreprise locale, CME avait investi dans la création d'une chaîne de télévision privée en République tchèque. Le différend est né après le retrait par les autorités publiques de l'autorisation accordée à la *joint venture* constituée entre CME et son partenaire, pour la transmission de sa chaîne. Cette décision a eu pour effet la cessation des activités de l'entreprise commune ainsi que la dévaluation des participations respectives au sein de cette dernière. En se fondant sur l'article I.1(a) du traité bilatéral d'investissement conclu entre les Etats-Unis et la République tchèque, en vertu duquel « *"investment" means every kind of investment in the territory of one Party owned or controlled directly or indirectly by nationals or companies of the other Party* »[837], M. Lauder, l'actionnaire de CME, a engagé une première procédure arbitrale contre la République Tchèque. Quelques mois plus tard, en se fondant sur le traité bilatéral d'investissement conclu entre les Pays-Bas et la République tchèque[838], CME a déposé une autre requête d'arbitrage contre ce dernier Etat. Les deux demandes portaient donc sur le même investissement et contestaient la légalité des mêmes mesures étatiques, au regard des obligations que la Républiques tchèque avait assumées, certes dans le cadre de deux traités distincts, mais dont le contenu était quasi-identique[839]. L'Etat défendeur a contesté la compétence de chacun des tribunaux saisis à son encontre en soutenant que les deux actions identiques s'apparentaient à un abus de procédure et qu'en vertu de l'exception de la *res iudicata* et du *lis pendens* les tribunaux devaient décliner de statuer[840].

661. Le principe de *res iudicata* ou de l'autorité de la chose jugée confère le caractère définitif d'une décision de justice, qu'elle soit rendue par une juridiction permanente ou par un tribunal arbitral *ad hoc*. L'effet de cette règle est d'empêcher qu'une demande successive identique soit portée par l'une des parties au premier procès devant la même

[835] CNUDCI, *CME Czech Republic B.V. c. République Tchèque*, sentence partielle du 13 septembre 2001.
[836] CNUDCI, *Ronald S. Lauder c. République Tchèque*, sentence arbitrale du 3 septembre 2001.
[837] Traité bilatéral d'investissement signé entre les Etats-Unis et la République tchèque le 22 octobre 1991 à Washington, et entré en vigueur le 19 décembre 1992.
[838] Traité bilatéral d'investissement signé entre les Pays-Bas et la République tchèque le 29 avril 1991, et enté en vigueur le 1er octobre 1992.
[839] CME avait justifié l'introduction de sa requête parallèle en déclarant qu'en ne détenant pas la totalité de son capital, M. Lauder ne disposait pas d'un titre juridique suffisant pour réclamer et potentiellement percevoir la totalité des dommages et intérêts qui seraient dus par la République tchèque pour l'atteinte portée par celle-ci à l'investissement qui faisait l'objet du différend. Voir CNUDCI, *CME Czech Republic B.V. c. République Tchèque*, *op.cit.*, § 302.
[840] CNUDCI, *Ronald S. Lauder c. République Tchèque*, *op.cit.*, § 168.

juridiction ou devant un tribunal différent[841]. La professeure RIVIER a ainsi estimé que « L'effet « positif » du jugement se doubl[ait] donc d'une incidence procédurale d'une importance considérable, admise sans réserve en pratique »[842]. Corollaire du principe de l'autorité de la chose jugée, la doctrine de la litispendance quant à elle vise à éviter une situation dans laquelle deux tribunaux saisis simultanément du même litige rendent deux décisions potentiellement contradictoires, en préconisant le dessaisissement de l'une des deux juridictions au profit de l'autre[843]. L'application de ces deux principes est cependant conditionnée à la règle dite de la « triple identité » de parties, de cause et d'objet[844]. Or, il ressort des deux décisions *CME* et *Lauder* précitées, qu'aux fins de l'appréciation de l'identité des demandeurs, les tribunaux ont tenu pleinement compte de la personnalité juridique différente de la personne morale par rapport à son actionnaire majoritaire. Pour eux, l'action introduite par M. Lauder et celle par CME, n'étaient pas portées par la même partie. En plus, les deux tribunaux ont considéré que les causes ayant servi de base aux deux requêtes n'étaient pas les mêmes. Dans la première affaire il s'agissait du traité bilatéral américano-tchèque, alors que dans la deuxième de l'accord conclu entre la République tchèque et les Pays-Bas. Le tribunal saisi dans l'affaire *Lauder* a alors estimé que :

> « *(T)he Respondent's recourse to the principle of* lis alibi pendens *to be of no use, since all the other court and arbitration proceedings involve different parties and different causes of action. Therefore, no possibility exists that any other court or arbitral tribunal can render a decision similar to or inconsistent with the award which will be issued by this Arbitral Tribunal, i.e. that the Czech Republic breached or did not breach the Treaty, and is or is not liable for damages towards Mr. Lauder.* »[845].

---

[841] Affaire *Fond Pieux des Californies*, sentence du 14 octobre 1902, CPA, *RSA*, vol. IX, pp. 11-14, spéc. p. 13 ; CPJI., *Service postal polonais à Dantzig*, avis du 16 mai 1925, *Réc. C.P.J.I.*, Série B, n° 11, pp. 6-41, spéc. pp. 29-30.

[842] RIVIER (R.), « La multiplication des recoures : consolidation, *res iudicata* et litispendance », *La procédure arbitrale relative aux investissements internationaux. Aspects récents*, Anthemis, Louvain-la-Neuve, Belgique, 2010, pp. 85-114, spéc. p. 89.

[843] McLACHLAN (C.), « *Lis Pendens* in International Litigation », *RCADI*, vol. 336, 2008, p. 215.

[844] SANTULLI (C.), *Droit du contentieux international*, Montchrestien, Paris, 2005, p. 71 ; p. 474.

[845] CNUDCI, *Ronald S. Lauder c. République Tchèque*, *op.cit.*, § 171 ; Voir aussi la conclusion du tribunal dans l'affaire *CME* : « *Should two different Treaties grant remedies to the respective claimants deriving from the same facts and circumstances, this does not deprive one of the claimants of jurisdiction, if jurisdiction is granted under the respective Treaty.* », CNUDCI, *CME Czech Republic B.V. c. République Tchèque*, *op.cit* § 412. Voir dans le même sens, CIRDI, *S.A.R.L Benvenuti & Bonfantl c. Congo*, sentence du 8 août 1980, Aff. ARB/77/2, *ILR*, vol. 67, pp. 345-385, spéc. pp. 355-356. Dans cette affaire, le tribunal arbitral saisi a considéré que l'action introduite par l'actionnaire étranger d'une filiale constituée en vertu de la législation congolaise n'a pas été intentée pas la même personne que l'action intentée par cette dernière filiale à l'encontre du Congo. Toutefois, ce deuxième litige a été porté non pas

662. Si nous sommes d'accord pour admettre que le même fait illicite commis par un Etat peut avoir pour conséquence de porter atteinte aux droits de plusieurs personnes, et qu'il serait alors logique d'imposer à l'Etat de réparer les différents dommages subis par chacune d'entre elles, nous avons plus de mal de convenir qu'un tel cas de figure puisse se produire lorsque les deux personnes lésée font partie du même groupe sociétal. Certes, comme nous l'avons vu précédemment, chacun des investisseurs lésés ne peut normalement demander réparation que pour son propre préjudice. Il n'en reste pas moins que plus le lien entre un actionnaire est l'investissement faisant l'objet de sa demande est indirect et éloigné, plus l'évaluation de sa propre perte par rapport à celle d'un autre investisseur indirect devient compliquée et relèverait du domaine de l'hypothétique, voire même de la spéculation.

663. Dans l'affaire *Lauder* précitée, le tribunal a admis que si la République tchèque avait été déclarée responsable aussi bien dans cette affaire, que dans l'affaire parallèle menée par CME, et que si par conséquent elle devait indemniser les dommages subis par cette dernière société, il était probable que le montant d'une telle réparation couvre une partie des dommages subis par M. Lauder en tant qu'actionnaire majoritaire de l'entreprise lésée. Afin d'éviter une telle situation, les arbitres ont alors estimé que « *the amount of damages granted by the second deciding court or arbitral tribunal could take this fact into consideration when assessing the final damage.* »[846].

664. Néanmoins, les choses ne se sont pas passées ainsi. De manière assez surprenante, les deux tribunaux saisis ont rendu deux sentences contradictoires sur le fond. Ainsi, en vertu de la première décision rendue le 3 septembre 2001, les mesures adoptées par la

---

devant un autre tribunal arbitral, mais devant les juridictions internes de l'Etat d'accueil de l'investissement.

[846] CNUDCI, *Ronald S. Lauder c. République Tchèque*, *op.cit.*, § 172. Voir aussi la même conclusion du tribunal saisi dans l'affaire CME, concernant des éventuels dommages et intérêts obtenus par la filiale tchèque de CME dans les procédures qu'elle a engagée devant les tribunaux internes : « *An affirmative award and/or judgment may have impact on the quantum of the damages adjudicated in the proceedings or give the right to the respective defendant to raise legal defences in the respective enforcement proceedings with the argument that the adjudicated damage claim has been already remedied under the award and/or judgment of the respective other proceeding. However, jurisdiction is not affected by the incidence of parallel proceedings.* », CNUDCI, *CME Czech Republic B.V. c. République Tchèque*, *op.cit.*, § 410 ; voir dans le même sens NANTEUIL (A. de), *Droit international de l'investissement*, Paris, Pedone, 2014. Ayant constaté qu'aucun obstacle ne s'opposait à l'introduction de deux procédures parallèles, « l'une au nom du ou des actionnaires et l'autre au nom de la société » cet auteur a alors estimé que « c'est alors à la sagesse des arbitres qu'il faudrait s'en remettre, en les incitant à tenir compte de l'instance qui se développe parallèlement et des décisions qui auraient pu être prises en compte dans son cadre », *ibid.*, p. 246.

République tchèque n'étaient pas de nature à engager sa responsabilité internationale vis-à-vis de M. Lauder. Dix jours plus tard, l'autre tribunal a considéré quant à lui, que les mêmes mesures étaient contraires aux obligations internationales de l'Etat défendeur et que par conséquent ce dernier devait réparer le préjudice subi à cause de celles-ci à CME. Aucun problème de double compensation ne s'est donc posé. Toutefois, il est clair que même si le premier tribunal a considéré que M. Lauder ne disposait pas d'un fondement juridique suffisant pour être dédommagé des pertes qu'il a subies, l'actionnaire avait touché au final une partie substantielle de la réparation accordée à CME dans la deuxième procédure.

665. Ce résultat, insatisfaisant à notre sens du point de vue de la justice, est la conséquence du principe d'autonomie des procédures arbitrales. Les Etats parties à certains traités en matière de protection des investissements ont essayé de trouver des solutions à ce risque de cumul d'instances pendantes. Ainsi, l'article 1121 de l'Accord de libre échange non-américain (ALENA), prévoit que lorsqu'un investisseur porte plainte à l'encontre d'un autre Etat partie en son propre nom, pour des pertes ou dommages qu'il a subis du fait d'une atteinte causée par ce dernier Etat aux droits d'une entreprise que cet investisseur contrôle directement ou indirectement, le requérant et ladite entreprise doivent tous les deux renoncer

> « à leur droit d'engager ou de poursuivre, devant un tribunal judiciaire ou administratif aux termes de la législation d'une Partie ou d'une autre procédure de règlement des différends, des procédures se rapportant à la mesure de la Partie contestante présumée constituer un manquement visé à l'article 1116 ».

Pourtant, cette disposition ne précise pas, dans les cas où l'entreprise lésée est contrôlée par plusieurs entités successives, si ce sont tous les autres actionnaires indirects qui renoncent également à leur droit d'engager des procédures d'arbitrage sur le fondement de l'ALENA.

666. D'autre part, l'article 1117 de l'ALENA prévoit que lorsqu'un investisseur dépose une plainte au nom d'une entreprise créée en vertu de la législation d'un autre Etat partie, qu'il contrôle directement ou indirectement, et :

> « qu'un investisseur non majoritaire de l'entreprise dépose en vertu de l'article 1116 une plainte résultant des mêmes circonstances que celles ayant donné lieu à la plainte en vertu du présent article, et que deux ou plusieurs

> plaintes sont soumises à l'arbitrage en vertu de l'article 1120, les plaintes devraient être entendues ensemble par un tribunal établi conformément à l'article 1126, à moins que le tribunal ne constate que les intérêts d'une partie contestante s'en trouveraient lésés. »[847]

667. L'initiative d'une telle consolidation des différentes procédures « résultant des mêmes circonstances » doit provenir de l'une des parties à celle-ci. Un nouveau tribunal devra alors être constitué par le secrétaire général du CIRDI qui doit établir si les différentes plaintes portent sur un même point de droit ou de fait et décider en conséquence s'il va se saisir et connaître une partie ou la totalité de celles-ci[848].

668. Ces dispositions ne seront toutefois d'aucune utilité lorsque les différents associés détenant, directement ou indirectement, des titres d'une société déposent simultanément des requêtes arbitrales visant le même investissement, sur la base non pas d'un seul traité comportant des dispositions qui limitent la possibilité de cumul de certaines demandes connexes, mais sur la base de plusieurs traités différents. Dans une telle hypothèse, les instruments conférant la compétence des tribunaux étant distincts, un tribunal saisi sur la base de l'un d'entre eux ne sera pas obligé de se dessaisir en raison d'une procédure de jonction des plaintes prévue par un autre instrument dont il ne tire pas ses pouvoirs juridictionnels.

669. L'étude de la pratique arbitrale nous montre cependant que souvent lorsque des actionnaires du même groupe d'entreprises agissent simultanément pour contester la légalité de la même mesure étatique, sur la base d'un ou plusieurs accords de protection des investissements, ils prennent l'initiative de procéder à un regroupement de leurs procédures, en proposant notamment la désignation des mêmes arbitres pour les différents fors compétents pour connaître leurs litiges[849].

---

[847] Voir dans le même sens l'article 33 du modèle de traité bilatéral de protection des investissements étrangers des Etats-Unis du 2012 ; l'article 32 du modèle de traité bilatéral de protection des investissements étrangers du Canada de 2004. Voir aussi pour un traité en vigueur : l'article 10.24 de l'accord de libre-échange entre les Etats-Unis et le Chili signé le 6 juin 2003 à Miami et entré en vigueur le 1er janvier 2004.

[848] Voir l'article 1126 de l'ALENA

[849] Parfois, il arrive même que les parties à deux procédures connexes en cours proposent la jonction de celles-ci. Ainsi, dans l'affaire *CME c. République tchèque* précitée la demanderesse a soumis une proposition de consolider la présente instance avec celle de l'affaire *Lauder*. Cela devait avoir pour effet pour le tribunal saisi dans l'affaire *CME* de sursoit à statuer, et que la solution rendue par le tribunal *Lauder* s'impose à toutes les parties impliquées dans les deux litiges. Cette proposition n'a cependant pas été admise par la République tchèque. En l'absence d'un accord entre les parties au litige sur ce point le tribunal dans l'affaire *CME* a poursuivi son propre examen des faits et a finalement rendu, ironie du sort, une solution défavorable pour l'Etat défendeur, alors que le tribunal *Lauder* n'avait pas considéré que la

670. C'était par exemple le cas du différend ayant opposé les actionnaires étrangers de la société argentine de distribution d'eau *Aguas Argentinas* à l'Argentine. Une requête commune d'arbitrage a été adressée au CIRDI de la part de *Suez* et *Vivendi*, des personnes morales françaises, sur la base du traité bilatéral conclu entre la France et l'Argentine, d'*AGBAR*, une société espagnole, sur la base du traité bilatéral conclu entre l'Espagne et l'Argentine, et enfin d'*AWG*, une société britannique, sur la base du traité bilatéral conclu entre le Royaume-Uni et l'Argentine. Concernant cette dernière plaignante, l'accord d'arbitrage qui la liait à l'Argentine donnait compétence à un tribunal CNUDCI[850]. Ainsi, finalement deux tribunaux arbitraux ont été formellement mis en place. Le premier, constitué au regard des règles de procédures prévues par le règlement CIRDI et dont la tâche était de régler le litige entre *Suez, Vivendi* et *AGBAR et Argentine*[851], tandis que le deuxième soumis aux règles de procédure CNUDCI, devait trancher le différend entre *AWG et l'Argentine*[852]. Or, en vertu de l'accord conclu entre les parties à ces procédures, les deux tribunaux ont été composés des mêmes arbitres[853]. L'avantage d'une telle coordination, au-delà de la réduction des frais de procédure, est celui d'éviter le risque de solutions inconciliables, fondées sur des interprétations juridiques contradictoires. Certes, dans le cadre de ces regroupements, la recevabilité de la demande de chaque plaignant individuel, ainsi que le bien-fondé de celle-ci, sont appréciés par les arbitres au regard du traité particulier ayant servi de base au requérant en question pour la saisie du tribunal[854].

671. Cela dit, cette dernière éventualité reste toujours envisageable. Ainsi, dans les deux

---

responsabilité internationale de la République tchèque devait être engagée, CNUDCI, *CME Czech Republic B.V. c. République Tchèque*, sentence finale du 14 mars 2003, § 427.

[850] Les parties à cette dernière procédure se sont toutefois mises d'accord de confier la responsabilité pour le déroulement de celle-ci au secrétariat du CIRDI.

[851] CIRDI, *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. et Vivendi Universal, S.A.c. Argentine*, décision sur la compétence du 3 août 2006 et décision sur la responsabilité du 30 juillet 2010, Aff. n° ARB/03/19.

[852] CNUDCI, *AWG Group Ltd c. Argentine*, décision sur la compétence du 3 août 2006, décision sur la responsabilité du 30 juillet 2010, sentence du 9 avril 2015.

[853] Professeur Jeswald W. SALACUSE, président, professeur Gabrielle KAUFMANN-KOHLER, et professeur Pedro NIKKEN.

[854] Voir dans le même sens Institut d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm, *CCL c. Kazakhstan*, décision sur la compétence du 1er janvier 2003, Aff. n° 122/2001, *Stockholm International Arbitration Review*, 2005, p. 123. Dans cette affaire la demanderesse a déposé trois requêtes arbitrales sur la base de trois fondements distincts : un contrat de concession qu'elle avait conclu avec l'Etat défendeur, la législation interne de l'Etat défendeur, ainsi que le traité bilatéral d'investissements conclu entre le Kazakhstan et les Etats-Unis. Un regroupement des trois demandes a été effectué : « *The Arbitral Tribunal considers, and the parties agree, that arbitrations on these different bases may be consolidated in one arbitral procedure. However, the Tribunal considers that the conditions for invoking each of the bases, as well as the scope of the Arbitral Tribunal's jurisdiction under each of them, must be considered separately.* », *ibid.*, p. 128.

affaires précitées, l'Argentine avait exprimé son inquiétude que si la société locale, dont les actionnaires agissaient à son encontre devant les tribunaux arbitraux, décidait d'engager parallèlement un procès devant les tribunaux internes de l'Argentine, celle-ci risquait d'être condamnée à réparer à deux reprises le préjudice qu'elle aurait causé à cette société. Les tribunaux ont partagé cette inquiétude, mais se sont en même temps montrés confiants en considérant que « « *any eventual award in this case could be fashioned in such a way as to prevent double recovery.* »[855].

672. Un autre feuilleton judiciaire récent nous montre toutefois que malgré la bonne volonté des tribunaux pour éviter des situations de double dédommagement, en tenant notamment compte des procédures parallèles, la fragmentation des juridictions internationales, ainsi que les différents mécanismes de mises en œuvre de leurs solutions en droit interne fait que les risques pour les Etats de se voir condamnés deux fois pour le même dommage sont loin de correspondre à des simples cas d'école. Nous faisons illusions ici aux différents contentieux qui ont vu le jour à la suite des mesures fiscales de redressement et de recouvrement adoptées par le gouvernement russe à l'encontre de la société pétrolière Yukos, qui se sont soldés par la liquidation de cette dernière.

673. Trois des actionnaires de Yukos – la société *YUL*, créée en vertu de la législation de l'Île de Man, la société *Hulley* et la société *VPL* constituées toutes les deux conformément au droit chypriote – ont déposé une requête arbitrale conjointe auprès de la Cour permanente d'arbitrage de La Haye[856] sur la base de l'article 26 du traité sur la Charte de l'énergie et conformément aux règles de procédure arbitrale prévues par le règlement de la CNUDCI. Si un seul panel, composé des mêmes trois arbitres[857], a été mis en place pour juger cette première série de plaintes, celui-ci n'en devait pas moins trancher trois différends distincts. En vertu des termes employés par le tribunal :

« *The three arbitrations were heard in parallel with the full participation of*

[855] CIRDI, *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. et Vivendi Universal, S.A.c. Argentine*, décision sur la compétence, *op.cit.*, § 51 ; CNUDCI, *AWG Group c. Argentine*, décision sur la compétence, *op.cit.*, § 51.

[856] CNUDCI, *Hulley Enterprises Limited c. Russie*, décision intérimaire sur la compétence et la recevabilité du 30 novembre 2009 et sentence du 18 juillet 2014, CPA, Aff n° AA 226 ; CNUDCI, *Yukos Universal Limited c. Russie*, décision intérimaire sur la compétence et la recevabilité du 30 novembre 2009 et sentence du 18 juillet 2014, CPA, Aff. n° AA 227 ; CNUDCI, *Veteran Petroleum Limited c. Russie*, décision intérimaire sur la compétence et la recevabilité du 30 novembre 2009 et sentence du 18 juillet 2014, CPA, Aff. n° AA 228.

[857] M. Yves FORTIER, président, M. Charles PONCET et M. Stephen M. SCHWEBEL

the Parties at all relevant stages of the proceedings. Mindful of the fact that each of the three Claimants maintains separate claims in separate arbitrations that necessitate separate awards, the Tribunal nevertheless shall discuss these arbitrations as a single set of proceedings, except where circumstances distinct to particular Claimants necessitate separate treatment. »[858].

674. D'autres actionnaires étrangers de la société russe liquidée, ont intenté des procédures arbitrales à part. La société britannique *RosInvest*[859] a déposé une requête sur la base du traité bilatéral d'investissement conclu entre le Royaume-Uni et la Russie. En outre, un groupe de sept entités espagnoles ont introduit une demande distincte[860], sur la base du traité bilatéral d'investissement conclu entre l'Espagne et la Russie. Ces deux dernières affaires ont été jugées par deux tribunaux, composés d'arbitres différents, constitués sous les auspices de la Chambre de commerce de Stockholm.

675. Enfin, la société Yukos elle-même a déposé une plainte devant la Cour européenne des droits de l'Homme[861] en invoquant la violation à son égard de plusieurs dispositions de la Convention européenne des droits de l'Homme. Peu après l'introduction de celle-ci, la requérante a été liquidée. Or, en vertu d'une jurisprudence constante de la Cour européenne, refuser d'examiner une demande d'un groupement ayant perdu sa personnalité juridique en vertu du droit interne, « saperait la substance même du droit de recours individuel des personnes morales, dans la mesure où cela serait de nature à encourager les gouvernements à dépouiller de leur personnalité juridique celles qui auraient déposé une requête devant la Cour »[862]. La gardienne des droits de l'Homme admet alors de manière générale d'étudier les plaintes de la part des entités dépourvues de personnalité juridique au motif, que dans ces cas-là « la cause dépass[e] la personne

[858] CNUDCI, *Hulley c. Russie* ; *YUL c. Russie* ; *VPL c. Russie*, décisions sur la compétence et la recevabilité, *op.cit.*, § 2.
[859] Institut d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm, *RosInvestiCo Uk Ltd. c. Russie*, décision sur la compétence du 1er octobre 2007 et sentence du 12 septembre 2010, Aff. n° V079/2005.
[860] Institut d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm, *Renta 4 S.V.S.A*, *Ahotto Corporacion Emergentes F.I.*, *Ahorro Corporación Eurofondo F.I., Rovime Inversiones SICAV S.A., Quasar de Valors SICAV S.A., Orgor de Valores SICAV S.A., GBI 9000 SICAV S.A. c. Russie*, décision sur les objections préliminaires du 20 mars 2009 et sentence du 20 juillet 2012, Aff. n° 24/2007.
[861] CEDH, *OAO Neftyanaya kompaniya Yukos c. Russie,* décision sur la recevabilité du 29 janvier 2009 ; arrêt sur le fond du 20 septembre 2011 ; arrêt sur la satisfaction équitable du 31 juillet 2014, n° de la requête 14902/04.
[862] Voir parmi d'autres CEDH, *Stankov et Organisation macédonienne unie Ilinden c/ Bulgarie*, 29 juin 1998, décision sur la recevabilité, requête n°s 29221/95 et 29225/95.

et les intérêts de la requérante »[863]. Toutefois, la Russie a contesté la recevabilité de la demande en considérant que vu que la personne morale titulaire de celle-ci n'existait plus, il était évident que c'étaient ses actionnaires majoritaires, Hulley, YUL et VPL qui ont décidé la poursuite de la procédure. Or, ces mêmes actionnaires avaient déjà intenté une procédure arbitrale à l'encontre de la Russie sur la base du traité sur la Charte de l'énergie. L'Etat défendeur a alors invoqué l'article 35.2.b) de la Convention européenne des droits de l'Homme, et a demandé à la Cour de se dessaisir de l'affaire en cours. En vertu de cette dernière disposition, la Cour ne doit retenir aucune requête lorsque :

> « elle est essentiellement la même qu'une requête précédemment examinée par la Cour ou déjà soumise à une autre instance internationale d'enquête ou de règlement, et si elle ne contient pas de faits nouveaux ».

676. Paradoxalement, par rapport notamment à sa position relativisant les effets de la personnalité juridique d'une personne morale lorsque cette dernière a été dissoute, la Cour de Strasbourg s'est montrée intransigeante concernant la question de l'identité des parties en cause dans les deux procédures invoquées. En appliquant de manière aussi stricte que le font les tribunaux arbitraux en matière d'investissement, la règle dite de la triple identité de parties, cause et objet, les juges ont estimé que :

> « *despite certain similarities in the subject-matters of the present case and of the arbitration proceedings, the claimants in those arbitration proceedings are the applicant company's shareholders acting as investors, and not the applicant company itself* »[864].

677. Les juges ont complété leur raisonnement en précisant que même s'il était indiscutable que les intérêts des actionnaires de Yukos avaient été affectés par les mesures étatiques ayant provoqué la liquidation de cette société, ces derniers ne pouvaient pas être considérés comme ayant pris part, directement ou indirectement, à la procédure en cours devant elle[865]. Affirmation assez surprenante, en comparaison à celle faite par la même Cour, selon laquelle la cause en l'espèce dépassait la personnalité et les intérêts de la requérante.

---

[863] CEDH, *Capital Bank AD c/ Bulgarie*, arrêt du 24 novembre 2005, requête n° 49429/99, Recueil des arrêts et décisions 2005-XII, §§ 74-80. Voir aussi concernant l'affaire étudiée, CEDH, *OAO Neftyanaya kompaniya Yukos c. Russie,* arrêt du 20 septembre 2011, *op.cit.*, § 526.
[864] CEDH, *OAO Neftyanaya kompaniya Yukos c. Russie,* arrêt du 20 septembre 2011, *op.cit.*, § 524.
[865] *Ibid.*, § 525.

678. Selon les juges de Strasbourg, la société avait invoqué ses propres droits dans cette procédure, qui devaient être distingués des droits, de nature différente, revendiqués par les actionnaires de la personne morale devant les tribunaux arbitraux. Cependant, dans les affaires concernant *Hulley, YUL* et *VPL* précitées, les arbitres désignés ont quant à eux considéré que les droits des actionnaires s'étendaient non seulement sur les actions qu'elles détenaient au sein du capital de Yukos, mais aussi sur les dettes, les créances, les droits à prestation contractuelle de cette dernière, ainsi que sur les droits que la loi russe garantissait à Yukos[866]. Les objets des demandes portées d'une part par la société russe Yukos devant la Cour européenne des droits de l'Homme, et d'autre part par ses actionnaires majoritaires devant les tribunaux arbitraux, étaient par conséquent assez similaires, ce qui a finalement eu pour effet pour la Russie d'être condamnée à indemniser deux fois le dommage qu'elle a causé à Yukos.

679. Sur la base du constat de différentes violations commises par la Russie des droits prévus par la Convention européenne des droits de l'Homme vis-à-vis de Yukos[867], les juges de Strasbourg ont accordé, dans leur décision de 2014 portant sur la satisfaction, près de deux milliards d'euros de dommages et intérêts aux actionnaires de la société défunte[868]. Concernant le risque d'une double charge imposée à la Russie, en raison des procédures parallèles intentées par les mêmes actionnaires devant des différents tribunaux arbitraux, la Cour a constaté, qu'au moment de sa solution finale, deux décisions connexes avaient été rendues par des tribunaux constitués sous les auspices de la Chambre de commerce de Stockholm. Or, n'ayant pas encore reçu une force exécutoire, la Cour européenne a finalement décidé de ne pas tenir compte des indemnités

[866] CNUDCI, *Hulley c. Russie*, décision sur la compétence et la recevabilité, *op.cit.*, § 429 ; CNUDCI, *YUL c. Russie*, décision sur la compétence et la recevabilité, *op.cit.*, § 430 ; CNUDCI, *VPL c. Russie*, décision sur la compétence et la recevabilité, *op.cit.*, § 477.

[867] Dans son arrêt du 20 septembre 2011 la CEDH a conclu que la Russie avait violé l'article 6 §§ 1 et 3 b) (droit à un procès équitable) de la Convention européenne des droits de l'Homme concernant la procédure fiscale pour l'année 2000 dirigée contre Yukos au motif que cette société n'avait pas eu suffisamment de temps pour préparer son dossier devant les juridictions inférieures, ainsi que l'article 1 du Protocole n° 1 (droit de la propriété) de la même Convention concernant l'imposition et le calcul des pénalités dans le cadre des redressements fiscaux pour la période 2000-2001.

[868] CEDH, *OAO Neftyanaya kompaniya Yukos c. Russie*, arrêt du 31 juillet 2014 portant sur la satisfaction équitable : « *that the respondent State is to pay* ***the applicant company's shareholders*** *as they stood at the time of the company's liquidation and, as the case may be, their legal successors and heirs EUR 1,866,104,634 (one billion, eight hundred sixty six million, hundred and four thousand, six hundred thirty four euros), plus any tax that may be chargeable, in respect of pecuniary damage, to be converted into the currency of the respondent State at the rate applicable at the date of settlement* », *ibid.*, point 2 a) de la solution finale. C'est nous qui soulignons.

accordées par les arbitres dans ces affaires[869]. *A fortiori*, elle n'a pas pris en compte non plus le montant des indemnités qui auraient pu être accordées aux actionnaires majoritaires de Yukos dans le reste des affaires menées conjointement, encore en cours à ce moment.

680. Du côté des tribunaux CNUDCI saisis par les trois actionnaires majoritaires *Hulley, YUL* et *VPL*, détenant ensemble un peu plus de 70% du capital de Yukos, la question des dommages et intérêts que la Cour européenne des droits de l'Homme aurait pu accorder à Yukos, et qui en raison de la disparition de celle-ci, devaient être versés directement à ses actionnaires, n'a tout simplement pas été évoquée. Pour la détermination des dommages dus aux requérants pour la violation par la Russie des différentes dispositions du traité sur la Charte de l'énergie, les tribunaux se sont basés sur la valeur des actions détenues par les trois demanderesses à la date précédant l'expropriation de leurs participations respectives au sein du capital de la société russe (équivalente à un montant de près de 15 milliards de dollars américains), ainsi que sur le montant des dividendes que les actionnaires auraient dû percevoir si les mesures litigieuses n'avaient pas été adoptées (correspondant à une somme d'un peu plus d'1,7 milliards de dollars américains)[870].

681. A côté de ce premier problème juridique lié au risque des recours multiples pouvant être adressés à l'encontre d'un Etat d'accueil d'un investissement, se pose également la question de la recevabilité de certaines demandes arbitrales introduites par des sociétés actionnaires interposées entre le réel investisseur et l'investissement faisant l'objet du litige, et de la reconnaissance, de manière plus générale, du caractère licite de la pratique connue sous le nom de *treaty shopping*.

B. Le risque des recours multiples introduits contre un Etat en raison de la reconnaissance du caractère licite de la pratique de *treaty shopping*

682. La question de la pratique dite de *treaty shopping* et de la reconnaissance de son caractère licite par les tribunaux avait déjà été abordée un peu plus haut dans le cadre de ce travail[871]. Nous ne reviendrons donc pas ici sur les caractéristiques et les différentes formes que peut prendre cette pratique, mais allons simplement souligner les

[869] *Ibid.*, §§ 43-44. Voir sur ce dernier point l'opinion dissidente commune des juges BUSHEV et HAJIYEV, jointe à l'arrêt sur la satisfaction équitable, point 1.4., paragraphe 3.
[870] CNUDCI, *Hulley c. Russie*, *YUL c. Russie, VPL c. Russie,* sentences du 18 juillet 2014, *op.cit.*, §§ 1782-1817.
[871] Voir, *supra*, Chapitre 4, Section 1, Paragraphe 2, B).

conséquences de celle-ci concernant le problème qui nous intéresse à présent à savoir la multiplication des recours possibles contre un Etat.

683. L'incorporation des sociétés intermédiaires dans des Etats tiers qui contrôlent directement ou indirectement – via notamment la détention des parts du capital d'une société créée en vertu de la législation de l'Etat d'accueil de l'investissement - les avoirs ou les biens faisant l'objet d'un différend, peut permette au véritable investisseur derrière l'écran social de tirer profit des droits conventionnels qu'il ne peut pas invoquer à titre individuel, soit parce que son Etat de nationalité n'a pas conclu un traité dans ce sens avec l'Etat d'accueil de l'investissement, soit parce que cet investisseur possède en réalité la nationalité de l'Etat d'accueil de l'opération litigieuse. Ces entités intermédiaires peuvent avoir des activités économiques réelles dans l'Etat de leur incorporation ou bien être des sociétés fictives constituées afin que leurs fondateurs puissent se prévaloir de certains avantages de nature fiscale, ou bien d'un régime juridique plus favorable concernant leurs investissements réalisés dans d'autres Etats, voire même dans leur propre Etat de nationalité. Quelle qu'en soit la raison, le recours à ces techniques de stratégie corporative n'est pas, de manière générale, considéré comme illicite. L'investisseur est libre de choisir, au sein de la structure sociétale qu'il a mise en place, l'entité qui sera chargée de déposer une requête arbitrale à l'encontre de l'Etat d'accueil de l'investissement devenu l'objet de la réclamation. Ainsi, tout en reconnaissant que « *the aim of the restructuring of their investments in Venezuela through a Dutch holding was to protect those investments against breaches of their rights by the Venezuelan authorities by gaining access to ICSID arbitration through the BIT* », le tribunal saisi à l'occasion de l'affaire *Mobil c. Venezuela* a malgré cela déclaré que « *The Tribunal considers that this was a perfectly legitimate goal as far as it concerned future disputes.* »[872].

684. Dans le cadre des traités de protection des investissements étrangers, les termes « investisseur » et/ou « national » de l'un des Etats contractants désignent aussi bien des personnes physiques que des personnes morales. En vertu de ces définitions, il n'est donc pas exclu qu'un investisseur puisse être une société intermédiaire, qu'il s'agisse d'une entité exerçant réellement des activités sur le territoire de sa constitution ou bien

[872] CIRDI, *Mobil c. Venezuela*, décision sur la compétence du 10 juin 2010, Aff. n° ARB/07/27, § 204 ; voir dans le même sens CIRDI, *Aguas del Tunari S.A. c. Bolivie*, décision sur les objections préliminaires du 21 octobre 2005, Aff. n° ARB/02/3, § 321.

d'une personne morale fictive appelée encore société « boîte aux lettres ». La nationalité de la société requérante est déterminée, dans la majorité des cas, indépendamment de la nationalité des détenteurs ultimes de son capital exerçant un contrôle sur cette dernière.

685. Pour prendre un autre exemple que nous avoins déjà cité précédemment, dans le cadre de l'affaire *Saluka c. République tchèque*, l'Etat défendeur a mis en cause la qualité pour agir de la demanderesse, au motif qu'elle ne disposait pas de liens réels et effectifs avec l'Etat de son rattachement – les Pays-Bas. Les arbitres étaient plutôt réceptifs à un tel argument, mais ont néanmoins considéré que :

> « *However that may be, the predominant factor which must guide the Tribunal's exercise of its functions is the terms in which the parties to the Treaty now in question have agreed to establish the Tribunal's jurisdiction. In the present context, that means the terms in which they have agreed upon who is an investor who may become a claimant entitled to invoke the Treaty's arbitration procedures. The parties had complete freedom of choice in this matter, and they chose to limit entitled "investors" to those satisfying the definition set out in Article 1 of the Treaty. The Tribunal cannot in effect impose upon the parties a definition of "investor" other than that which they themselves agreed. That agreed definition required only that the claimant-investor should be constituted under the laws of (in the present case) The Netherlands, and it is not open to the Tribunal to add other requirements which the parties could themselves have added but which they omitted to add.* »[873]

686. Après avoir reconnu qu'une société intermédiaire, titulaire d'une requête arbitrale, entre dans la catégorie des personnes protégées par le traité de protection des investissements étrangers qui lui sert de fondement pour sa demande, les tribunaux se posent parfois la question de savoir si une telle société peut être considérée comme exerçant réellement un contrôle sur l'investissement qu'elle tend de protéger. Cette deuxième question est pourtant souvent rapidement évacuée au motif qu'elle est pratiquement impossible à résoudre. A titre d'exemple, en répondant à l'argument présenté par l'Etat défendeur selon lequel le terme de « contrôle » devait désigner uniquement l'entité ou la personne exerçant un contrôle réel sur la société enregistrée dans l'Etat d'accueil de l'investissement, le tribunal saisi à l'occasion de l'affaire *Aguas del Tunari c. Bolivie* a exprimé des doutes que l'identité du titulaire du contrôle actuel et effectif sur une société et sur ses actifs pouvait être réellement déterminée. Les arbitres souligné la

[873] CNUDCI, *Saluka Investments BV c. République tchèque*, sentence partielle du 17 mars 2006, §§ 240-241.

complexité de cetet question en énumérant les différentes points d'incertitude qu'ils devaient résoudre :

> « *Would the minutes of one Board of Directors meeting delegating to a parent or subsidiary company management of a majority owned company be evidence of actual control of the company? Would the day to day direction by one company of the operations of a majority owned company not be sufficient evidence of actual control if a parent company dictated which business opportunities would be taken up by the majority owned company and which would not? The difficulty in articulating a test in the Tribunal's view reflects not only the fact that the Respondent did not provide such a test, but also the possibility that it is not practicable to do so* »[874].

687. Il s'en suit que chaque société-maillon d'une chaine d'actionnaires successifs faisant partie du même groupe d'entreprises peut être utilisée par le véritable investisseur afin de soumettre son opération au régime favorable prévu par un traité en matière de protection des investissements conclu entre l'Etat de nationalité de cette société et l'Etat d'accueil[875]. Autrement dit, en acceptant de conclure un seul traité bilatéral d'investissements un Etat s'expose potentiellement à des recours à son encontre par tout opérateur disposant d'une filiale constituée sur le territoire de l'autre Etat partie à un tel traité.

688. La question pourrait alors se poser de savoir quelles sont réellement les intentions et les attentes des Etats qui introduisent des dispositions dans leurs traités conférant des droits aux associés étrangers exerçant un contrôle sur des sociétés créées en vertu de la législation de l'un d'entre, vis-à-vis des actifs de ces sociétés. Est-ce que les Etats contractant visent ainsi de garantir une protection aux véritables investisseurs d'une opération économique, ou bien ils souhaitent tout simplement étendre au maximum le champ d'application de ce type d'instruments et offrir à toute entité, même à celles jouant le rôle d'un simple relais, incorporée sur le territoire de l'un des Etats contractants et détenant le capital d'une société opérant sur le territoire de l'autre Etat contractant, la possibilité d'agir au niveau international à l'encontre de ce dernier ? A en croire une réponse gouvernementale à cette même question, reproduite dans la sentence

[874] CIRDI, *Aguas del Tunari S.A. c. Bolivie*, décision sur les objections préliminaires du 21 octobre 2005, *op.cit.*, § 246.

[875] Voir dans le même sens NIKIEMA (S. H.), *Bonnes Pratiques : Définition de l'investisseur*, Institut international du développement durable, 2012 : « Cela signifie qu'il est possible de remonter la chaîne des investisseurs jusqu'à trouver une société ou une personne physique qui a la nationalité utile de l'Etat Partie au TBI invoqué devant les arbitres », *ibid.*, p. 10.

arbitrale *Aguas del Tunari c. Bolivie* précitée, les Pays-Bas refusaient d'admettre vouloir assurer une protection internationales aux sociétés fictives crées en vertu de leur législation. En répondant à une question qui lui a été adressée par quelques députés siégeant au Parlement néerlandais, concernant la position de leur gouvernement sur l'éventualité que des sociétés multinationales, comme celle qui avait intenté la procédure de réparation à l'encontre de la Bolivie en l'espèce, utilisent le traité bilatéral signé entre les Pays-Bas et la Bolivie comme fondement à leur demandes arbitrales sur la seule base de la présence sur le territoire hollandais d'une filiale-fantôme, le ministre de l'environnement a déclaré que le gouvernement était d'avis que ce traité ne devrait pas être considéré comme applicable en faveur de tels opérateurs[876].

689. La position inverse aurait été sans doute difficilement acceptable pour l'opinion publique. Elle aurait été en plus contraire au principe de confiance mutuelle que les Etats se font en matière d'octroi de nationalité[877]. Il est enfin utile de rappeler que la grande majorité des accords en matière d'investissements conclus à l'heure actuelle est de nature bilatérale. Il s'en suit que les obligations que les Etats souscrivent dans le cadre de ces instruments doivent nécessairement être considérées limitées d'un point de vue *ratione personae*. Or, une interprétation permettant à toute entité qui est simplement enregistrée sur le territoire de l'un des Etats parties à un tel accord, de s'en prévaloir de ses termes, et ce malgré le fait que sa personnalité juridique, théoriquement distincte de celle des détenteurs de son capital, n'est en réalité qu'une pure fiction, aurait potentiellement pour effet d'étendre sans limites les obligations souscrites par l'autre Etat[878].

---

[876] CIRDI, *Aguas del Tunari c. Bolivie*, décision sur la compétence, *op.cit.*, § 255.

[877] Voir sur ce point, KOLB (R.), *La bonne foi en droit international public : contribution à l'étude des principes généraux de droit*, Paris, PUF, 2000, p. 484 avec des nombreux renvois doctrinaux allant dans le même sens ; v. aussi CAFLISCH (L.), *La protection des sociétés commerciales et des intérêts indirects en droit international public*, La Haye, 1969, p. 130, p. 139.

[878] Néanmoins, le tribunal saisi dans l'affaire *Aguas del Tunari,* à l'instar de beaucoup d'autres, a considéré que les éléments qui lui ont été présentés par l'Etat défendeur étaient insuffisants pour qu'il conclue à l'existence d'un « *abuse of corporate form or fraude* », CIRDI, *Aguas del Tunari c. Bolivie*, décision sur la compétence, *op.cit.*, § 331.Voir pour d'autres exemples, CIRDI, *ADC c. Hongrie*, sentence du 2 octobre 2006, Aff. n° ARB/03/16, § 358; CIRDI, *The Rompetrol Group N.V. c. Roumanie,* décision sur la compétence et la recevabilité du 18 avril 2008, *op.cit.*, § 92-93 ; CNUDCI, *Saluka Investments BV c. République tchèque*, sentence partielle du 17 mars 2006, § 238 ; CIRDI, *Mobil c. Venezuela*, décision sur la compétence du 10 juin 2010, § 204.

*

690. L'extension conventionnelle des droits des associés sur les actifs des sociétés qu'ils contrôlent constituées à l'étranger ne semble pas avoir atteint son objectif affiché qui était celui de garantir une protection aux véritables investisseurs d'une opération économique. La raison en est que les conventions ne contiennent généralement pas une définition de cette notion de véritable investisseur[879]. Les traités de protection des investissements étrangers prévoient que le terme investisseur désigne aussi bien les personnes physiques que les personnes morales. Par conséquent, un détenteur indirect – c'est à dire via le contrôle qu'il exerce sur une société intermédiaire – d'un investissement peut être aussi bien un individu qu'une autre personne morale. En consacrant la règle selon laquelle tous les détenteurs du capital d'une société, y compris ceux prenant la forme d'autres personnes morales, pourraient se prévaloir de la faculté d'agir à la place de celle-ci pour la protection de ses biens, avoirs ou droits, les tribunaux arbitraux ont tout simplement ouvert la boîte de Pandore. Ils en ont ainsi conféré le statut d'investisseur protégé à toute filiale, société *holding,* entité relais qui a été créée sur le territoire d'un Etat partie à un traité d'investissements, et à laquelle ses fondateurs et détenteurs des parts sociales ont cédé la propriété, directe ou indirecte, sur une partie ou la totalité du capital d'une autre société détentrice d'un investissement réalisé sur le territoire d'un Etat tiers, voire même parfois sur le territoire de l'Etat de nationalité des fondateurs de l'entité relais, afin qu'elle puisse se prévaloir d'un traité international lui permettant d'agir à l'encontre de l'Etat d'accueil de cet investissement en cas d'une atteinte portée à ce dernier.

691. Cette extension des droits de tout associé étranger détenant directement ou indirectement un investissement a eu pour conséquence de permettre potentiellement à une multitude de personnes, prenant souvent la forme de personnes morales, de prétendre être titulaires du même investissement, et de prétendre avoir subi un dommage distinct à la suite de l'adoption d'une mesure portant atteinte à cet investissement par l'Etat d'accueil de celui-ci. La question de savoir quelle serait la part du préjudice subi, à titre individuel par chacune de ces différentes entités, surtout

[879] Une pratique récente visant d'exclure du champ d'application de certains traités des sociétés constituées conformément à la législation de l'un des Etats contractants qui sont contrôlés par des intérêts étrangers et qui n'exercent pas des activités économiques ou commerciales sur le territoire de leur incorporation doit cependant être signalée. Il s'agit des clauses dites de déni des avantages. Voir sur cette question *infra*, Chapitre 8.

lorsqu'elles font toutes partie du même groupe d'entreprises, est devenue extrêmement compliquée à résoudre en pratique, et peut donner lieu à une multiple peine pour l'Etat auteur de la mesure litigieuse et par conséquent à un multiple dédommagement au profit d'une ou plusieurs personnes se trouvant au bout de la chaîne des actionnaires contrôlant l'ensemble de ce groupe.

CONCLUSION DU TITRE 3

692. L'une des raisons invoquées par la Cour internationale de Justice dans son arrêt de *la Barcelona Traction* pour refuser le *jus standi* de l'Etat national des actionnaires d'une personne morale pour le préjudice subi par cette dernière consistait à dire que:

> « l'adoption de la thèse de la protection diplomatique des actionnaires comme tels, en ouvrant la voie à des réclamations diplomatiques concurrentes, pourrait créer un climat de confusion et d'insécurité dans les relations économiques internationales. Le danger serait d'autant plus grand que les actions des sociétés ayant une activité internationale sont très dispersées et changent souvent de mains. »[880].

693. Le droit international a ainsi refusé d'ouvrir la voie aux détenteurs de titres d'une société de pouvoir agir à la place de celle-ci en cas d'une atteinte aux droits de la personne morale. Une telle faculté a été cependant conférée aux associés et aux actionnaires étrangers d'une société, via l'introduction dans le cadre d'un grand nombre de traités en matière investissements étrangers, d'une disposition dérogeant au principe de séparation du patrimoine de ceux-ci et de celui des sociétés sur lesquelles ils exercent un contrôle.

694. Nous sommes d'avis que cette évolution opérée par le droit conventionnel consistant à conférer des droits aux personnes se trouvant derrière le voie social, était en quelque sorte inévitable car elle répondait à la nécessité de dépasser les fictions juridiques et de mettre en lumière les réels interlocuteurs d'un Etat dans le cadre d'une relation économique impliquant un investissement réalisé sur le territoire de cet Etat, financé par des capitaux étrangers. Nous considérons en revanche que l'ensemble de ce processus risque de se solder par un échec, si on continue, comme c'est le cas actuellement, de reconnaître des droits vis-à-vis des biens faisant du patrimoine d'une société à un ou plusieurs actionnaires de celle-ci qui s'avèrent être à leur tour des personnes morales et dont la nationalité, et par conséquent leur titre pour agir, dans le cadre d'une procédure est déterminée sur la seule base du critère de leur constitution, même lorsque ces personnes morales sont contrôlées par des ressortissant d'un autre Etat. Le processus d'évolution normative visant à tenir mieux compte de la réalité cachée derrière le voile social n'a ainsi pas été mené jusqu'à son terme. Pour régler le problème des réclamations concurrentes et la pratique du *treaty shopping*, il est nécessaire, non pas

[880] CIJ, *Barcelona Traction*, arrêt du 5 février 1970, *Réc.* 1970, p. 49, § 96.

d'exclure la possibilité pour les actionnaires d'agir pour la protection de leurs droits indirects, mais plutôt de trouver le moyen de définir de manière plus réaliste et objective les critères de détermination de la nationalité d'une personne morale en droit international. Une telle redéfinition passe nécessairement par une clarification des circonstances dans lesquelles un recours au critère du contrôle est nécessaire, ainsi que par une précision des modalités de son application.

TITRE 4

LA QUALITÉ D'INVESTISSEUR RECONNUE À UNE SOCIÉTÉ TRIBUTAIRE DE LA NATIONALITÉ DE SES DÉTENTEURS DU CAPITAL

695. En vertu de la règle coutumière telle qu'affirmée[881] et réaffirmée[882] récemment par la Cour internationale de Justice, chaque société qui possède une personnalité juridique en vertu d'un ordre juridique étatique, doit être considérée comme une personne légale distincte et donc potentiellement comme un investisseur à part en droit international. La question de savoir par qui cette société est contrôlée, ou bien si elle fait partie d'un groupe d'entreprises composé de plusieurs autres entités économiques soumises toutes à la même direction stratégique, n'entre en revanche en ligne de compte ni pour le processus de sa *personnification*, ni pour la détermination de sa nationalité par le droit international.

696. Le critère du contrôle tient pourtant une place majeure dans la pratique conventionnelle récente pour la détermination de la nationalité des sociétés-investisseurs. Les Etats s'y réfèrent essentiellement dans deux cas de figure. D'une part, le critère du contrôle est utilisé aux fins du rattachement d'une société créée *à l'étranger* à un Etat contractant d'un traité de protection des investissements dont les ressortissants exercent un contrôle sur cette dernière. Or, ces ressortissants peuvent être aussi bien des personnes physiques que d'autres personnes morales. Dans ce dernier cas la nationalité de la personne morale exerçant le contrôle sur la société créée à l'étranger, ne sera généralement plus déterminée par le biais de ce même critère du contrôle, mais sur la base de celui du lieu de sa constitution. Un tel traitement différencié de détermination de la nationalité des différentes composantes appartenant souvent à un seul groupe sociétal n'est pas satisfaisant d'un point de vue de la cohérence juridique.

697. L'utilisation variable des critères de détermination de la nationalité des personnes morales selon qu'il s'agisse d'une société contrôlée ou d'une société exerçant le contrôle sur la première, créée en outre des conditions propices pour le développement

[881] CIJ, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Nouvelle requête) : 1962 (Belgique c. Espagne)*, arrêt du 5 février 1970.
[882] CIJ, *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, arrêt portant sur les exceptions préliminaires du 24 mai 2007, et arrêt portant sur le fond du 30 novembre 2010.

de la pratique de *treaty shopping* évoquée plus haut. Il suffit en effet pour les dirigeants ou les personnes qui contrôlent l'ensemble d'un groupe d'entreprises de faire enregistrer une société intermédiaire sur le territoire d'un Etat partie à un traité de protection des investissements à laquelle ils vont céder la propriété de la majorité du capital d'une autre société enregistrée dans un Etat tiers et titulaire d'un investissement, pour que cette dernière soit considérée comme nationale du premier Etat. Face à de telles pratiques perçues de plus en plus comme portant atteinte à la souveraineté économique des Etats visés par des requêtes internationales de la part d'entreprises multinationales, sur le fondement de la nationalité de l'une de ses composantes stratégiquement utilisée comme vecteur de leur investissement réalisé sur le territoire de ces derniers, il est nécessaire qu'une nouvelle ligne d'interprétation de ce terme soit adoptée selon laquelle à partir du moment où le critère de contrôle est utilisé pour la détermination de la nationalité d'une société, les tribunaux ne devraient plus tenir compte de la personnalité juridique d'autres personnes morales détentrices du capital de la première société, mais doivent au contraire chercher à déterminer qui exerce effectivement le contrôle sur celle-ci.

698. Parallèlement, le critère du contrôle est utilisé de plus en plus dans la pratique conventionnelle récente aux fins d'empêcher une société souhaitant se prévaloir d'un traité de protection des investissements sur la base de sa nationalité considérée comme étant celle de l'Etat où elle est constituée, de pouvoir le faire s'il s'avère que cette société n'exerce pas d'activités économiques réelles sur le territoire de cet Etat et qu'elle est contrôlée par des intérêts provenant d'un Etat tiers ou bien de l'Etat contre lequel elle entend porter sa réclamation. Ces nouvelles dispositions, visant à garantir l'effectivité du lien de rattachement entre une société et son Etat de constitution, sont connues sous le nom de clauses de déni des avantages.

699. Le critère du contrôle joue ainsi un double rôle aujourd'hui en matière de détermination de la nationalité d'une société. D'une part, il sert à faire rattacher des sociétés créées à l'étranger à l'Etat d'origine du contrôle sur celles-ci (**Chapitre 7**). D'autre part, il est au contraire utilisé pour empêcher une société constituée sur le territoire d'un Etat partie à un traité de se prévaloir de la nationalité de celui-ci, si elle est contrôlée par des intérêts étrangers **(Chapitre 8)**. Cette double fonction attribuée à ce critère par les Etats est révélatrice du rôle du premier plan qu'il joue aujourd'hui pour la détermination de la nationalité d'une société détentrice d'un investissement. Le moment nous semble par

conséquent opportun pour mener une nouvelle réflexion générale sur la place, les conditions et les modalités d'application du critère du contrôle dans le cadre du processus de détermination de la nationalité des sociétés.

CHAPITRE 7

LA QUALITÉ D'INVESTISSEUR PROTÉGÉ RECONNUE À UNE SOCIÉTÉ EN RAISON DE SON CONTRÔLE PAR DES INTÉRÊTS ÉTRANGER

700. A l'occasion de l'affaire *Diallo* de 2007, la Guinée a saisi la Cour internationale Justice en prétendant, entre autres, pouvoir exercer sa protection diplomatique au profit de l'un de ses ressortissants, M. Diallo, pour des prétendus actes illicites de la République démocratique du Congo dirigés contre les droits de deux sociétés créées en vertu de la législation congolaise, au motif que M. Diallo était l'ultime et unique détenteur des parts sociales de ces dernières. Les juges, en réaffirmant la position adoptée par la même Cour dans le cadre de son arrêt de *la Barcelona Traction* de 1970, ont d'une part estimé que le titre de protection diplomatique pour les droits d'une société lésée revenait uniquement à son Etat national, et non pas à l'Etat national de ses associés, et d'autre part qu'en vertu d'un principe bien établi en droit international la nationalité d'une société devait être déterminée en fonction du lieu son incorporation et du lieu de son siège social[883]. La recevabilité de cette partie de la demande da la Guinée avait alors été rejetée.

701. Pourtant, avant même l'arrêt de 1970, une partie de la doctrine avait déjà insisté sur la différence de nature qui existait entre le rattachement purement juridique d'une société à l'Etat en vertu de la législation duquel elle a été créée, et son allégeance dite *politique* qui, selon les mêmes auteurs, ne pouvait pas dépendre uniquement du lieu de sa constitution mais devait tenir compte également de la nationalité des personnes qui exerçaient un contrôle sur une telle société. Les solutions précitées de la Cour internationale de Justice se fondent en effet non pas sur la base de la pratique des Etats en des conditions de protection des personnes morales en droit international, mais sur des principes communément partagés par les droits internes concernant les règles applicables au fonctionnement des sociétés[884]. Le principe jurisprudentiel ainsi établi

[883] CIJ, *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, arrêt portant sur les exceptions préliminaires du 24 mai 2007, *op.cit.*, §§ 86-92.
[884] DUGARD (J.), « Quatrième rapport sur la protection diplomatique », A/CN.4/530, p. 8., consultable sur : http://legal.un.org/ilc/documentation/french/a_cn4_530.pdf

n'est alors pas forcément adapté pour le besoin de la protection des sociétés en droit international. Il est en effet peu probable qu'un Etat exerce sa protection diplomatique en faveur d'une société sur la seul bas qu'elle est constituée conformément à son droit interne, sans se demander en outre quelle est la part du capital d'un tel groupement détenue par ses ressortissants[885].

702. En refusant de tenir compte de l'origine du capital d'une société pour le besoin de sa protection en droit international, la Cour internationale de Justice a poussé les Etats à recourir à des mécanismes conventionnels dérogeant à la rigide règle prétorienne. De nombreux Etats exportateurs de capitaux ont ainsi pris l'initiative de faire introduire dans le cadre des conventions de protection des investissements qu'ils ont conclues, la précision selon laquelle une société constituée dans un Etat tiers ou bien dans un autre Etat contractant, mais contrôlée par leurs ressortissants devait être considérée comme ayant leur nationalité.

703. Continuer à nier l'importance que les Etats accordent au critère du contrôle comme condition à la protection des sociétés en droit international nous paraît à l'heure actuelle infondé. Comme un auteur l'avait fait observer, en refusant de tenir compte de cette pratique la Cour internationale de Justice a manqué en effet « une excellente occasion d'apposer son sceau sur une règle de droit international coutumier qui prend corps »[886], mais aussi de fixer les conditions et les règles d'application de ce critère du contrôle. L'absence de telles règles communes et l'absence d'une définition claire de la notion de contrôle exercé sur une société pose de nombreuses difficultés aujourd'hui concernant la mise en œuvre de ce critère de rattachement par les tribunaux arbitraux en contentieux d'investissement (**Section 1**). Ce critère devrait, à notre avis, jouer un rôle plus général dans la détermination de la nationalité de toute personne morale en droit international (**Section 2**).

[885] METZGER (S.), « Nationality of corporate investment under investment guaranty schemes : the relevance of Barcelona Traction », *AJIL*, vol. 65, 1971, p. 541.
[886] DUGARD (J.), « Quatrième rapport sur la protection diplomatique », A/CN.4/530, *op.cit.*, qui cite à son tour LILLICH (R.), « The rigidity of Barcelona », *AJIL*, vol. 65, 1971, p. 525 et p. 531.

SECTION 1

LES DIFFICULTÉS D'APPLICAION DU CRITÈRE DU CONTRÔLE AUX FINS DU RATTACHEMENT D'UNE SOCIÉTÉ CONSTITUÉE SUR LE TERRITOIRE D'UN ETAT À UN AUTRE ETAT

704. Le critère du contrôle est aujourd'hui largement utilisé pour la définition des termes « investisseur » ou « national » d'un Etat partie dans le cadre des accords de protection des investissements étrangers[887]. Toutefois, selon la manière dont la plupart de ces instruments sont rédigés, ce mode de détermination du rattachement d'une société s'ajoute à ceux traditionnellement utilisés à cette fin par le droit international général, c'est-à-dire le lieu d'incorporation et le lieu du siège social. A titre d'exemple, les traités conclus par les Pays-Bas incluent dans leur définition d' « investisseur » non seulement les personnes morales constituées en vertu du droit de l'un des Etats parties au traité, mais aussi « les personnes morales non constituées selon le droit de cette Partie contractante mais contrôlées, directement ou indirectement, par des personnes physiques ou par des personnes morales » de cet Etat partie[888]. En outre, dans le cadre des accords bilatéraux d'investissements conclus par la France, il est habituellement indiqué que le terme « investisseur » désigne :

> « toute personne morale constituée sur le territoire de l'une des Parties contractantes, conformément à la législation de celle-ci et y possédant son siège social, ou contrôlée directement ou indirectement par des nationaux de l'une des Parties contractantes, ou par des personnes morales possédant leur siège social sur le territoire de l'une des Parties contractantes et constituées conformément à la législation de celle-ci. »[889].

705. De manière semblable l'article 25.2. (b) de la Convention de Washington de 1965 ayant institué le CIRDI, dont la compétence ne s'étend qu'aux différends qui opposent un Etat contractant à un ressortissant d'un autre Etat contractant, prévoit que le terme « ressortissant » désigne d'une part « toute personne morale qui possède la nationalité

---

[887] Voir dans le même sens NIKIEMA (S.H.), *Bonnes pratiques : Définition de l'investisseur*, Institut international du développement durable, 2012, p. 9. Selon cet auteur : « Le critère du contrôle est systématiques inséré dans la quasi-totalité des TBI dans le monde ».

[888] Voir à titre d'exemple, l'article 1(b)(ii) et (iii) du traité entre les Pays-Bas et la République du Burundi, signé le 24 mai 2007 à Bujumbura et entré en vigueur le 1er août 2009 ; l'article 1 (b) (ii) et (iii) du traité entre les Pays-Bas et l'Algérie signé le 20 mars 2003 et entré en vigueur le 1er août 2008 ou encore l'article 1(b) (ii) et (iii) du traité entre les Pays-Bas et l'Arménie signé le 10 juin 2005 et entre en vigueur le 1er août 2006.

[889] Voir à titre d'exemple l'article 1(2)(b) du traité entre la France et le Djibouti, signé le 13 décembre 2007 à Paris et entré en vigueur le 15 juin 2010 ou encore l'article 1.2 du traité entre la France et l'Arabie saoudite signé le 26 juin 2002 et entré en vigueur le 18 mars 2004. Voir dans le même sens, l'art. 1.3 du modèle de traité bilatéral d'investissement de la France de 2006.

d'un Etat contractant autre que l'Etat partie au différend », mais aussi et d'autre part « toute personne morale qui possède la nationalité de l'Etat contractant partie au différend […] et que les parties sont convenues, aux fins de la présente Convention, de considérer comme ressortissant d'un autre Etat contractant en raison du contrôle exercé sur elle par des intérêts étrangers. ».

706. La fréquente référence au critère du contrôle pose toutefois de nombreuses questions concernant son interprétation et sa mise en application. Qui sont les titulaires d'un contrôle exercé sur une société ? Que faire lorsqu'une société créée en vertu de la législation d'un Etat A est contrôlée par une autre entité enregistrée dans un Etat B, qui est elle même contrôlée par une personne morale d'un Etat C et ainsi de suite ; jusqu'à quel niveau doit-on percer le voile social des sociétés faisant partie d'un groupe complexe d'entreprises ayant des rattachements étatiques multiples, afin de découvrir l'identité de la ou des personnes exerçant le contrôle ultime sur celles-ci ? Pour pouvoir éclaircir ces points, et d'autres encore, il est dans un premier temps nécessaire d'essayer de comprendre ce qu'on doit entendre par l'expression contrôle exercé sur une société (**Paragraphe 1**). Dans un deuxième temps nous nous intéresserons au contexte normatif des règles de protection faisant référence à ce critère, afin de tenter de dévoiler le rôle précis que les Etats parties à ce type de conventions ont voulu lui attribuer dans le cadre de leurs relations (**Paragraphe 2**).

PARAGRAPHE 1
LE CRITÈRE DU CONTRÔLE MAL DÉFINI

707. Pour reprendre la réflexion d'un auteur à ce sujet :

> « il est [...] paradoxal de constater d'une part, l'usage quotidien du terme du contrôle et le rôle qu'il joue dans le droit des affaires et d'autre part, le caractère flou d'une notion autour de laquelle la doctrine, la loi et la jurisprudence tracent des contours hétérogènes en partant de centres d'intérêts différents »[890].

708. La raison en est sans doute que le mot « contrôle » peut avoir des significations différentes. Dans son sens le plus commun, il peut tout d'abord s'entendre comme

[890] ARAKELLIAN (R.), *La notion de contrôle*, Thèse dactylographiée, Université Paris V, Paris, 2000, n°1, p. 3

vérification (de documents, de connaissances etc.)[891]. Il peut aussi désigner le fait de dominer, de maîtriser[892]. Dans le contexte du droit des sociétés, ce terme peut alors être compris comme désignant les personnes qui sont en charge de la gestion des affaires d'une entreprise, autrement dit ses dirigeants, ou bien les personnes auxquelles les dirigeants sont obligés de rendre compte, soit les détenteurs du capital de la personne morale. Ces derniers disposent en effet du pouvoir de nommer et le cas échéant, de révoquer les dirigeants de leur société, lorsque les résultats réalisés par ceux-ci ne sont pas jugés suffisants ou bien lorsqu'ils refusent de suivre les instructions qui leur ont été fournies. Or, d'autres personnes, extérieures aux organes de l'entreprise, pourraient également disposer de certains pouvoirs de contrôle vis-à-vis de la société et plus particulièrement vis-à-vis de ses organes de direction. Par exemple, la régularité des comptes de l'entreprise pourrait faire l'objet d'un contrôle de la part d'un commissaire aux comptes. D'autres institutions de nature administrative ou juridictionnelle pourraient aussi être amenées à se prononcer sur la légalité de certaines décisions prises par la société. Toutefois, « de la même façon que les contrôleurs aériens ne se mêlent pas du pilotage des avions »[893], ce type de contrôleurs externes qui ne s'immiscent pas directement dans la gestion des affaires de la société ne peuvent pas être considérés, à notre avis, comme des personnes dont le rôle doit être pris en compte pour identifier les titulaires du contrôle exercé sur une personne morale.

709. L'un des premiers auteurs qui a consacré une étude au problème du contrôle des sociétés, a fondé son analyse sur la base d'une comparaison, établie sans doute de manière un peu schématique, entre la structure des sociétés et celle de certains types d'Etats. Selon ses mots « Les sociétés commerciales peuvent être considérées, dans l'organisation de leur structure interne, comme de petits Etats économiques à forme

[891] *Le Petit Robert*, Nouvelle édition du Petit Robert de Paul Robert sous la direction de Josette REY-DEBOVE et Alain REY, Le Robert, 2016, p. 535.
[892] *Ibid.*
[893] LAPRADE (F.M.), *Concert et contrôle*, Paris, Joly, 2007, p. 12. Des tiers à la société en raison des relations économiques de dépendance qu'ils nouent avec celle-ci, comme par exemple des clients, des fournisseur ou de créanciers, pourraient influencer ses choix de gestion et de conduite des affaires sous la menace de rupture des rapports commerciaux ou bien d'une action de réclamation des dettes qu'elle a accumulées vis-à-vis de telles personnes. Selon Monsieur MANCIAUX cependant, de telles personnes ne devraient non plus être considérées comme exerçant un contrôle sur cette société pour le besoin de la détermination de sa nationalité, tout simplement parce que de tels rapports ne peuvent pas être décrits comme des investissement, et donc ces tiers ne peuvent pas être qualifiés d'investisseurs susceptibles de prétendre à une protection de leurs intérêts commerciaux ou financiers, MANCIAUX (S.), *Investissements étrangers et arbitrage entre Etats et ressortissants d'autres Etats*, Paris, Litec, 2004, p. 159.

généralement démocratique »[894]. Comme ces derniers, elles disposent d'un organe représentatif des membres de la société, l'assemblée des associés qui est l'équivalent du pouvoir législatif des Etats. Les organes de direction et d'administration jouent, pour leur part, le rôle du pouvoir exécutif en assumant la responsabilité de la gestion interne (convocation des autres organes, propositions de décisions) mais aussi externe, en représentant la société à l'égard des tiers et en agissant en son nom. Une présentation comparable de la structure sociétale est proposée en outre par certains auteurs du droit des sociétés interne en France. En vertu de celle-ci, l'administration des sociétés se caractérise en général par deux composantes, qui parfois peuvent se retrouver entre les mains des mêmes personnes : le *pouvoir de décision* et d'élaboration de la volonté sociale, qui en général fait partie des prérogatives de l'assemblée des associés, et le *pouvoir de représentation* qui consiste dans l'exécution par les gérants et les administrateurs, dans les rapports avec les tiers, des opérations autorisées par les organes de décision[895]. Même si les dirigeants et les administrateurs d'une entreprise ne peuvent pas de manière générale être qualifiés de simples mandataires aux associés de celle-ci[896] en raison des certains pouvoirs propres dont ils disposent, ils ne sont pas non plus considérés comme les personnes déterminant de manière originaire la politique de la société. Leur mandat dépend toujours de l'approbation de l'assemblée des associés.

710. La même logique de raisonnement a été suivie également par certains tribunaux en matière d'investissements étrangers. Ainsi, à l'occasion de l'affaire *S.I.B.G. c. République de Guinée*, la demanderesse, une société anonyme guinéenne dont la direction générale avait été conférée à un ressortissant français, a soutenu se trouver sous un contrôle français car « des intérêts étrangers étaient en mesure d'influencer la vie de la société »[897]. Le tribunal n'a pas admis cette manière de voir les choses « le contrôle exercé par le Président du Conseil d'administration, Président-Directeur général, n'est que partiel et ne saurait s'exercer à l'encontre de la politique voulue par la majorité des associés »[898].

711. Ce sont donc les associés qui sont généralement considérés comme titulaires du contrôle

[894] MICHEL (R.), *Le contrôle économique des sociétés et ses rapports avec leur nationalité*, Thèse, Société Française d'Imprimerie, Poitiers, 1923, p. 5 (198 pages).
[895] GERMAIN (M.), MAGNIER (V.), *Traité du droit des affaires. Les sociétés commerciales*, L.G.D.J., Paris, 20ème édition, 2011, p. 140, (1082 pages)
[896] *ibid.* ; LE CANNU (P.), DONDERO (B.), *Droit des sociétés,* Montchrestien, Paris, 4ème édition, 2012, pp. 276 et s. (1072 pages).
[897] CIRDI, *S.I.B.G. c. République de Guinée*, Aff. n° ARB/12/8, sentence du 21 mai 2014. § 107.
[898] *Ibid.*, § 108.

exercé sur une société[899]. En cas de partage du capital social, ce pouvoir reviendrait à l'associé ou au groupe national d'associés disposant de la majorité des titres sociétaux assortis d'un droit de vote au sein de l'assemblée (**A**). La question se pose en revanche de savoir qui serait le titulaire du contrôle lorsqu'aucun des détenteurs du capital social, ou aucun groupe national d'associés, ne dispose de la majorité des parts de celui-ci (**B**).

A. Le contrôle exercé sur une société résulte de la détention de la majorité de ses titres assortis d'un droit de vote

712. Le droit qui découle au profit de chaque participant au contrat sociétal peut prendre des noms divers comme *intérêt*, *part sociale*, *titre* ou encore *action*. Ce dernier terme est en principe réservé pour les sociétés de capitaux et signifie que le titre dont dispose l'associé (appelé également actionnaire) est librement négociable. En règle générale, dans tous les types de sociétés[900], qu'elles soient de personnes ou de capitaux, fermées ou ouvertes au public, les associés sont ceux qui détiennent l'essentiel des pouvoirs de nature politique en prenant part de plein droit aux décisions collectives[901] et notamment à celles concernant la nomination ou le cas échéant la révocation des dirigeants de la société[902]. Comme toute règle générale, celle-ci souffre également de certaines exceptions dues à la forme particulière de certains groupements dans lesquels le droit de regard des associés sur la conduite des affaires de la société peut se retrouver fortement limité[903]. En dehors de telles situations particulières cependant, les titulaires du contrôle

---

[899] ACCONI (P.), « Determining the Internationally Relevant Link between a State and a Corporate Investor. Recent Trends concerning the Application of the "Genuine Link" Test », *The Journal of World Investment & Trade*, 2004, vol. 5, p. 158.

[900] Que les différents auteurs distinguent selon des critères divers, notamment selon le risque encouru par les associés, selon l'activité commerciale ou civile des groupements, selon la libre aliénation ou pas de ses titres etc.

[901] Voir pour un exemple de cette règle, l'article 1844 du Code civil français qui dispose que « *tout associé a le droit de participer aux décisions collectives* ».

[902] Sur la base de son étude portant sur plusieurs réglementations nationales, M. LUTTER a pu conclure concernant l'assemblée des associés que : « *this organ of the company has both original and ultimate decision-making power* », LUTTER (M.), « Limited Liability Companies and Private Companies », *in International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. XIII (Business and Privare Organizations), Mohr Siebeck, Tübingen, 1998, § 211.

[903] Tel est le cas par exemple de la société en commandite par actions existant en droit français. Celle-ci regroupe deux sortes d'associés: les premiers nommés *commandités* qui peuvent être personnellement responsables des pertes du groupement, et les deuxièmes appelés *commanditaires*, qui ont le statut d'actionnaires d'une société de capitaux. C'est seulement ces derniers qui peuvent participer aux assemblées des associés. La commandite par actions est conçue de manière à permettre à une entreprise familiale en expansion qui souhaiterait élargir et développer son activité, de faire appel à des financements de la part de tiers pour réunir des capitaux suffisants pour ses investissements futurs, sans remettre en cause le rôle prépondérant joué au niveau de la direction de la société par la famille. Pour cela la loi autorise que les gérants, qui ne peuvent être que des commandités ou sinon des personnes étrangères à la société (les commanditaires ne peuvent pas être gérants), soient désignés par les statuts de celle-ci. Leur révocation par l'assemblée des actionnaires ne sera alors pas possible. Dans de tels cas particuliers,

sur une société seraient les associés disposant d'une fraction majoritaires des titres du capital de celle-ci. A titre d'illustration, dans la toute première affaire soumise devant un tribunal arbitral constitué sous les auspices du CIRDI, *Holiday Inns c. Maroc*, les arbitres ont conclu à l'existence d'un contrôle exercé sur une société marocaine par des investisseurs américains, au motifs que ces derniers détenaient 51 % de son capital[904].

713. Or, comme un auteur l'avait très justement fait remarquer « l'étendue des prérogatives d'un associé dans la prise des décisions sociales n'est plus nécessairement proportionnelle à l'importance de sa participation dans le capital social »[905], et cela en raison de la nature diverse des titres sociétaux. L'hypothèse envisagée, qui se rencontre surtout dans le cadre des sociétés de capitaux, est celle de l'existence d'actions dites de préférence qui donnent à leurs titulaires des droits qualitativement différents des droits dont disposent les porteurs des autres actions dites ordinaires[906]. Ces actions de préférence peuvent notamment octroyer un droit de vote multiple au profit de ses bénéficiaires (alors que le principe régissant les actions ordinaires est celui de l'égalité stricte entre le nombre d'actions et le nombre de voix), ou au contraire priver totalement ses détenteurs de la possibilité de prendre part à l'adoption des décisions collectives. Dans ce dernier cas, il est fréquent que les porteurs de ce type d'actions se voient octroyer en contrepartie un droit aux bénéfices plus important que celui dont disposent

---

où le gérant se trouve investi de manière préétablie et dispose d'une liberté complète d'action sans être soumis à la volonté et donc à la censure de l'assemblée des associés, et où il devient quasi - irrévocable à moins que lui-même ne consente à sa propre révocation, nous pouvons estimer que c'est cette même personne qui dirige *et contrôle* la société. Voir sur cette forme de société GERMAIN (M.), MAGNIER (V.), *Traité de droit des affaires. Les sociétés commerciales*, L.G.D.J., Paris, 20ème édition, 2011, p. 767 et s.; Voir aussi pour une analyse approfondie des spécificité de ce type sociétal, COUDERT (M.A.), *Le nouveau régime de la société en commandite par actions,* thèse, Paris, 1970.

[904] CIRDI, *Holiday Inns SA c. Maroc*, sentence du 13 janvier 1972, affaire n° ARB/72/1 ; LALIVE (P.), « The First World Bank Arbitration », *BYIL*, 1980, pp. 123-161, spéc. p. 139. Voir dans le même sens CIRDI, *Kloeckner c. Cameroun*, sentence du 21 octobre 1983, Aff. n° ARB/81/2, *JDI*, 1983, pp. 412-413. *A forciori*, aucun obstacle ne s'est posé devant les arbitres pour constater l'existence d'un contrôle étranger, dans l'affaire *Amco c. Indonésie,* dans laquelle, au moment de leur saisie, le capital de la filiale indonésienne *P.T.Amco*, dont le sort subi était au cœur du différend entre les parties, était entièrement détenu par des intérêts étrangers. Et cela même si une cession progressive des actions au profits de ressortissants indonésiens a été prévu par un accord, de manière à ce que à la fin de la 19ème année après l'établissement de la filiale, tout son capital soit transféré entre les mains des ressortissants du pays défendeur de la procédure. CIRDI, *Amco Asia c. Indonésie*, sentence du 20 novembre 1984, Aff. n° ARB/81/1, *ILM*, 1984, vol. 23, pp. 351-383, spéc. p. 360.

[905] STORCK (M.), « Définition légale du contrôle d'une société en droit français », *Revue des sociétés*, 1986, p. 392.

[906] Pour un exemple d'actualité, voir la répartition du capital dans la coentreprise pour les turbines à vapeur créée entre l'entreprise française Alstom et le conglomérat américain General Electric. En vertu de l'accord conclu le 19 décembre 2014, l'investisseur américain et l'Etat français détient chacun 50 % du capital de celle-ci, mais l'Etat français dispose de ce qu'on appelle une « *Golden Share* » lui conférant un droit de véto pour la prise des décisions concernant un certain nombre de sujets relatifs au développement et la disponibilité des turbines *Arabelle* inventées par Alstom.

les actionnaires ordinaires. D'où l'importance d'un élément supplémentaire dont il faut tenir compte pour la détermination de l'identité et de la nationalité des « contrôleurs » d'une société, qui est celui du pourcentage des droits de vote découlant de la détention de leurs parts sociales. Ce dernier aspect est d'ailleurs régulièrement pris en considération par la jurisprudence, même dans les cas où le texte faisant référence au critère du contrôle ne mentionne pas expressément la nécessité pour l'associé détenant la majorité du capital d'une société, de disposer également de la majorité des droits de vote au sein de l'assemblée de celle-ci.

714. A titre d'exemple, en vertu de l'article VII(1)(b) de la Déclaration portant sur le règlement des différends jointe aux accords d'Alger ayant institué le tribunal des réclamations irano-américain, pour qu'une personne morale puisse être considérée comme nationale de l'Iran ou des Etats-Unis en vue de sa protection, il faut qu'elle soit constituée conformément à la législation de l'un de ces deux Etat et que des ressortissants du même Etat possèdent collectivement « un intérêt dans ladite société ou entité équivalant au moins à 50% de son capital »[907]. A l'occasion des affaires *Flexi Van Leasing Co c. Iran* et *General Motors Corp c. Iran*, la première Chambre du tribunal arbitral créé a interprété cette disposition comme impliquant que la détention de 50 % ou plus des droits de vote d'une société était nécessaire[908].

715. Cette manière d'application de l'article VII§1 de la Déclaration d'Alger, a été contestée par l'Etat iranien sur la base de l'article VI paragraphe 4, qui donne la possibilité aux deux Etats parties de soumettre au Tribunal toute question relative à l'interprétation ou l'application de l'une des disposition de l'accord[909]. Le Tribunal réuni en sa formation plénière a alors estimé que le terme *capital stock*, tel qu'il a été employé par l'article VII, se référait à la fois aux actions comportant un droit de vote ainsi qu'aux celles qui n'en disposaient pas. Par conséquent, sur la base du principe de liberté d'interprétation dont jouissaient les tribunaux en matière d'admissibilité et d'appréciation des éléments

[907] En anglais, le terme de *capital stock* a été utilisé. Voir le texte complet de la Déclaration du gouvernement de la République démocratique et populaire d'Algérie sur le règlement du contentieux entre le gouvernement des Etats-Unis d'Amérique et le gouvernement de la République islamique d'Iran du 19 janvier 1982, disponible sur le site officiel du Tribunal: http://www.iusct.net/General%20Documents/2-Claims%20Settlement%20Declaration.pdf ; Pour une traduction en français de l'article VII, voir MANCIAUX (S.), *Investissements étrangers et arbitrage entre Etats et ressortissants d'autres Etats*, *op. cit.,* p. 157, note de bas de page 530.

[908] Affaires n°38, Ordonnance du 15 déc. 1982 et n°94, Ordonnance du 18 janvier 1983, *AJIL*, 1983, vol. 77, pp 642-646

[909] *Iran c. Etats-Unis*, Affaire n° A/20 du 26 juin 1986, *Iran - U.S. Claims Tribunal Reports*, 1986, vol.11, pp. 271-282

de preuve, c'était en fonction des circonstances particulières de chaque espèce que la formation saisie devait décider « *whether it is sufficient to rely solely on evidence of the ownership of voting stock as in Flexi-Van, or if further evidence is needed* »[910]. Les arbitres ont ajouté que parfois la quantité des actions ne comportant pas des droits de vote détenus par certains actionnaires pouvait constituer une part si importante du capital de la société que la nationalité de ces derniers devrait nécessairement être prise en compte par le tribunal en vue de sa conclusion[911].

716. Nous ne partageons que partiellement une telle affirmation. La prise en considération de la nationalité des actionnaires ne disposant pas d'un droit de vote pourrait s'avérer utile, à condition que d'autres types de prérogatives ou garanties leurs soient conférées et qu'ils peuvent ne pas tenir compte ou bien contrer d'une manière ou d'une autre les décisions adoptées par les actionnaires pouvant voter. Leur rôle pourrait en outre s'avérer déterminant s'ils occupent des postes clés au sein de l'entreprise sans être directement soumis à la censure du reste des actionnaires. En revanche, si leur rôle se limite uniquement au financement de certaines opérations d'investissement et à un droit préférentiel au moment du partage des bénéfices, leur participation au capital est sans importance pour l'examen de la question du contrôle de la société. L'expansion de l'entreprise ne serait peut-être pas envisageable sans leurs contributions, mais juridiquement, dans un tel cas de figure, ce ne sont pas les donneurs de fonds qui ont le pouvoir d'adopter les décisions sociales. L'importance de la nationalité de ce type d'actionnaires devrait par conséquent dépendre avant tout de l'étendu de leurs droits et non pas uniquement du nombre des parts sociales qu'ils détiennent.

717. Les situations les plus compliquées résultent toutefois des cas de figure dans lesquels aucun des détenteurs du capital d'une société, ou aucun groupe national d'associés de celle-ci, ne possède la majorité des droits de vote au sein de son organe décisionnel.

B. La détermination du titulaire du contrôle exercé sur une société en cas d'absence d'une participation majoritaire au sein de son capital

718. Dans une situation dans laquelle aucun associé, ni aucun groupe d'associés partageant la même nationalité, ne dispose de la majorité des droits de vote, le contrôle exercé sur la société ne pourrait être établi que sur la base de certaines considérations de fait. On

[910] *ibid*., p. 275
[911] Voir sur la même question DAILLIER (P.), « Tribunal irano - américain de réclamations », *AFDI*, 2000, vol. 46, p. 355

parlera alors d'un contrôle exercé *de facto*, c'est-à-dire d'une hypothèse dans laquelle un ou plusieurs associés ayant la même nationalité se retrouvent dans une position leur permettant d' « exercer une influence déterminante sur les dirigeants, la gestion et le choix des membres du conseil d'administration ou de tout autre organe de direction de la personne morale »[912]. Le contrôle *de facto* découlerait donc de la maîtrise sur la composition des organes de la société (1). L'influence exercée sur ces derniers ne pourra en revanche pas être considérée comme déterminante dans les cas où les pouvoirs dont disposent certaines personnes sont susceptibles d'être neutralisés par des contre-pouvoirs détenus par d'autres (2).

1. Le contrôle *de facto* résultant de la maîtrise sur la composition des organes de la société

719. Le pouvoir de nomination des organes de direction ou de surveillance d'une société pourrait résulter d'un accord entre les associés qui décident de se répartir la responsabilité pour les postes des dirigeants, des administrateurs ou des surveillants afin d'établir un équilibre entre eux. Il se peut, en outre, qu'un ou plusieurs associés soient en mesure, en raison par exemple de leurs connaissances techniques, de leurs capacités financières ou tout simplement de leur pouvoirs relationnels, d'imposer leurs choix de stratégie ou de personnel au reste des cocontractants de l'entreprise. Enfin, le pouvoir de nomination pourrait résider entre les mains de certains associés qui en raison du pourcentage important des droits de vote dont ils disposent par rapport à celui des autres détenteurs du capital, auraient une majorité relative pour la prise des décisions sociales, sans disposer pour autant de la majorité absolue des voix au sein de l'assemblée générale.

720. Ainsi, certaines législations nationales établissent-elles une présomption en vertu de laquelle une personne sera considérée comme exerçant un contrôle sur une société lorsqu'elle dispose, directement ou indirectement, d'une fraction de droits de vote supérieure à 40% et qu'aucun autre associé ou actionnaire ne détient directement ou indirectement une fraction supérieure à la sienne[913]. Ce pourcentage, qui certes est

[912] C'est la définition de la notion du contrôle de fait établie par le Tribunal arbitral constitué dans le cadre du CIRDI à l'occasion de l'affaire *Plama c. Bulgarie*, décision sur la compétence du 8 février 2005, affaire n° ARB/03/24, § 178.

[913] Voir l'article L.233-3, III du Code du commerce français. Même si le texte de cet article a été initialement conçu uniquement pour permettre de constater des participations d'autocontrôle, la doctrine considère en général qu'il a la vocation plus large de donner une définition de la notion du contrôle d'une

minoritaire sur une base purement arithmétique, peut s'avérer dans les faits déterminant pour deux raisons principales. Premièrement, comme la règle l'énonce elle-même, la présomption ainsi établie résulte de l'absence d'une majorité unifiée ou coordonnée en face. Deuxièmement, au sein des grandes sociétés cotées, une partie des actionnaires détenant une participation minoritaire, sont souvent des simples épargnants ou des spéculateurs qui se désintéressent de la gestion de la société, et ne participent jamais ou très rarement aux assemblées, ce qui permet la constitution d'une majorité relative, c'est à dire une majorité de voix par rapport aux associés ou actionnaires présents à la réunion.

721. D'autres normes établissent la présomption de l'exercice d'un contrôle non pas sur la base d'un seuil quantitatif de possession de parts sociales ou de droits de vote, mais de la capacité des associés ou des actionnaires d'imposer leur volonté au sein de la société. Ainsi, la directive européenne « transparence » 2004/109/CE du 15 décembre 2004 qui a pour objectif de fixer certaines exigences concernant la divulgation d'informations sur les émetteurs de valeurs mobilières qui opèrent sur un marché réglementé dans l'un des Etats membres de l'Union, définit une entreprise contrôlée comme une entreprise dans laquelle une personne morale ou physique détient la majorité des droits de vote ou sinon dont elle « possède le droit de nommer ou de révoquer la majorité des membres de l'organe d'administration, de direction ou de surveillance, et est en même temps détenteur d'actions ou associé de l'entreprise en question »[914]. Elle prévoit en outre qu'une situation de contrôle peut être constatée dans le cas d'une entreprise « sur laquelle une personne physique ou morale a le pouvoir d'exercer ou exerce effectivement une influence dominante ou un contrôle »[915]. Dans ce dernier cas, et comme un auteur l'a très bien résumé, les voix des titulaires d'un tel contrôle « ne se comptent pas, elles se pèsent. Leur poids tient à la position stratégique ou financière de l'intéressé dans la société »[916].

---

société par une autre. LE CANNU (P.), DONDERO (B.), *Droit des sociétés,* 4ème édition *op. cit.,* p. 948, § 1507

[914] Article 2, f), ii) de la Directive 2004/109/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 décembre 2004 sur l'harmonisation des obligations de transparence concernant l'information sur les émetteurs dont les valeurs mobilières sont admises à la négociation sur un marché règlementé et modifiant la directive 2001/34/CE, disponible sur :
http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:390:0038:0057:FR:PDF

[915] Article 2, f), iv) de la Directive 2004/109/CE du 15 décembre 2004, *op. cit.*

[916] SCHMIDT (D.), « Les définitions du contrôle d'une société », *Revue de jurisprudence commerciale*, 1998, numéro spécial, p. 12

722. Une variante normative légèrement différente est prévue également par la loi française relative à l'obligation pour les sociétés commerciales de publier des comptes consolidés ainsi que des rapports sur la gestion du groupe de sociétés qu'elles contrôlent. Pour le besoin de cette loi, l'exercice du contrôle par une société sur une autre est définie comme étant la capacité de la première de procéder à la « désignation, pendant deux exercices successifs, de la majorité des membres des organes d'administration, de direction ou de surveillance d'une autre entreprise »[917]. Cette condition supplémentaire qui introduit une exigence de durée et de répétitivité nous semble particulièrement intéressante pour l'examen des rapports de force qui peuvent exister entre les détenteurs du capital d'une personne morale. Le fait pour certains associés d'avoir réussi à imposer leurs choix quant aux personnes qui siégeront dans les organes de direction ou de surveillance à un moment déterminé n'est pas forcément concluant quant au poids exact de leurs pouvoirs au sein de l'entreprise. Si en revanche, ils réussissent à faire élire leurs candidats lors d'un deuxième exercice successif de l'assemblée des associés, il y a de fortes raisons à penser qu'ils jouissent d'une position dominante au sein de la structure[918].

723. La possibilité pour un associé ou par un groupe d'associés d'exercer un contrôle, même s'ils ne disposaient pas de plus de 50 % des droits de vote au sein d'une société a été reconnue aussi par la jurisprudence arbitrale en matière d'investissements[919]. A titre d'exemple, le tribunal constitué à l'occasion de l'affaire *International Thunderbird c. Mexique*[920] a considéré que :

> « *Despite Thunderbird having less than 50% ownership of the Minority EDM Entities, the Tribunal has found sufficient evidence on the record establishing an unquestionable pattern of de facto control exercised by*

[917] Article L233-16 du Code du commerce français. C'est nous qui soulignons.
[918] Voir dans le même sens Cour d'appel de Paris, arrêt du 20 février 1998, observations GERMAIN (M.), FRISON ROCHE (M.A.), *Revue de droit bancaire et de la bourse*, 1998, n°66, p. 64; COURET (A.), « Retour sur la notion de contrôle », *Revue de jurisprudence de droit des affaires*, 1998, p. 279.
[919] Voir par exemple, CIRDI, *Vacuum Salt c. Ghana*, sentence arbitrale du 16 février 1994, Aff. n° ARB/92/1, § 43 : « *The Tribunal notes, and itself confirms, that "foreign control" within the meaning of the second clause of Article 25(2)(b) does not require, or imply, any particular percentage of share ownership. Each case arising under that clause must be viewed in its own particular context, on the basis of all of the facts and circumstances […]. Thus, in the course of the drafting of the Convention, it was said variously that "interests sufficiently important to be able to block major changes in the company" could amount to a "controlling interest" […] that "control could in fact be acquired by persons holding only 25 percent of" a company's capital […] and even that "51% of the shares might not be controlling" while for some purposes "15% was sufficient".* ».
[920] CNUDCI, *International Thunderbird Gaming Corporation c. Mexique*, sentence arbitrale du 26 janvier 2006, § 104.

Thunderbird over the EDM entities. Thunderbird had the ability to exercise a significant influence on the decision-making of EDM and was, through its actions, officers, resources, and expertise, the consistent driving force behind EDM's business endeavour in Mexico »[921].

724. Un contrôle de fait pourrait également résulter d'un accord conclu entre plusieurs associés dont personne ne dispose, à titre individuel, de la majorité des droits de vote au sein de l'entreprise, mais qui, en agissant ensemble disposeraient d'un pourcentage suffisant pour imposer leur volonté au reste des détenteurs des titres sociétaux. Dans le contexte du droit international des investissements, un tel accord pourrait cependant créer certaines difficultés s'il est conclu entre des associés ayant des nationalités différentes. La question pourrait alors se poser de savoir laquelle des différentes nationalités des associés exerçant conjointement le contrôle sur la société déterminera le régime juridique applicable à la personne morale.

725. Dans le cadre de la pratique arbitrale récente, ce problème s'est posé concernant la mise en œuvre de l'article 25(2)(b) de la Convention de Washington. Il a notamment fait l'objet d'une analyse par les tribunaux dans deux affaires ayant opposé des investisseurs étrangers à l'Argentine[922] au sujet des effets néfastes qu'ont eu sur leurs investissements l'adoption des mesures économiques d'urgence par ce dernier pays en réponse à la crise financière qu'il a traversée à la fin des années 90 et au début des années 2000. Dans le premier cas, le demandeur, une société américaine *Sempra*, détenait 43,09 % des actions de deux sociétés de droit argentin, qui à leur tour possédaient respectivement 90 % et 86,09 % de deux autres sociétés créées toujours en vertu du droit argentin titulaires d'une licence de distribution de gaz naturel. Dans une procédure introduite parallèlement devant la même formation arbitrale, l'autre actionnaire principal des sociétés détentrices des droits administratifs, et dont la suspension était devenue l'objet du différend, la société de droit luxembourgeois *Camuzzi* a également allégué la violation de certains droits qu'elle considérait comme juridiquement protégés. Les deux demandes ont été introduites sur la base des traités bilatéraux de protection des investissements que l'Etat défendeur avait conclus respectivement avec les Etats-Unis d'une part et avec l'Union économique belgo-luxembourgeoise de l'autre. L'Argentine a contesté la compétence des tribunaux CIRDI saisis à son encontre, en soutenant

[921] *Ibid.*, § 107.
[922] CIRDI, *Sempra Energy International c. Argentine*, décision sur la compétence du 11 mai 2005, Aff. n° ARB/02/16 ; CIRDI, *Camuzzi International S.A.c. Argentine*, décision sur la compétence du 11 mai 2005, Aff. n° ARB/03/2.

qu'aucun des deux requérants ne pouvait être considéré comme exerçant un contrôle sur les sociétés lésées de droit argentin. Selon l'Etat défendeur, pour que les conditions d'application de l'article 25(2)(b) aient pu être considérées comme remplies, il aurait fallu que l'un des demandeurs exerce un contrôle « *exclusif* »[923] sur ces dernières. Or, en l'espèce il ressortait aussi bien d'un arrangement passé entre *Sempra* et *Camuzzi*, que des statuts des sociétés contrôlées, qu'aucune décision importante concernant les activités de ces entreprises ne pouvait être adoptée sans l'accord des deux demandeurs[924]. Les requérants, ont pour leur part soutenu, qu'ils devaient être considérés comme exerçant un contrôle conjoint sur les sociétés de droit argentin, et que ces dernières devaient alors être qualifiées d'entités n'ayant pas la nationalité argentine, conformément aux termes de l'article 25(2)(b) de la Convention de Washington. Ils se sont d'ailleurs référés à l'une des décisions de principe qui s'était penchée sur l'interprétation de cette disposition et qui avait explicitement admis la possibilité que le contrôle sur une société pourrait résulter d'une alliance de différents associés minoritaires de celle-ci[925].

726. Les tribunaux saisis dans ces deux affaires ont rejeté les demandes de *Sempra* et *Camuzzi* faute de qualité de ces dernières d'agir à la place des sociétés directement lésées par les mesures litigieuses adoptées par l'Argentine. Les arbitres se sont ensuite posés la question de savoir si un actionnaire minoritaire pouvait ajouter à sa participation au capital d'une personne morale, le pourcentage d'actions détenus par un autre actionnaire avec lequel il aurait passé une accord de gestion commune de l'entreprise, en vue de prouver l'existence d'un contrôle sur cette dernière[926]. Dans le cadre du traité bilatéral que l'Argentine avait conclu avec les Etats-Unis il figurait bien une clause en vertu des termes de laquelle les deux Etats contractants acceptaient de considérer une société enregistrée sur le territoire de l'un d'entre eux comme un ressortissant de l'autre, en raison du contrôle exercé sur elle par des nationaux de ce dernier. En revanche, aucune disposition de ce type n'a été prévue par l'accord entre

---

[923] CIRDI, *Sempra c. Argentine*, *op.cit.*, § 30 ; *Camuzzi c. Argentine*, *op.cit.*, § 20.

[924] CIRDI, *Sempra c. Argentine*, *op.cit.*, § 34 ; *Camuzzi c. Argentine*, *op.cit.*, § 23 : « *This also means that important resolutions of the Meeting of Shareholders cannot be adopted without the affirmative vote of Sempra and Camuzzi.* ».

[925] CIRDI, *Vacuum Salt Products Limited c. Ghana*, sentence arbitrale du 16 février 1994, Aff. n° ARB/92/1, § 53 : « *Nowhere in these proceedings is it suggested that Mr. Panagiotopulos, as holder of 20 percent of Vacuum Salt's shares,* ***either through an alliance with other shareholders****,…or otherwise was in a position to steer, through either positive or negative action, the fortunes of Vacuum Salt.* ». C'est nous qui soulignons.

[926] CIRDI, *Sempra c. Argentine*, *op.cit.*, § 51 ; *Camuzzi c. Argentine*, *op.cit.*, § 38.

l'Argentine et l'Union économique belgo-luxembourgeoise. Devant ce constat les arbitres ont admis l'argument soulevé par l'Argentine selon lequel :

> « *the consent is expressed in each treaty individually, with a different personal and normative import, in such a way that the combination of various participations could result in situations that that consent did not have in mind and might not have intended to include* »[927].

727. Le contrôle étranger qui doit être exercé sur une société pour qu'elle puisse être considérée comme étrangère par rapport à son Etat de constitution ne peut pas alors prendre la forme d'un contrôle conjoint d'associés d'origine différente, mais doit être détenu individuellement ou conjointement par des personnes disposant d'une même nationalité[928]. Toutefois, juste après avoir posé ce principe, les arbitres l'ont assorti d'une exception qu'ils ont considérée de nature à être appliquée en l'espèce. Ils ont en effet estimé que lorsque des associés étrangers ayant une nationalité différente avaient, depuis le début de leur opération de création d'une société ou d'acquisition du capital d'une société existante, agi en concert et lorsque leur participation commune avait été perçue par l'Etat comme un seul et unique investissement, chacun d'entre eux pouvait être considéré, à titre individuel, comme exerçant un contrôle de fait sur ladite entreprise[929]. Vu les circonstances de l'espèce, cette solution se justifiait car le caractère étranger de l'investissement, et de la société de droit argentin vecteur de celui-ci, avait été bien connu par les autorités publiques à partir de la date de la réalisation de celui-ci. Les deux actionnaires agissaient en concert et ne semblaient pas avoir des divergences concernant la manière de gérer leur entreprise commune.

728. En dehors de tels exemples d'entente entre associés, d'autres cas pourraient en revanche se présenter dans lesquels les relations entre les détenteurs du capital d'une société se caractérisent au contraire par une opposition. La désignation de l'un d'entre eux comme titulaire du contrôle exercé sur l'entreprise deviendra alors impossible.

2. L'impossibilité de désignation d'un titulaire de contrôle exercé sur une société en raison d'une répartition équilibrée des pouvoirs entre plusieurs associés

729. Lorsque le titre pour agir d'une société pour se prévaloir des dispositions protectrices d'un traité en matière d'investissements est subordonnée à la nationalité des personnes

[927] CIRDI, *Sempra c. Argentine*, *op.cit.*, § 52; *Camuzzi c. Argentine*, *op.cit.*, § 39.
[928] *Ibid.*
[929] *Sempra c. Argentine*, *op.cit.*, § 54 ; *Camuzzi c. Argentine*, *op.cit.*, § 41.

qui la contrôlent, il est nécessaire pour un tribunal d'évaluer le degré d'influence d'un ou plusieurs associés ou actionnaires de celle-ci, par rapport aux pouvoirs dont disposent d'autres détenteurs du capital ayant une nationalité différente. Si un tel examen démontre l'impossibilité pour l'un des propriétaires, ou groupe national de propriétaires, des parts sociales d'imposer, de manière régulière, leur volonté au reste des associés, en raison notamment de certains contre-pouvoirs détenus par ces derniers, aucun constat d'exercice d'un contrôle exercé par le premier groupe d'associés ne pourra être établi.

730. A l'occasion de l'affaire *Vacuum Salt c. Ghana*, le tribunal arbitral saisi avait considéré que dans certains cas « des intérêts suffisamment importants pour bloquer des changements majeurs dans la société pourraient caractériser le contrôle »[930]. Nous ne sommes pas d'accord avec une telle affirmation et pensons au contraire que des personnes capables uniquement de bloquer la prise de certaines décisions importantes ou d'encadrer les pouvoirs de direction des dirigeants d'une société, ne peuvent en aucun cas être considérées comme exerçant un contrôle sur cette dernière. De tels pouvoirs de blocage ou de surveillance pourraient en revanche empêcher à accorder le pouvoir de contrôle aux personnes qui se trouvent, elles, en position de déterminer par une action positive le sort de l'entreprise, mais dont les initiatives sont susceptibles d'être bloquées par d'autres membres de la société.

731. Nous n'avons pas pu trouver parmi les décisions arbitrales en matière d'investissements une illustration dans laquelle un tribunal refuserait d'admettre l'existence d'un contrôle de la part d'un ou plusieurs associés en raison des contre-pouvoirs détenus par d'autres associés. En revanche, nous en avons trouvé une dans le cadre de la pratique juridictionnelle française. Il s'agit plus précisément d'une décision concernant l'obligation du dépôt d'une offre publique d'acquisition (OPA) de la part des actionnaires d'une chaîne de grande distribution en raison d'un changement de contrôle au sein de celle-ci. En l'espèce la famille Arlaud détenait initialement 100 % du capital d'une *holding*, la société *Hofidis*, qui possédait la majorité des actions de la chaîne de grande distribution *Hyparlo*. A la suite de la conclusion d'un accord commercial avec la chaîne *Carrefour*, cette dernière est entrée au capital de la *holding* en acquérant 50 %

[930] CIRDI, *Vacuum Salt c. Ghana*, décision sur la compétence du 16 février 1994, Aff. n° ARB/92/1, § 43. La citation en français provient de la traduction de l'original (en anglais) faite par MANCIAUX (S.), *Investissements étrangers et arbitrage entre Etats et ressortissants d'autres Etats. Trente années d'activité du CIRDI*, *op.cit.*, p. 158

des actions de celle-ci, les membres de la famille Arlaud restaient les propriétaires des autres 50 %. Malgré cette répartition à égalité des actions de la *holding*, l'autorité des marchés financières (AMF) a estimé que dans le cadre de ce nouveau contrôle conjoint, la famille Arlaud conservait toujours une prédominance sur la chaine *Hyparlo*[931], en raison de certaines prérogatives dont elle disposait en vertu de la convention d'actionnaires qui a été conclue avec *Carrefour* et qui lui garantissait « de conserver durablement la maîtrise de la direction du groupe Hyparlo, tant au niveau d'Hofidis, qu'au niveau d'Hyparlo »[932]. Pour l'AMF il n'y avait donc aucun changement intervenu dans le cadre du contrôle exercé sur *Hyparlo*. Cette décision a fait l'objet d'un recours devant la Cour d'appel de Paris qui a considéré que malgré la volonté affichée des parties de garantir une prépondérance des membres de la famille Arlaud, les statuts de la *holding* ne permettaient pas l'exercice de cette prédominance en raison de certains pouvoirs importants qu'ils accordaient à son conseil de surveillance. Or, la moitié des membres de ce dernier étaient des représentants de *Carrefour*, et grâce aux prérogatives de cet organe les nouveaux actionnaires se sont retrouvés en position d'entraver le pouvoir des dirigeants (issus de la famille Arlaud) de ladite *holding*[933]. Même si les membres de la famille Alraud occupaient les fonctions de direction, leur capacité d'exercer le pouvoir était donc tributaire de l'accord donné par le conseil de surveillance qui était pour moitié composé de membres de *Carrefour*. Dans de telles conditions, ce dernier actionnaire a été considéré comme co-contrôlant l'entreprise, sans pour autant être capable d'avoir un rôle prédominant au sein de celle-ci.

732. Si un tel cas de figure se présente dans un contexte international, il sera aussi sans doute difficile pour un tribunal arbitral de déterminer l'origine du contrôle exercé sur une société. Ainsi, lorsqu'un traité de protection des investissements étrangers prévoit qu'une société créée à l'étranger mais qui est contrôlée par des ressortissants de l'un des Etats contractants doit être considérée comme ayant la nationalité de cet Etat, un tribunal ne pourra probablement pas conclure à l'existence d'un contrôle exercé sur une telle société par des ressortissants de l'un des Etats contractants lorsque ces derniers

[931] Décision AMF du 16 février 2005, n°205C0262.
[932] LAPRADE (F.M.), *Concert et contrôle*, *op.cit.,* p. 365
[933] Il était notamment prévu qu'une autorisation préalable du conseil de surveillance était nécessaire pour l'adoption de toute décision relative à une cession des actions d'*Hyparlo* ou à une modification en pourcentage du capital ou des droits de vote d'*Hyparlo,* en ce qui concerne la part du capital détenue par la *holding*. En outre, le conseil de surveillance devait donner son avis sur le sens de chaque vote lors des assemblées générales d'*Hyparlo*, un avis qui selon la Cour d'appel n'était pas simplement consultatif et liait les dirigeants de *Hofidis*. Voir LAPRADE (F.M.), *Concert et contrôle*, *op.cit.*, p. 368.

détiennent 50% des parts sociales de la personne morale alors que les autres 50% se trouvent entre les mains d'un ou plusieurs ressortissants d'un Etat tiers[934]. Nous n'avons pas trouvé des exemples jurisprudentiels qui peuvent confirmer ou infirmer notre hypothèse.

733. Il découle en revanche de la pratique arbitrale en matière d'investissements qu'un autre cas dans lequel les tribunaux rencontrent des difficultés pour désigner un seul titulaire du contrôle exercé sur une société créée en vertu de la législation d'un Etat A, est celui lorsque la majorité ou la totalité du capital de cette dernière est détenue par une personne morale constituée sur le territoire d'un Etat B, qui est à son tour contrôlée par des ressortissants d'un ou plusieurs autres Etats. La question de savoir si c'est la personne morale de l'Etat B qui détient directement les parts du capital de la société de l'Etat A qui doit être considérée comme titulaire du contrôle exercée sur cette dernière, ou bien si ce sont au contraire les nationaux exerçant un contrôle sur la personne morale de l'Etat B qui doivent être considérés aussi comme titulaires du contrôle exercé sur la société de l'Etat A, dépendra principalement de la fonction attribuée à ce critère du contrôle par les auteurs de la norme faisant référence à celui-ci pour le besoin de la protection d'une société en droit international.

PARAGRAPHE 2
LA DÉTERMINATION DU SENS DE LA NOTION DE CONTRÔLE EN FONCTION DES OBJECTIFS POURSUIVIS PAR LA RÈGLE APPLICABLE

734. La mise en œuvre du critère de contrôle aux fins de la détermination de la nationalité d'une société pour le besoin de sa protection au niveau international peut aboutir à des résultats différents selon que la volonté des rédacteurs de la norme est de faire rattacher la société visée à l'Etat dont les ressortissants exercent un *contrôle effectif* sur celle-ci, ou bien de permettre à cette société de se prévaloir de la nationalité de tout Etat dont les

[934] Tout dépendra pour autant du contenu précis de la norme qui fait référence au critère du contrôle pour le besoin de la protection d'une société au niveau international. A titre d'exemple l'article VII.2(b) de la Déclaration d'Alger ayant institué le tribunal arbitral irano-américain prévoit que le terme de national de l'Iran ou des Etats-Unis désigne une personne morale créée conformément à la législation de l'un de ces Etats à condition que des personnes physiques ayant la nationalité du même Etat disposent ***de 50% ou plus du capital de celle-ci***. Il s'en suit qu'en cas de partage du capital d'une société créée par exemple en vertu de la législation des Etats-Unis, détenu à 50 % par des ressortissants américains et à 50 % par des ressortissants iraniens ou par des nationaux d'un autre Etat, cette société sera tout de même considérée comme ayant la nationalité américaine.

nationaux détiennent directement ou indirectement – c'est à dire via d'autres entités intermédiaires – la majorité de ses parts sociales, et sont considérés à ce titre comme ayant la capacité légale d'exercer un contrôle sur elle. Les personnes constituant les maillons d'une chaîne d'actionnaires successifs détenant directement ou indirectement la majorité des parts du capital d'une société pourront toutes prétendre être en mesure d'exercer une influence sur les organes dirigeants de cette dernière. Elles auront donc toutes le statut de titulaires *de jure* du contrôle exercé sur une telle société (**A**). Le titulaire du contrôle effectif exercé sur la même société sera, à l'inverse, celui qui détermine réellement dans les faits la conduite des affaires de celle-ci (**B).**

A. La détermination du rattachement étatique d'une société en fonction de la nationalité des associés capables d'exercer un contrôle sur celle-ci.

735. La plupart des traités en matière de protection des investissements étrangers ne se prononcent pas explicitement sur la question de savoir si le contrôle qui doit être exercé sur une société, aux fins de la détermination de la nationalité de celle-ci, doit l'être de manière effective. En vertu des termes employés par certaines conventions une société doit être considérée comme contrôlée par des nationaux d'un tel ou tel Etat si ces derniers détiennent la majorité de son capital[935]. On n'y trouve aucune indication supplémentaire en revanche concernant la nécessité pour de tels nationaux d'exercer un contrôle effectif sur les organes dirigeants de la personne morale faisant l'objet d'un litige. Au regard d'une disposition de ce type, le tribunal arbitral saisi dans l'affaire *National Gas c. Egypte* a considéré que la demanderesse qui avait été créée conformément à la législation égyptienne, mais dont la majorité du capital avait été détenue par une société enregistrée aux Emirats arabes unis, devait être considérée comme nationale de ce dernier Etat, et cela même s'il résultait des faits de l'espèce que cette deuxième société n'était en réalité qu'une simple entité relais, sans activité réelle, ni personnel, et dont le capital avait été entièrement détenu par un ressortissant égyptien[936] :

[935] Voir par exemple l'article 10.4 du traité bilatéral d'investissement signé entre l'Egypte et Les Emirats arabes unis le 10 mai 1997 et entré en vigueur le 11 janvier 1999 (en arabe). Une traduction en anglais de cette disposition a été reproduite dans l'affaire CIRDI, *National Gas S.A.E. c. Egypte*, sentence du 3 avril 2004, Aff. n° ARB/11/7, § 67.

[936] *Ibid.*, § 144. Cependant, le tribunal a ensuite considéré qu'il ne pouvait pas reconnaître la qualité de « nationale étrangère » à cette entité au regard de la définition objective de ce terme employé par la Convention de Washington ayant institué le CIRDI, et s'est finalement reconnu incompétent pour connaître de cette affaire. Sur ce point particulier v. *infra, B)*.

> « *In the Tribunal's view, this subjective test is met by Article 10(4) of the Treaty by treating the Claimant as a national of the UAE [...] the Claimant is a juridical person registered or established in accordance with the laws of Egypt; and CTIP [la société enregistrée aux Emirats arabes unis] owns a majority of the Claimant's shares.* ».[937]

736. D'autres traités prévoient que des sociétés contrôlées directement ou indirectement par des nationaux de l'un des Etats contractants doivent être considérées comme faisant partie des ressortissants de ce dernier. A titre d'illustration l'article 1(b) du traité bilatéral conclu entre les Pays-Bas et l'Argentine prévoit que :

> « *the term "investor" shall comprise with regard to either Contracting Party:*
> *i. natural persons having the nationality of that Contracting Party in accordance with its law;*
> *ii. without prejudice to the provisions of paragraph (iii) hereafter, legal persons constituted under the law of that Contracting Party and actually doing business under the laws in force in any part of the territory of that Contracting Party in which a place of effective management is situated; and*
> *iii. legal persons, wherever located, controlled, directly or indirectly, by nationals of that Contracting Party* »[938].

737. Le point B du protocole interprétatif joint à ce traité donne deux exemples dans lesquels une société créée conformément à un droit étranger doit être considérée comme contrôlée par des nationaux de l'un des Etats contractants. Le premier est celui d'une filiale étrangère d'une société créée en vertu de la législation de l'un des Etats parties. Le deuxième exemple décrit quant à lui une situation dans laquelle un individu ayant la nationalité de l'un des Etats partie contractants, ou bien une personne morale créée conformément à la législation de ce dernier détiendrait, directement ou indirectement, plus de 49 % des titres d'une société constituée à l'étranger, ou bien posséderait un pourcentage suffisant de droits de vote par rapport au reste des associés lui permettant de bénéficier d'une position dominante lors de la prise des décisions au sein de l'organe délibératif de celle-ci. Le protocole interprétatif n'envisage en revanche point une

---

[937] *Ibid.*, § 132.

[938] L'article 1(b) du traité bilatéral d'investissement signé entre les Pays-Bas et l'Argentine le 20 octobre 1992 et entré en vigueur le 1er octobre 1994. Voir dans le même sens l'art. 1(b) du traité bilatéral d'investissement signé entre les Pays-Bas et le Bénin le 13 décembre 2001 et entré en vigueur le 15 décembre 2007 : « le terme "ressortissants" englobe, pour chacune des deux Parties Contractantes: (i) les personnes physiques ayant la nationalité de cette Partie Contractante ; (ii) les personnes morales constituées selon le droit de cette Partie Contractante; (iii) les personnes morales non constituées selon le droit de cette Partie Contractante mais contrôlées, directement ou indirectement, par des personnes physiques comme définies sous (i) ou par des personnes morales comme définies sous (ii). »

situation dans laquelle la personne morale constituée en vertu de la législation de l'Etat partie au traité détenant directement ou indirectement suffisamment de droits de votes au sein d'une société étrangère, s'avérerait dans les faits une entité relais dont le capital serait à son tour détenu par des intérêts étrangers. Certes, l'article 1(b)(ii) du traité bilatéral précité précise qu'une personne morale ne peut être considérée comme nationale de l'un des Etats parties que si en plus d'être créée conformément à la législation de ce dernier, elle développe une activité économique réelle sur le territoire de celui-ci. Il s'en suit que par définition les personnes morales dites « coquilles vides » ne disposant ni d'activité, ni de personnel doivent être exclues du champ d'application de la convention. Un tel constat ne remet pourtant nullement en cause la question de savoir si une personne morale disposant d'activités économiques réelles sur le territoire d'un Etat contractant, mais qui est à son tour contrôlée par des intérêts étrangers, peut être considérée comme titulaire du contrôle exercé sur une autre société dont elle détient le capital.

738. En vertu d'une formulation un peu différente retenue cette fois-ci par le traité bilatéral conclu entre les Pays-Bas et la Bolivie, le terme d'investisseur de l'une des Parties contractantes devait s'entendre, entre autres, comme « *any legal person controlled directly or indirectly, by nationals of that Contracting Party, but constituted in accordance with the law of the other Contracting Party.* »[939]. Sur la base de cette disposition une société incorporée en Bolivie, mais dont la majorité du capital avait été indirectement détenue par une société incorporée aux Pays-Bas, a déposé une requête arbitrale à l'encontre de son Etat d'enregistrement en prétendant avoir la nationalité hollandaise. La Bolivie a contesté la compétence du tribunal en soutenant que le but de la disposition selon laquelle une société incorporée dans l'un des Etats parties au traité applicable pouvait être considérée comme ressortissante de l'autre Etat partie, si elle était contrôlée directement ou indirectement par des ressortissants de ce dernier, était celui de pouvoir rattacher cette société à l'autre Etat Partie lorsque les nationaux de ce dernier contrôlaient effectivement cette société, même s'ils ne détenaient son capital qu'indirectement via d'autres sociétés intermédiaires. Or, toujours selon la Bolivie, les sociétés hollandaises qui détenaient en l'occurrence indirectement la majorité du capital de la requérante, n'étaient que des entités relais contrôlées en réalité par des intérêts

[939] Voir CIRDI, *Aguas del Tunari c. Bolivie*, décision sur la compétence du 21 octobre 2005, Aff. n° ARB/02/03, § 217.

américains.

739. Le tribunal n'a pas partagé cette lecture du texte de la convention et s'est exprimé dans les termes suivants :

> « *In juxtaposition to Respondent's interpretation, Claimant argues that "[p]ursuant to the BIT test, it is possible for more than' one entity to be a controlling entity for the purposes of the BIT. The Tribunal agrees with the Claimant's view. The phrase, "directly or indirectly," in modifying the term "controlled" creates the possibility of there simultaneously being a direct controller and one or more indirect controllers. The BIT does not limit the scope of eligible claimants to only the "ultimate controller."* »[940].

740. La même société pourrait alors prétendre être nationale de plusieurs Etats simultanément. Il suffit pour cela que des ressortissants de ces derniers détiennent, directement ou indirectement la majorité de son capital[941]. Le fait, en revanche, que les différents détenteurs de ses titres sont liés entre eux et font partie de la même chaine d'actionnaires, et que donc les uns exercent un contrôle sur les autres, est sans pertinence pour la conclusion du tribunal.

741. Le critère du contrôle n'aurait alors pas pour effet de déterminer la nationalité d'une société en fonction de la nationalité des réels investisseurs de celle-ci[942]. Cela résulte du fait que lorsque les détenteurs du capital d'une telle entité s'avèrent être d'autres personnes morales, leur nationalité continue à dépendre du seul lieu de leur enregistrement.

742. Certains tribunaux saisis sous les auspices du CIRDI ont considéré toutefois que même si l'interprétation des termes d'un nombre important de traités bilatéraux d'investissements permettait ainsi de faire rattacher une société à tout Etat dont les ressortissants détenaient son capital, indépendamment du fait si ces derniers exerçaient réellement un contrôle sur une telle société, les termes « ressortissants d'un autre Etat contractant » employés par la Convention de Washington devaient quant à eux être interprétés, sur la base des objectifs poursuivis par cet instrument, de manière à ne pas permettre à une société de se prévaloir de la nationalité d'un Etat partie à cette

---

[940] *Ibid.*, § 237.

[941] Et que le traité de protection des investissements sur lequel une telle société s'appuie pour formuler une réclamation à l'encontre de son Etat d'enregistrement se réfère au contrôle comme critère de détermination de la nationalité de cette dernière.

[942] Voir dans le même sens MÜLLER (D.), *La protection de l'actionnaire en droit international. L'héritage de la Barcelona Traction* », Pedone, Paris, 2015, p. 405.

convention que si elle était réellement contrôlée par des nationaux d'un tel Etat.

B. La détermination du rattachement étatique d'une société en fonction de la nationalité du ou des associés exerçant un contrôle effectif sur celle-ci

743. Pour des raisons dues à la nature d'une opération ou bien au respect de certaines législations nationales, un bon nombre d'investissements internationaux s'effectuent via des sociétés enregistrées sur le territoire de l'Etat d'accueil de ceux-ci, mais qui sont majoritairement ou entièrement contrôlées par des intérêts étrangers. Sauf disposition conventionnelle contraire, de telles sociétés locales ne pourront pas bénéficier d'une protection internationale concernant l'investissement qu'elles détiennent car elles relèveraient du seul ordre juridique de l'Etat de leur enregistrement. C'est justement dans le but de ne pas laisser en dehors du champ de protection de la Convention de Washington de telles opérations - à caractère clairement interétatique - que les rédacteurs de cet instrument y ont inséré une disposition permettant, sous certaines conditions, à des sociétés créées conformément à la législation de l'Etat d'accueil d'un investissement, d'être considérées comme des ressortissantes d'un autre Etat en raison du contrôle étranger exercé sur celles-ci.

744. Ainsi, en vertu de la deuxième partie de l'article 25(2)(b) de la Convention de Washington, l'expression « Ressortissant d'un autre Etat contractant » peut s'entendre comme :

> « […] toute personne morale qui possède la nationalité de l'Etat contractant partie au différend […] et que les parties sont convenues, aux fins de l'application de la présente Convention, de considérer comme ressortissant d'un autre Etat contractant en raison du contrôle exercé sur elle par des intérêts étrangers ».

745. L'un des premiers tribunaux arbitraux qui s'est prononcé sur la portée de cette définition était celui saisi dans l'affaire *SOABI c. Sénégal*[943]. En vertu d'une convention d'établissement signée entre le Sénégal et la demanderesse, l'Etat défendeur avait accepté de considérer la requérante comme une ressortissante étrangère, malgré le fait qu'elle avait été créée en vertu de sa propre législation[944]. Pourtant au moment de la saisie du tribunal par SOABI, le Sénégal a contesté la qualité de celle-ci pour agir à son encontre au motif qu'à la date de la signature de la convention d'établissement le seul et

[943] CIRDI, *SOABI c. Sénégal*, décision sur la compétence du 1er août 1984, Aff. n° ARB/82/1.
[944] *Ibid.*, § 30 : « A cet effet, le Gouvernement accepte de considérer comme remplie la condition de nationalité prescrite par l'article 25 de ladite convention "BIRD" ».

unique actionnaire de la requérante était une société constituée conformément au droit du Panama. Or, ce dernier pays n'étant pas partie à la Convention de Washington, le tribunal ne pouvait pas être compétent pour connaître l'affaire[945]. Il ressortait toutefois des faits de l'espèce que la totalité des actions de la société panaméenne avait été détenue par un ressortissant belge, ayant donc la nationalité d'un Etat partie à la Convention[946]. Les arbitres ont par conséquent refusé d'admettre le bien fondé du déclinatoire de compétence soulevé par le Sénégal et ont considéré que :

> « La nationalité de cette société qui détenait en 1975 la totalité des actions du capital souscrit de la SOABI ne serait déterminante de la nationalité des intérêts étrangers que si la convention devait être interprétée comme visant le seul contrôle immédiat. Mais le Tribunal ne peut pas accepter une telle interprétation qui va à l'encontre de l'objet de l'article 25(2)(b*) in fine* »[947].

746. Cette position ne reflète cependant pas la position unanime de la jurisprudence en la matière. A titre d'exemple, c'était au contraire, sur la seule base du contrôle immédiat exercé sur une société incorporée dans l'Etat hôte de l'investissement qu'un autre tribunal arbitral s'est reconnu compétent pour connaître l'affaire *Aucoven c. Venezuela*[948]. Les faits de celle-ci ont été diamétralement opposés à ceux dans le différend précédent. Ici, les actions de la demanderesse étaient majoritairement détenues par une société américaine - les Etats-Unis étant un Etat contractant de la Convention de Washington - qui était la filiale d'une société-holding mexicaine prénommée *ICA*[949]- le Mexique n'étant pas un Etat partie à la Convention. Initialement le capital de la société demanderesse *Aucoven* avait été entièrement détenu par une autre filiale mexicaine de la maison-mère *ICA*. Ce n'était qu'après la signature d'un contrat de concession avec le gouvernement du Venezuela, que les actions d'*Aucoven* ont été cédées à la filiale américaine de la même holding mexicaine, la société *Icatech*. Ce transfert a été réalisé avec l'agrément du gouvernement du Venezuela. Ce dernier a soutenu tout de même que l'entité qui continuait à exercer véritablement le contrôle sur *Aucoven* n'avait

[945] Pour rappel, en vertu de l'art. 25(1) de la Convention de Washington « La compétence du Centre s'étend aux différends […] entre un Etat contractant **et le ressortissant d'un autre Etat contractant ».** C'est nous qui soulignons.
[946] *Ibid.*, § 39.
[947] *SOABI c. Sénégal*, décision sur la compétence, *op.cit.*, § 35.
[948] CIRDI, *Autopista Concesionada de Venezuela (AUCOVEN) c. Venezuela*, décision sur la compétence du 27 septembre 2001, Aff. n° ARB/00/5.
[949] Quant aux titres de l'entité mexicaine, le tribunal s'est limité de préciser que la majorité de ceux-ci étaient librement négociables à la bourse du Mexique et de New York, v. *Ibid.*, § 11. Autrement dit, l'identité et la nationalité des personnes physiques détenant le contrôle sur la holding étaient difficilement traçables, donc pour les arbitres la holding mexicaine devait être considérée comme le dernier chaînon de la chaine des actionnaires.

jamais changé de nationalité. « *From the date of its incorporation until today, Aucoven has been a wholly or majority owned subsidiary of ICA Holding*), *through one or more ICA Holding subsidiaries*. »[950]. Aux yeux de l'Etat défendeur, la mise en œuvre de l'article 25(2)(b) de la Convention de Washington devait donc dépendre uniquement de la nationalité de la personne exerçant réellement le contrôle sur la société constituée sur son territoire[951].

747. Pour le tribunal en revanche, rien dans le texte de cette disposition ne permettait de confirmer une telle affirmation[952]. Il a notamment insisté sur les extrêmes difficultés rencontrées par les rédacteurs de la Convention pour définir une situation de contrôle. « *the drafters considered that the enterprise of defining foreign control (like nationality, investment or legal dispute) was impracticable* »[953]. Afin de sortir d'une telle impasse, les rédacteurs auraient alors décidé de laisser la totale liberté aux parties à un litige d'en dessiner les contours. Les arbitres se sont par conséquent référés à la clause compromissoire contenue dans le contrat de concession entre *Aucoven* et Venezuela afin de déterminer quel était le sens que les parties ont accordé au terme de contrôle. En vertu de cette dernière, l'Etat défendeur consentait à soumettre les différends qui l'opposeraient à son cocontractant à un arbitrage CIRDI dans le cas où les actionnaires majoritaires de celui-ci auraient la nationalité d'un autre Etat partie de la Convention de Washington[954]. Le tribunal en a déduit que les parties avaient ainsi décidé de faire dépendre l'application de l'article 25(2)(b) de la Convention de Washington de la seule nationalité des actionnaires directs de la société requérante[955].

748. C'est ce dernier aspect du raisonnement des arbitres qui constitue le point de divergence majeur entre cette solution et deux décisions arbitrales plus récentes dans lesquelles les tribunaux ont insisté de nouveau sur la nécessité que la nationalité d'une société, définie en référence de la nationalité des personnes exerçant un contrôle sur celle-ci, devait être déterminée, non pas uniquement sur la base de ce que les parties au différend entendaient par ce terme de contrôle, mais en tenant compte également et des raisons pour lesquelles les rédacteurs de la Convention de Washington se sont référés à ce

[950] *Ibid.*, § 39.
[951] *Ibid.*, § 112.
[952] *Ibid.*, § 110.
[953] *Ibid.*, § 113.
[954] *Ibid.*, § 79.
[955] *Ibid.*, § 119. Voir pour une analyse des différences du raisonnement des arbitres dans ces deux affaires, MANCIAUX (S.), *Investissements étrangers et arbitrage entre Etats et ressortissants d'autres Etats*, *op. cit.*, pp. 166-171.

critère de détermination d'allégeance des sociétés.

749. Dans la première de ces décisions, la demanderesse, la société *Thales Spectrum de Argentina*, renommée par la suite à *TSA,* créée conformément à la législation de l'Argentine, a adressé une réclamation à l'encontre de ce dernier Etat[956] sur la base du traité bilatéral d'investissement conclu entre l'Argentine et les Pays-Bas. En vertu de l'article 1(b) iii) de cette convention le terme « investisseur » de l'un des Etats parties signifiait « *legal persons, wherever located, controlled, directly or indirectly, by nationals of that Contracting Party.* »[957]. Depuis sa création, le capital de *TSA* avait été directement détenu par une personne morale, *TSI*, incorporée aux Pays-Bas. Or, comme le nom initial de la requérante le faisait supposer, ses actions ont été indirectement et ultimement détenues par le groupe *Thales*, l'un des grands maillons de l'industrie française. Peu après la survenance du différend entre *TSA* et l'Argentine, *Thales* a cédé ses actions de *TSI* et donc de *TSA* à un individu ayant la double nationalité allemande et argentine. C'est ce dernier qui a été considéré par le tribunal comme le propriétaire ultime du capital de la requérante[958].

750. Des éléments susceptibles d'émettre de sérieux doutes quant à l'existence d'activités réelles de TSI, ont été soumis au tribunal par l'Argentine. Elle a notamment souligné que :

> « *The fact that there are some 225 companies registered at the same head office as TSI means that the head office does not actually exist. TSI was created on 15 August 1996 with the purpose to invest in a concession for the Argentine radio-electric spectrum which was granted on 11 June 1997. On 20 August 1996, i.e. five days after the establishment of TSI, TSA was created. TSI is a vehicle company used by the true controllers of TSA to carry out their investment.* »[959]

751. Pour le tribunal, l'existence d'un contrôle étranger exercé sur une société incorporée sur le territoire de l'Etat défendeur dans une procédure devait être démontrée de manière objective. Selon les arbitres il était tout simplement contraire à l'esprit même de l'article

[956] CIRDI, *TSA Spectrum Argentina S.A. c. Argentine*, sentence arbitrale du 19 décembre 2008, Aff. n° ARB/05/5.
[957] *Ibid.*, § 21.
[958] *Ibid.,* § 128. La demanderesse avait soutenu qu'en réalité cet individu n'était que le fiduciaire de ces titres au bénéfice d'un autre individu de nationalité française. Le tribunal, a considérée que cette allégation n'a pas été suffisamment démontrée, et qu'en plus, même si c'était le cas, cela n'aurait pas changé sa solution puisque la personne exerçant le contrôle réel sur la société *TSA* n'aurait toujours pas eu la nationalité des Pays-Bas, *ibid.*, § 161.
[959] *Ibid.*, § 120.

25(2)(b) de la Convention de Washington de percer le voile social de la société incorporée dans l'Etat défendeur de la procédure, mais d'arrêter l'examen concernant les personnes exerçant un contrôle sur celle-ci au niveau de son actionnaire direct lorsque ce dernier s'avérait être une autre personne morale, « *rather than pursuing its objective identification of foreign control up to its real source, using the same criterion with which it started.* »[960].

752. Dans la deuxième affaire arbitrale évoquée une société créée en vertu du droit égyptien, *National Gas*, a adressé une réclamation à l'encontre de l'Egypte en soutenant qu'elle avait été contrôlée par des intérêts étrangers. L'actionnaire majoritaire direct de *National Gas* était une personne morale incorporée aux Emirats arabes unis, appelée CTIP. Le capital de cette dernière était détenu par une autre société enregistrée aux Emirats, REGI, qui elle était contrôlée par un individu de nationalité égyptienne.

753. En vertu de l'article 10(4) du traité bilatéral conclu entre l'Egypte et les Emirats arabes unis qui était applicable en l'espèce :

> « *In case of the existence of a juridical person that has been registered or established in accordance with the law in force in a [Contracting State] and an investor from the other Contracting State owns the majority of the shares of that juridical person before the dispute arises, then such a juridical person shall, for the purposes of the Convention, be treated as an investor of the other Contracting State, in accordance with Article 25(2)(B) of the Convention [of Washington]* »[961].

754. Le tribunal a raisonné en deux temps. Il a tout d'abord constaté qu'en vertu de l'article 25(2)b) de la Convention de Washington, pour qu'une société locale puisse être considérée comme nationale d'un Etat autre que celui de son incorporation, il fallait l'existence d'un accord allant dans ce sens conclu par les parties au différend. Concernant cette première condition, les arbitres ont précisé que:

---

[960] *Ibid.*, § 147. Pour un commentaire approuvant cette solution, voir GAILLARD (E.), « Chronique des sentences arbitrales », *JDI*, n°1, janvier 2009, p. 368 : « [I]l résulte du texte même de la convention de Washington que c'est le critère du contrôle qu'il y a lieu de mettre en œuvre. Ce contrôle doit donc être réellement exercé par des ressortissants étrangers et il ne suffirait pas de démontrer que la société de droit local est détenue par une société constituée dans un autre Etat contractant pour bénéficier de ce texte, si cette société est elle même contrôlée par des ressortissants de l'Etat d'accueil. […] On ne peut donc qu'approuver le Tribunal ayant statué dans l'affaire TSA d'avoir décliné sa compétence pour connaître d'une demande formée contre l'Argentine par une société de droit local formellement contrôlée par une société néerlandaise mais indirectement et ultimement contrôlée par un ressortissant argentin ».

[961] Le texte original de la convention étant rédigé en arabe, cette traduction est celle retenue par le tribunal, v. CIRDI, *National Gas S.A.E. c. Egypte*, sentence arbitrale du 3 avril 2014, Aff. n° ARB/11/7, § 67.

> « *The Parties have both assumed in the present case that such an agreement can be made in a treaty between Contracting States (to which a claimant would not be a party) and not only an agreement between the disputing parties (including a claimant).* »[962]

755. La disposition précitée du traité bilatéral d'investissement conclu entre l'Egypte et les Emirats arabes unis constituait donc bel et bien un tel accord. En vertu des termes de celui-ci, la demanderesse pouvait effectivement être qualifiée comme ressortissante des Emirats car son capital se trouvait entre les mains d'actionnaires enregistrés sur le territoire de ces derniers.

756. Une deuxième condition était cependant nécessaire pour l'application de l'article 25(2)(b) de la Convention de Washington. En vertu de celle-ci, la requérante devait être contrôlée par des intérêts étrangers. Cette deuxième condition, relative à l'existence d'un tel contrôle, ne dépendait plus des termes de l'accord passé entre les parties, mais devait, selon le tribunal, être démontrée de manière objective :

> « *The objective test is raised by the words "because of foreign control"; and it is not met simply by meeting the subjective test: these two tests are not the same. As was decided in Vacuum Salt, "[...] the parties' agreement to treat Claimant as a foreign national 'because of foreign control' does not ipso jure confer jurisdiction. The reference in Article 25(2)(b) to 'foreign control' necessarily sets an objective Convention limit beyond which ICSID jurisdiction cannot exist and parties therefore lack power to invoke same no matter how devoutly they may have desired to do so […]"…Accordingly, the Tribunal decides that this objective test is not satisfied by mere agreement of the Parties in this case: "foreign control" must be established objectively* »[963].

757. Toujours selon les arbitres :

> « *the factual evidence shows unequivocally that CTIP is a shell company of UAE nationality wholly owned by REGI, which is also a shell company of UAE nationality wholly owned by Mr. Reda Ginena, an Egyptian national (who is also a Canadian national). Share ownership is not, of course, conclusive proof of control; but, in this case, it is clear that in fact the controller of both CTIP and REGI is Mr. Ginena, with these two UAE companies acting as holding companies…*»[964].

---

[962] *Ibid.* § 124.
[963] *Ibid.*, § 133. Voir donc dans le même sens, CIRDI, *Vacuum Salt Products Limited c. Ghana*, sentence du 16 février 1994, ARB/92/1, § 38.
[964] *Ibid.*, § 144.

758. Comme dans l'affaire précédemment citée, l'une des raisons principales qui semble avoir légitimé la démarche du tribunal consistant à percer le voile social des deux sociétés intermédiaires détenant le capital de la requérante était le fait que ces sociétés étaient des simples « coquilles vides », des sociétés fantômes sans activités réelles, ni personnel. Est-ce que c'est uniquement dans des circonstances aussi particulières que les tribunaux devraient pousser leur examen jusqu'à dévoiler l'identité des individus se trouvant au bout de la chaînes des actionnaires ? Les cas dans lesquels la personnalité juridique d'une société intermédiaire pourrait ou devrait être ignorée restent en effet extrêmement incertains et imprécis[965]. Une tentative de systématisation du rôle attribué au critère du contrôle aux fins de la détermination de la nationalité des personnes morales, indifféremment de leur positionnement au sein d'une structure sociétale complexe, nous semble par conséquent la bienvenue.

SECTION 2

UNE SOUHAITABLE SYSTÉMATISATION DU RECOURS ET DES MODALITÉS D'APPLICATION DU CRITÈRE DU CONTRÔLE AUX FINS DE LA DÉTERMINATION DE LA NATIOANALITÉ DES SOCIÉTÉS EN DROIT INTERNATIONAL

759. L'imprécision des modalités de mise en œuvre du critère du contrôle aux fins de la détermination de la nationalité d'une personne morale a créé plus de difficultés que la référence à ce critère par les Etats n'a apporté des solutions au problème résultant du manque de réalisme de l'utilisation, à cette même fin, du critère du lieu de l'incorporation. En se référant à la nationalité des détenteurs du capital d'une société pour déterminer l'allégeance de celle-ci, les Etats ont clairement montré une volonté de dépasser les fictions juridiques et de tenir compte du rattachement étatique réel d'un investissement. Cependant, la mise en place de structures complexes se composant de plusieurs entités juridiques constituées dans des Etats différents, via lesquelles transitent un bon nombre d'opérations transfrontalières, a considérablement compliqué la donne. Si pour l'une des sociétés faisant partie de telles structures c'est le critère du contrôle qui est conventionnellement choisi par deux ou plusieurs Etats aux fins de la détermination de sa nationalité, pour le reste des entités le critère de rattachement

[965] SCHREUER (Ch.), MALINTOPPI (L.), REINISCH (A.), SINCLAIR (A.), *The ICSID Convention : A commentary*, Cambridge University Press, Second edition, 2013, pp. 320-323.

applicable reste celui du lieu de constitution de la personne morale.

760. L'une des solutions pour éviter de telles divergences concernant les modes de rattachement étatique de deux ou plusieurs personnes morales faisant partie du même groupe d'entreprises serait d'admettre d'appliquer le critère du contrôle de manière systématique pour la détermination de la nationalité d'une société à chaque fois que le lien existant entre une société et son Etat d'enregistrement manque d'effectivité. Sur la base d'une telle évolution de la règle générale en la matière, les tribunaux arbitraux disposeraient d'un fondement juridique suffisant leur permettant de mettre en cause la réalité du rattachement de toute société dont la nationalité découle, en vertu d'une règle conventionnelle, du critère du lieu de sa constitution. Nous sommes d'avis que la pratique étatique, aussi bien récente que plus ancienne, en matière des conditions de protection d'une société en droit international ne permet pas d'affirmer de manière aussi catégorique que le principe général est celui selon lequel la nationalité d'une société est nécessairement celle de l'Etat en vertu de la législation duquel elle a été créée (**Paragraphe 1**).

761. Toutefois face à la consécration en droit positif de cette règle par la Cour internationale de Justice, nous faisons le choix de nous positionner sur le terrain de la *lege feranda*, et tout en s'appuyant sur certaines positions doctrinales suggérant le recours au critère du contrôle aux fins de la détermination de l'allégeance politique d'une société, nous appellerons à notre tour pour une redéfinition des conditions de protection des sociétés en droit international en tentant de préciser la place que devrait occuper le critère du contrôle dans le cadre d'une telle évolution normative (**Paragraphe 2).**

PARAGRAPHE 1

CRITIQUE DES FONDEMENTS DE LA RÈGLE GÉNÉRALE NE TENANT PAS COMPTE DU CRITÈRE DU CONTRÔLE POUR LA DÉTERMINATION DE LA NATIONALITÉS DES SOCIÉTÉS EN DROIT INTERNATIONAL

762. C'est la décision de la *Barcelona Traction* rendue par la Cour internationale de Justice en 1970 qui a consacré le principe en vertu duquel la nationalité d'une personne morale en droit international dépendait du lieu de sa constitution. Certaines réserves pourraient toutefois être émises quant au choix des fondements juridiques ayant justifié cette solution. Dans le cadre de son analyse la Cour a en effet basé son raisonnement sur des

principes communs des droits internes des Etats en matière de création des sociétés et des effets de la personnalité juridique de celles-ci sur l'étendu des droits de leurs actionnaires. Une approche plus centrée sur la pratique des Etats en matière de protection des sociétés dans un contexte international aurait été à notre avis plus justifiée (A). La réaffirmation de la même règle jurisprudentielle par la Cour internationale dans son arrêt *Diallo* rendu en 2007 n'a fait qu'accentuer ce décalage entre le principe établi et la pratique étatique en la matière (B).

A. Les fondements invoqués par la Cour internationale de Justice pour justifier sa solution dans l'affaire de la *Barcelona Traction*

763. Dans l'affaire de la *Barcelona Traction* la Cour internationale de Justice avait été saisie d'une demande de protection diplomatique formulée par la Belgique en faveur de ses ressortissants détenant la majorité du capital d'une société créée en vertu du droit canadien. En examinant les conditions de recevabilité d'une telle requête, les juges ont considéré que pour déterminer les effets de la personnalité juridique d'une société vis-à-vis de ses actionnaires et des tiers, ils devaient se référer aux règles prévues dans ce domaine par les ordres juridiques internes car les sociétés étaient des institutions propres de ces derniers[966]. La Cour a ainsi repris pour le besoin de son analyse la distinction établie dans les ordres juridiques étatiques entre les droits et obligations attribués à la personne morale et ceux appartenant à ses membres. En vertu de ce principe, après la création d'une société les droits et les biens conférés à celle-ci ne confondaient plus avec les droits faisant partie du patrimoine de ses associés. Il s'en suivait que lorsqu'une personne morale avait subi un dommage, c'était uniquement l'Etat lui ayant octroyé la personnalité juridique qui pouvait agir en sa protection. En revanche, l'Etat national des associés de cette société n'avait pas la qualité pour le faire, sauf si un droit propre de ces derniers avait été également lésé.

764. Sur la base de ces principes communément partagés par les Etats, la Cour internationale de justice a estimé que la nationalité d'une société de droit interne dépendait, en droit international, de l'ordre juridique de « 1'Etat sous les lois duquel elle s'est constituée et sur le territoire duquel elle a son siège »[967]. Comme nous avons déjà eu l'occasion de l'expliquer précédemment le sens accordé par la Cour à ce dernier terme était celui de

[966] CIJ, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Nouvelle requête) : 1962 (Belgique c. Espagne)*, arrêt du 5 février 1970, §§ 39-43.
[967] *Ibid.*, § 70.

siège statutaire, qui se situe toujours sur le territoire de l'Etat de constitution de la société, et n'apportait donc rien de supplémentaire à au premier critère cité[968].

765. La Cour avait toutefois relevé « deux cas particuliers » »[969] dans la pratique étatique, dans lesquels la nationalité d'une société avait été déterminée en fonction de la nationalité des détenteurs du capital de celle-ci. Le premier était celui relatif au « traitement des biens ennemis et alliés dans les traités de paix et autres instruments internationaux pendant et après la première et la deuxième guerre mondiale »[970]. Comme Jean-Pierre HOCHEPIED l'avait expliqué dans sa thèse de doctorat :

> « La notion de contrôle naquit en 1914 à l'occasion des problèmes posés par la guerre. Les pays anglo-saxons avec le critère de l'enregistrement, l'Europe continentale avec le siège social, semblaient satisfaits de leurs systèmes respectifs, quand la première guerre mondiale fit apparaître l'insuffisance de ces critères dès qu'il s'est agi de déterminer, par delà la forme juridique de la société, son caractère ennemi de fait. »[971]

766. Concernant le droit français, c'était une circulaire du Garde des Sceaux du 29 janvier 1916 qui avait en effet soumis au même régime juridique les sociétés créées en vertu du droit d'un Etat ennemi et celles ayant leur siège en France mais dont les parts sociales se trouvaient en totalité ou majoritairement entre les mains de ressortissants ennemis[972].

767. Des dispositions allant dans le même sens ont été incorporées dans les traités de paix signés à la fin de la Grande Guerre. A titre d'illustration, l'article 297 (b) du traité de

---

[968] Voir *supra* Chapitre 3, Section 2, Paragraphe 1, B).
[969] CIJ, *Barcelona Traction, op.cit.*, § 59.
[970] *Ibid.*, § 59.
[971] HOCHEPIED (J.-P. De) *La protection diplomatique des sociétés et des actionnaires*, Paris, Pedone, 1965, p. 59. L'auteur a fait notamment allusion au « Trading with the Enemy Act » adopté le 18 septembre 1914 par la Grande Bretagne, et dont l'art. 2§2 donnait le droit au Ministère du Commerce d'inspecter les documents de toute société dans laquelle « un tiers ou plus du capital-actions d'un directeur ou des directeurs de la société était immédiatement avant le début de la guerre actuelle, ou est en tous temps depuis, détenu par, ou au compte de, ou représenté par, des personnes sujets d'un Etat présentement en guerre avec Sa Majesté », *ibid.*, p. 60. Voir aussi sur la question de l'utilisation du critère du contrôle par les législations étatiques pendant et après la première guerre mondiale : BECKETT (W.), « Diplomatic Claims in Respect of Injuries to Companies », *Transactions of the Grotius Society*, 1931, pp. 182-183 ; TRAVERS (M.), « La nationalité des sociétés commerciales », *RCADI*, vol. 33, 1930, p. 58.
[972] HOCHEPIED (J-P. De), *La protection diplomatique des sociétés et des actionnaires*, *op.cit.*, p. 63. Les termes exacts employés par ladite circulaire étaient les suivants : « Il ne saurait être fait état à l'égard des sociétés de leur nationalité d'apparence. Les formes juridiques dont la société est revêtue, le lieu de son principal établissement, tous les indices auxquels s'attache le droit privé pour déterminer la nationalité d'une société sont inopérants alors qu'il s'agit de fixer, au point de vue du droit public, le caractère réel de cette société. Elle doit être assimilée aux sujets de nationalité ennemie dès que notoirement sa direction ou ses capitaux sont en totalité ou en majeure partie entre les mains de sujets ennemis, car en pareil cas, derrière la fiction de droit privé, se dissimule, vivante et agissante, la personnalité ennemie elle-même », *Journal officiel (français)*, 2 mars 1916.

Versailles du 28 juin 1919 conclu entre les Puissances alliés et associés d'une part et l'Allemagne de l'autre, prévoyait que les Etats vainqueurs avaient le droit de:

> « […] retenir et de liquider tous les biens, droits et intérêts appartenant, à la date de la mise en vigueur du présent Traité, à des ressortissants allemands ou des sociétés contrôlées par eux sur leur territoire »[973].

768. De manière semblable, les traités de paix conclus après la deuxième guerre mondiale obligeaient les Etats vaincus à restituer aux « ressortissants des Nations Unies » les avoirs qu'ils leurs avaient saisis ou avaient détruits. Aux termes des traités de 1946 et de 1955 :

> « L'expression « ressortissants des Nations Unies » comprend également toutes les personnes physiques et les sociétés ou associations qui, aux termes de la législation en vigueur en […] [Italie, Hongrie, la Bulgarie etc.] pendant la guerre, ont été traitées comme ennemis »[974].

769. La Cour dans l'affaire de la *Barcelona Traction* a considéré que tous ces exemples d'instruments exceptionnels de guerre économique « visant à priver l'adversaire des avantages découlant de l'anonymat et de la personnalité distincte des sociétés », ne devaient pas être pris en compte pour le besoin de la détermination du contenu des règles générales en matière de nationalité des sociétés en droit international « dans des conditions normales »[975].

770. A côté de ces exemples de nature, certes, particulière, un autre type d'instruments conventionnels conclus avant l'affaire de la *Barcelona Traction* se référaient aussi, de manière régulière, au critère du contrôle aux fins de la détermination de l'allégeance étatique d'une société. Il s'agissait des accords dits d'indemnisation ayant pour objectif de régir les modalités de réparation des personnes privées étrangères devenues victimes d'une expropriation de leurs biens par un Etat. En fonction du choix du mécanisme mis en place par ces conventions, l'Etat national des personnes lésées pouvait agir en faveur de ces dernières à l'encontre de l'Etat auteur des mesures de nationalisation et demander

---

[973] Voir dans le même sens l'art. 249(b) du traité de Saint-Germain-en-Laye, signé le 10 octobre 1919 entre les Puissances alliées et associées et l'Autriche ; l'art. 177 (b) du traité de Neuilly-sur-Seine signé le 27 novembre 1919 entre les Puissances alliées et associées et la Bulgarie. Voir en outre l'art. 74 du traité de Versailles qui autorisait la France à retenir et à liquider des biens, droits et intérêts localisés en Alsace-Lorraine et appartenant à des ressortissants allemands ou à des sociétés contrôlées par eux.

[974] Voir notamment l'art. 78 (9) (a) du Traité conclu avec l'Italie ; l'art. 26 (9) (a) du traité conclu avec la Hongrie ; l'art. 23 (8) (a) du traité conclu avec la Bulgarie ; l'art. 24 (9) (a) du traité conclu avec la Roumanie ; l'art. 25 (8) (a) du traité conclu avec la Finlande.

[975] CIJ, *Barcelona Traction*, *op.cit.*, § 60.

pour chaque cas identifié une réparation, ou bien l'Etat auteur des mesures d'expropriation acceptait de verser à l'Etat national des personnes lésées une indemnité globale, et dans un deuxième temps ce dernier mettait en place des commissions nationales d'indemnisation chargées de distribuer cette somme aux personnes en ayant droit. Dans les deux cas, la majorité de ces accords recouraient au critère de contrôle, même si ce n'était le plus souvent qu'à titre complémentaire à celui de constitution des sociétés lésées[976]. Ainsi, certains d'entre eux empêchaient les sociétés incorporées dans l'Etat conisidéré comme lésé, mais placées sous le contrôle, direct ou indirect, d'individus ayant la nationalité de l'Etat auteur des mesures d'expropriation, de pouvoir prétendre d'une réparation[977]. En vertu des dispositions d'autres accords une société ne pouvait prétendre à une indemnisation que si elle avait été créée conformément à la législation de l'Etat considéré comme lésé et si des ressortissants de ce dernier détenaient une partie substantielle du capital d'une telle société. C'était notamment la pratique suivie de manière générale par les Etats-Unis ou encore par la Suisse[978]. Enfin, certains traités permettaient à des entités incorporées dans l'Etat auteur des mesures d'expropriation ou dans un Etat tiers, mais au sein desquelles des ressortissants de l'Etat national considéré comme lésé détenaient des participations de contrôle, de prétendre à une indemnisation en cas de saisie de leurs biens par l'Etat nationalisant[979].

771. Pourtant, la Cour internationale de Justice a là encore refusé de tenir compte des dispositions prévues par ces instruments en estimant qu'il s'agissait des règles *lex specialis* :

---

[976] Voir notamment CAFLISCH (L.), *La protection des Sociétés Commerciales et des Intérêts Indirects en Droit International Public*, La Haye, Marinus Nijhoff, 1969, p. 33.

[977] *Ibid.* L'auteur a cité notamment l'art. 1er de la Déclaration annexée au traité franco-canadien de 26 janvier 1951, *RTONU*, vol. 233, p. 65 ; l'art. 1er du Règlement annexé à la convention franco-belge du 18 février 1949, *RTONU*, vol. 31, p. 173 ; l'art. 1(5) de la Convention franco-britannique du 11 avril 1951, *RTONU*, vol. 106, p. 3.

[978] *Ibid*., p. 34. Voir par exemple l'art. II (a) et (b) du traité américano-roumain du 30 mars 1960, *RTONU*, vol. 371, p. 178 ; L'annexe du traité américano-polonais du 16 juin 1960, *RTONU,* vol. 384, p. 182 ; L'art. 5 du traité entre la Suisse et la Yougoslavie du 27 septembre 1948, *Recueil officiel des lois (suisse)*, 1948, p. 995 ; l'art. 9 de traité entre la Suisse et la Pologne du 25 juin 1949, *Recueil officiel des lois (suisse)*, 1949, p. 839 ; le Règlement annexé de la convention franco-suisse du 21 novembre 1949, *Recueil officiel des lois (suisse)*, 1949, p. 1953 ; l'art. 3 du traité entre la Suisse et la Tchécoslovaquie du 22 décembre 1949, *Recueil officiel des lois (suisse)*, 1950, p. 21.

[979] *Ibid.*, p. 35. Voir l'art. 4 (b) et (c) du traité franco polonais du 19 mars 1948, *British and Foreign State Papers*, vol. 152, p. 369, 1948.

> « Leur raison d'être, qui s'explique par une transformation structurelle dans l'économie d'un Etat, diffère aussi de celle des dispositions normalement applicables. »[980].

772. Tous ces exemples témoignaient cependant de la manière dont, dans le cadre de leurs relations, les Etats établissaient une distinction entre d'une part les sociétés soumises à leur législation respective mais représentant des intérêts étrangers, et d'autre part les sociétés créées en vertu de législations d'Etats étrangers mais représentant des intérêts nationaux. Les accords d'indemnisation à la suite de mesures d'expropriation, mais aussi les traités de protection des investissements étrangers dont le nombre ne cessait de croître constituaient clairement à notre avis deux éléments clés de la pratique étatique en matière des conditions de protection des sociétés en droit international. Leur qualification de *lex specialis* nous paraît alors plus que contestable. Quel serait, dans un tel cas, le corpus de règles interétatiques en la matière pouvant être qualifié de *général* ?

773. Concernant plus particulièrement les traités de protection des investissements, la Cour internationale ayant rendu son arrêt en 1970 a bien voulu reconnaître que :

> « compte tenu les importants événements survenus depuis cinquante ans, de l'extension des investissements étrangers et de l'ampleur prise par l'activité des sociétés sur le plan international, notamment celle des sociétés holding, souvent multinationales […] il peut être à première vue surprenant que l'évolution du droit ne soit pas allée plus loin et que des règles généralement reconnues ne se soient pas cristallisées sur le plan international. »[981].

774. La raison qui, selon elle, avait empêché une telle cristallisation était que « le droit en la matière s'est formé en une période d'intense conflit de systèmes et d'intérêts »[982], autrement dit dans le contexte historique caractérisé par l'opposition des Etats développés d'une part et des Etats en développement de l'autre. Dans ce cadre là, les dispositions émanant des traités, essentiellement de nature bilatérale, de nombre encore relativement limité[983], et conlus entre des pays développés d'une part et des pays en

---

[980] CIJ, *Barcelona Traction*, *op.cit.*, § 61.
[981] *Ibid.*, § 89.
[982] *Ibid.*
[983] Selon les informaitons statistiques contenues dans un recueil publié par le CIRDI en 1983 les traités en matière de protection des investissements conclus entre 1959 et 1982 était au nombre de 184. En outre, durant cette période, aucune convention de ce type n'avait été signée entre deux pays exportateurs nets de capitaux. Toutes l'ont été entre un pays considéré comme exportateur d'investissements et pays importateur net de capitaux. Cette dernière catégorie recouvrait pour l'essentiel les pays dits en voie de développement. Il faut tout de même préciser que ces deux catégories d'Etats ne coïncidaient pas complétement. A titre d'exemple la République de Corée n'était plus considérée, au début des années 80,

développement de l'autre, ne reflétaient pas une pratique suffisamment consensuelle suffisante pour l'établissement d'une règle générale.

775. Force est néanmoins de constater que la pratique conventionnelle suivie ultérieurement pas les Etats, qu'elle découle des traités de protection des investissements étrangers ou des accords dits d'indemnisation, continuait à diverger nettement du contenu de la règle générale de détermination de la nationalité des sociétés énoncée par la Cour internationale de Justice en 1970. Dans son rapport intérimaire soumis au Comité sur la protection diplomatique des personnes et des biens de l'Association du droit international en 2002, le professeur BEDERMAN a montré que dans les accords d'indemnisation conclus par les Etats après l'arrêt de la *Barcelona Traction*, les critères sur lesquels était fondée la capacité des sociétés de formuler des réclamations étaient le plus souvent celui du lieu du siège social réel et/ou celui du contrôle économique. Il était en revanche rare pour les Etats de faire dépendre cette capacité du seul critère du lieu de constitution de la société[984]. En plus, la grande majorité de ces accords permettaient aux détenteurs du capital des sociétés lésées d'agir en réparation concernant les biens ou les droits de celles-ci auxquels l'Etat auteur des mesures litigieuses avait porté atteinte[985]. Pour le professeur BEDERMAN, la pratique étatique dans ce domaine démontrait alors clairement que le principe énoncé par la Cour internationale dans son arrêt de la *Barcelona Traction* n'était plus d'actualité[986].

776. Si en 1970 certains doutes pouvaient encore subsister concernant la généralité de la pratique étatique tenant compte de la nationalité des détenteurs du capital d'une société pour le besoin de sa protection, en 2007 le nombre important de traités en matière d'investissements étrangers faisant référence au critère du contrôle constituait à nos yeux une base solide et suffisante pour que la Cour internationale revoie sa position sur

---

comme un Etat en développement, mais comme un pays développé à économie de marché. Pourtant, elle restait toujours un pays importateur net de capitaux, voir sur ce dernier point, LAVIEC (J-P.), *Protection et promotion des investissements. Etude de droit international économique*, PUF, Paris, 1985, p. 7. (329 pages).

[984] BEDERMAN (D.J.), Interim Report on « Lump Sum Agreements and Diplomatic Protection », Association de droit international, *Report of the Seventieth Confe- rence held in New Delhi, 2–6 April 2002*, pp. 252-253.

[985] *Ibid.*, pp. 253-255.

[986] *Ibid.*, p. 258. Dans son projet de résolution n°5/2006 sur la protection diplomatique des personnes et des biens, adopté à la 72ème Conférence de l'Association de droit international ayant eu lieu à Toronto, Canada du 4 au 8 juin 2006, cette dernière a estimé, en point 14 concernant la question de la nationalité des réclamations, que : « Le contrôle de la société étrangère par les actionnaires de nationalité différente peut ouvrir droit à l'Etat de la nationalité de cet actionnaire à exercer la protection diplomatique en leur nom ou autrement à considérer que la société à sa nationalité. ».

ce sujet. Toutefois, dans son arrêt *Diallo*, la CIJ a réaffirmé sa position de 1970.

B. Les fondements invoqués par la Cour internationale de Justice pour confirmer sa ligne jurisprudentielle dans l'affaire *Diallo*

777. Malgré une pratique conventionnelle étatique constante et généralisée se référant au critère de contrôle aux fins de la détermination de la nationalité des sociétés en droit international et permettant, de manière récurrente, aux associés majoritaires des personnes morales d'agir en réparation des préjudices subis formellement par ces dernières, la Cour internationale de Justice a refusé d'admettre dans son arrêt *Diallo* de 2007 qu'une évolution de la règle générale telle qu'énoncée par cette même juridiction en 1970 s'était produite. Et pourtant, la position des juges saisis en 2007 quant au rôle joué par le nombre important de traités de protection des investissements pour la formation d'une règle coutumière en la matière était nettement plus nuancée que celle adoptée par leurs homologues en 1970. Dans l'affaire *Diallo*, la Cour a ainsi estimé que :

> « en droit international contemporain, la protection des droits des sociétés et des droits de leurs actionnaires, et le règlement des différends y afférents, sont **essentiellement** régis par des accords bilatéraux ou multilatéraux en matière de protection des investissements étrangers tels les accords sur la promotion et la protection des investissements étrangers, et la convention de Washington du 18 mars 1965 sur le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats investisseurs »[987].

778. La capacité généralement reconnue aux détenteurs du capital des sociétés de se prévaloir de leur propre nationalité aux fins de la protection des droits et des biens des sociétés qu'ils contrôlaient ne suffisait cependant pas pour démontrer que la règle coutumière en matière de protection diplomatique aurait changé. Selon la Cour, « *il pourrait* » :

> « tout aussi bien se comprendre dans le sens contraire. Les arbitrages qui ont été invoqués par la Guinée relèvent eux aussi de régimes particuliers, qu'ils aient été fondés sur des accords internationaux spécifiques entre deux ou plusieurs Etats »[988].

779. Or, si effectivement la pratique étatique en matière de protection des sociétés en droit

[987] CIJ, *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, arrêt portant sur les exceptions préliminaires du 24 mai 2007, § 88. C'est nous qui soulignons.
[988] *Ibid.*, § 90.

international découlait « *essentiellement* » des traités en matière d'investissements étrangers, quels étaient les éléments sur lesquels les juges se sont fondés pour réaffirmer la substance différente de la règle coutumière en matière de protection diplomatique ?

780. De tels éléments pouvaient, dans tous les cas, être difficilement recueillis en référence aux normes ou d'autres documents de droit interne des Etats témoignant de la pratique suivie par les gouvernements nationaux lorsqu'ils devaient décider d'endosser ou pas une réclamation internationale en faveur d'une société enregistrée sur leur territoire. Le nombre de références en la matière est très limité[989], et ne nous provient d'ailleurs que des droits des Etats développés[990]. Il n'empêche que le peu de documentations qui est disponible à ce sujet confirme clairement l'importance accordée par les Etats au degré de participation de leurs nationaux au capital d'une société éligible à une protection.

781. Les témoignages de la pratique suivie dans ce domaine par les Etats résultent parfois de simples notes ou annonces faites par des personnes ou organes représentant leurs pouvoirs exécutifs[991]. A titre d'exemple, c'est sur la base d'une note du département fédéral des affaires étrangères de la Suisse qu'un auteur a pu révéler le rôle déterminant joué par le critère du contrôle dans la pratique de cet Etat en matière de protection diplomatique des personnes morales[992]. De même, ce sont des déclarations et des correspondances officielles qui ont servi de fondement à un autre auteur pour affirmer que les sociétés souhaitant voir le gouvernement canadien prendre fait et cause en leur faveur, devaient, en plus d'être créées conformément à la législation de cet Etat, représenter un intérêt national substantiel. Aux fins de cette dernière condition, les autorités vérifient « *whether or not the corporation carries on business and active trading interests in Canada and the extent to which the company is beneficially owned*

---

[989] Le peu de documentation existant sur ce sujet résulte probablement de la rareté des cas dans lesquels un Etat agit ouvertement ou formellement à l'encontre d'un autre Etat afin de protéger un ou plusieurs de ses nationaux. Cette forme de confrontation constitue en effet une partie infime de l'ensemble des situations dans lesquelles des contacts sont établis de manière informelle, ou en tout cas extra-juridictionnelle, dans le but de trouver une solution à l'amiable pour des différends de telle nature.

[990] LEE (L.J.), « *Barcelona Traction* in the 21st Century : Revisiting its Customary and Policy Underpinnings 35 Years later », *Stanford Journal of International Law*, vol. 42, n°2, 2006, p. 248. L'auteur a raisonné dans les termes suivants : « *Since little published material exists on the practice of developing states, it would be unjust simply to proceed to analyze custom as it only developed states existed. On the other hand, what supplementary evidence could be adduced to otherwise uncover a customary rule ?* »

[991] Voir les conclusions tirées par Madame LEE concernant la pratique de différents Etats sur la base de telles notes, *ibid*., pp. 277-283.

[992] CAFLISCH (L.), « La pratique suisse de la protection diplomatique », *in* FLAUSS (J.-F.), *La protection diplomatique – Mutations contemporaines et pratiques nationales*, Bruylant, Bruxelles, 2003, p. 82, la référence à la note précitée se trouve dans la note de bas de page n°11 de la page 77.

in Canada and whether it is operating to the benefit of the Canadian economy »[993].

782. Enfin, lorsque ce n'est pas le critère relatif au degré de participation des nationaux d'un Etat au sein du capital d'une société qui guide sa politique en matière de protection diplomatique, ce sont d'autres éléments démontrant le rattachement effectif de l'entreprise à l'économie nationale qui sont pris en considérations par les gouvernements. Ainsi, en vertu des propos tenus par un représentant du Ministère de l'économie de l'Allemagne, cet Etat cherche régulièrement à insérer dans les traités de protection des investissements qu'elle négocie la règle selon laquelle la nationalité d'une personne morale doit résulter du lieu de son incorporation, à condition qu'elle y ait établi aussi son siège social réel. Le même commentateur a rajouté que c'était également ce principe qui guidait les décisions de son gouvernement en matière d'endossement des réclamations des sociétés en contentieux interétatique[994].

783. Cette dernière précision est intéressante et témoigne de l'interdépendance entre les normes conventionnelles établies par les Etats en matière de protection des investissements étrangers et leurs pratiques en contentieux de la protection diplomatique. Or, il résulte d'une étude comparative du contenu des traités bi- et multilatéraux en matière d'investissements que si dans la plupart d'entre eux le critère d'incorporation constitue l'une des conditions pour la détermination de la nationalité des sociétés, il est souvent complété par un autre critère visant à garantir une certaine effectivité à l'allégeance de la personne morale[995]. En ce sens, si le critère du lieu de constitution des sociétés peut être perçu comme un dénominateur commun des différentes dispositions conventionnelles régissant cette question, celui-ci ne constitue clairement pas le seul critère utilisé pour le besoin de la protection des sociétés menant des activités transfrontalières.

---

[993] LEE (E.G.), « Canadian Practice in International Law during 1973 as Reflected Mainly in Public Correspondence and Statements of the Department of external Affairs », *Canadian Yearbook of International Law*, vol. 12, 1974, p. 272, spéc., pp. 289-290.

[994] KARL (J.), « The Promotion and Protection of German Foreign Investment Abroad », *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, 1996, p. 8.

[995] Voir notamment les tableaux comparatifs proposés en annexe par LEE (L.J.), « *Barcelona Traction* in the 21st Century : Revisiting its Customary and Policy Underpinnings 35 Years later », *op.cit.*, pp. 285-289. Ce critère complémentaire n'est pas toujours celui du contrôle exercé sur la société par des ressortissants de l'Etat concerné. Il peut être prévu aussi que la société doit avoir placé dans l'Etat de sa constitution son siège social. Comme nous avons déjà eu l'occasion de l'expliquer ce critère devrait, à notre avis, être interprété comme signifiant le siège réel de la société, ne serait-ce que pour lui donner un effet utile et le différencier de celui du lieu de l'enregistrement de la personne morale. Il ressort des commentaires de Madame LEE (L.J.), concernant l'état de la pratique étatique en matière de protection diplomatique qu'elle entendait celui-ci de la même manière.

784. La corrélation entre les conventions de protection des investissements étrangers et les règles et les conditions d'exercice de la protection diplomatique par les Etats peut d'ailleurs difficilement être contestée aujourd'hui, car ces traités sont devenus le fondement le plus probable pour le déclenchement de ce type de procédures. Pour rappel, peu après l'affaire de la *Barcelona Traction*, c'était sur la base des termes d'un traité d'amitié, de commerce et de navigation[996] conclu entre les Etats-Unis et l'Italie que l'affaire *ELSI* a été portée devant la Cour internationale de Justice à la fin des années 80. Certes, la demande formulée par la Guinée à l'occasion de l'affaire *Diallo* s'inscrivait de nouveau dans le contexte du droit international général, mais comme la Cour l'a elle même rappelé dans le cadre de cette décision « le rôle de la protection diplomatique s'est estompé, celle-ci n'étant en pratique appelée à intervenir dans les rares cas où les régimes conventionnels n'existent pas »[997].

785. Nous ajouterons que dans les rares cas où une action en protection diplomatique est enclenchée aujourd'hui, elle a toutes les chances de se situer non pas en dehors mais bien dans un cadre conventionnel. La possibilité pour un Etat de recourir à la protection diplomatique fait partie des différentes voies de règlement des différends prévues par les traités en matière d'investissements étrangers. La grande majorité de ces instruments offre certes la possibilité aux investisseurs privés de saisir directement un tribunal arbitral, à l'encontre d'un Etat étranger, mais prévoient également le droit pour les Etats parties de régler, à un niveau interétatique, tout différend qui les oppose concernant l'interprétation ou l'application de ces accords. C'est à titre d'exemple sur la base d'une telle disposition prévue dans leur traité bilatéral que l'Italie a intenté une procédure contentieuse à l'encontre de Cuba. Elle a notamment demande au tribunal arbitral *ad hoc* constitué de condamner l'Etat défendeur au versement des dommages et intérêts au profit de plusieurs ressortissants italiens prétendument lésés par certains actes attribuables à la République de Cuba, qui auraient été contraires aux engagements conventionnels souscrits par cette dernière. Il était incontestable pour le tribunal que son pouvoir de se prononcer sur les problèmes d'interprétation ou d'application du traité, lui permettait également de connaître toute demande émanant de l'une des Parties alléguant une violation d'une ou plusieurs dispositions de leur accord et d'ordonner, le cas échéant, à l'autre Partie qu'elle mette un terme à son comportement jugé contraire à ses

[996] Qui comportait des dispositions relatives à la liberté d'établissement comparables à celles que nous retrouvons aujourd'hui dans les traités de protection des investissements *stricto sensu*.
[997] CIJ, *Diallo*, arrêt de 2007, *op.cit.*, § 88.

obligations[998]. Les arbitres se sont en revanche posé la question de savoir si l'Italie pouvait agir à ce titre, non pas en son propre nom, mais au profit de ses ressortissants. Le tribunal a notamment rappelé qu'initialement le mécanisme de la protection diplomatique a été créé pour permettre aux personnes privées, qui ne disposaient pas d'un accès direct aux juridictions internationales, de demander à leurs Etats nationaux d'endosser une réclamation à l'encontre d'un autre Etat en leur faveur. Aujourd'hui, la grande majorité des traités de protection des investissements étrangers confèrent le droit aux particuliers d'agir de manière individuelle et autonome sur le plan international. L'enjeu était donc de savoir si ce changement de perspective n'avait pas pour effet d'empêcher les Etats d'endosser la réclamation de leurs ressortissants sur la base d'un traité qui reconnaît la capacité à ces derniers d'agir à titre individuel. Selon le tribunal cela aurait été le cas si les investisseurs visés par la demande italienne avaient déjà parallèlement saisi un tribunal arbitral, ou avaient expressément accepté de se soumettre à la juridiction d'un tel tribunal. La seule existence d'une clause de règlement des différends offrant à l'investisseur la possibilité d'un recours direct n'impliquait cependant pas une telle acceptation[999].

786. Ces différents aspects de la pratique étatique et juridictionnelle militent pour une prise en compte, au niveau général, de la nationalité des détenteurs du capital des sociétés en vue de la protection de ces dernières en droit international. C'est une nécessité soulignée également par une partie de la doctrine, et cela depuis longtemps. Nous reviendrons à présent sur certains de ces travaux, exposant les avantages et les défauts du critère du contrôle, dans le but de proposer à notre tour une méthode de détermination de du rattachement étatique des sociétés propre à l'ordre international.

PARAGRAPHE 2

PROPOSITION POUR UNE PRISE EN COMPTE GÉNÉRALISÉE ET UNIFORME DU CRITÈRE DU CONTRÔLE POUR LA DÉTERMINATION DE LA NATIONALITÉ DES SOCIÉTÉS EN DROIT INTERNATIONAL

787. Beaucoup d'auteurs ont mis en évidence, dans le cadre de leurs travaux, les faiblesses du concept théorique en vertu duquel la nationalité des personnes morales devait être

[998] Tribunal arbitral *ad hoc*, *Italie c. Cuba*, sentence préliminaire du 15 mars 2005, § 63.
[999] *Ibid.*, § 65 : « tant que l'investisseur ne s'est pas soumis à l'arbitrage international contre l'Etat d'accueil, son droit de protection diplomatique subsiste ».

déterminée sur la seule base du lieu de leur constitution. Certains d'entre eux ont alors soutenu que l'allégeance des sociétés devait résulter avant tout de la nationalité des personnes qui les contrôlent (**A**). Soulignant certaines difficultés liées à l'application de ce critère, d'autres ont en revanche proposé un mode de détermination du rattachement étatique alternatif sur la base du critère du centre de décision d'une entreprise. Nous verrons cependant que pour mettre en œuvre cette dernière formule il est toujours nécessaire de répondre à la question de savoir qui dirige réellement, autrement dit qui contrôle, les affaires d'une société (**B**).

A. Les travaux doctrinaux proposant le critère du contrôle comme mode principal de détermination de la nationalité des sociétés.

788. Les travaux doctrinaux proposant le recours au critère du contrôle pour la détermination de la nationalité des sociétés ne datent pas d'hier. Déjà en 1927, sous l'angle de l'étude du droit interne, le professeur NIBOYET[1000] a mis en garde contre l'assimilation opérée par plusieurs législations et tribunaux étatiques de deux problèmes juridiques distincts. Il s'agissait d'une part de la règle selon laquelle toute société devait se soumettre à la réglementation de l'ordre juridique étatique qui lui a donnée naissance et qui est donc compétent pour régir les conditions de sa création et de son fonctionnement. Cette première question devait être distinguée de celle de l'appartenance d'une telle société à la catégorie des nationaux de ce même Etat en vue de la détermination des droits dont elle pouvait se prévaloir. Autrement dit, le fait qu'une société doit se conformer à la loi de l'Etat de sa création ne signifiait point qu'elle devait jouir des mêmes droits et privilèges que les nationaux de celui-ci. Les règles de l'ordre étatique de constitution de la société déterminaient certes son statut juridique, mais ce n'était pas forcément cet ordre juridique dont devait dépendre la nationalité de la société et donc sa capacité de jouir de tels ou tels droits réservés aux ressortissants d'un Etat. Concernant cette deuxième question il fallait, selon ce même auteur, tenir compte de la nationalité des associés[1001]. La distinction qui devait être opérée entre ces deux problèmes juridiques, ayant chacun sa propre finalité et fonction, était un élément essentiel pour le professeur

[1000] NIBOYET (J.-P.), « Existe-t-il vraiment une Nationalité des sociétés », *Revue de droit international privé*, vol. 22, 1927, pp. 402-417, spéc. pp. 404-408.

[1001] *Ibid.*, p. 413. D'ailleurs, pour le professeur NIBOYET, ce dernier problème n'était pas non plus un problème de nationalité. Pour lui, « La véritable nationalité, la seule qui existe, constate un rapport d'ordre politique entre un individu et un Etat », *ibid.*, pp. 404-405. Concernant le régime applicable aux groupements, on tient compte de la nationalité de ses associés (personnes physiques) afin de déterminer la capacité de la société de se prévaloir de certains droits réservés aux nationaux d'un Etat.

NIBOYET. De cette manière, l'existence de la société et les règles applicables à son fonctionnement n'étaient pas tributaires du critère du contrôle et aux changements potentiellement fréquents de la nationalité des détenteurs de son capital. Il était moins problématique, en revanche, d'admettre que la capacité de la société de jouir de certains droits, selon qu'elle soit contrôlée à un moment donné par des nationaux de tel ou tel Etat, pouvait évoluer[1002].

789. Cette conception de dualité de l'allégeance d'une personne morale, l'une à caractère purement juridique, l'autre de nature politique, a été reprise par la suite, dans les années 60, par des auteurs s'intéressant cette fois-ci à la question de la nationalité des personnes morales dans le contexte du droit international. Nous pensons plus particulièrement aux professeurs BASTID et LUCHAIRE[1003] ou encore à M. De HOCHEPIED[1004]. Pour ces derniers le lien d'allégeance dit juridique de la personne morale, fondé sur le seul critère du lieu de constitution de celle-ci, n'était utile que pour la détermination de la *lex societatis* qui ne traitait finalement que des questions intéressant le droit privé. En revanche, « l'allégeance politique » des sociétés devait quant à elle être déterminée sur la base du critère du contrôle, et c'est cette allégeance là qui devait conditionner la protection des personnes morales au niveau international, notamment via le déclenchement du mécanisme de la protection diplomatique.

790. Pour M. De HOCHEPIED c'était le seul moyen pour pouvoir soutenir que la notion de nationalité des personnes morales était analogue à la nationalité des personnes physiques. La notion de nationalité des personnes physiques se fondait en effet sur l'existence d'un lien de fait politique entre un individu et un Etat. L'auteur a alors considéré que : « sous cet angle, l'allégeance politique des sociétés se rapproche beaucoup de la nationalité des individus. Comme son nom l'indique, elle constitue un lien de nature politique ». M. De HOCHEPIED ajoutait :

> « de même qu'un individu de nationalité française sert les intérêts de la France, une société d'allégeance politique française servira les intérêts économiques, quelquefois politiques, de la France, puisque le critère de

[1002] *Ibid.*, pp. 414-415.
[1003] BASTID (S.) et LUCHAIRE (F.), « La condition juridique internationale des sociétés constituées par des étrangers », *La personnalité morale et ses limites. Etudes de droit comparé et de droit international public*, Paris, L.G.D.J., 1960, pp. 159-167.
[1004] De HOCHEPIED (J.-P.), *La protection diplomatique des sociétés et des actionnaires*, Paris, Pedone 1965, pp. 159-167.

> l'allégeance politique est le contrôle, c'est-à-dire la nationalité des dirigeants ou de ceux qui retirent le bénéfice de l'activité de la société »[1005].

791. Il ressort pourtant clairement de la fin de l'extrait précité que les auteurs suggérant le recours au critère du contrôle avaient du mal à en dessiner précisément les contours. Pour reprendre l'observation formulée à ce sujet par les professeurs BASTID et LUCHAIRE « la façon dont est apprécié, en fait, le contrôle varie non seulement suivant les Etats, mais aussi suivant les législations et enfin les tribunaux »[1006].

792. Cette difficulté explique sans doute la méfiance de la Cour internationale de Justice pour consacrer ce mode de détermination de la nationalité des personnes morales en droit international. Comme un autre auteur l'a parfaitement résumé :

> « Une des raisons qui ont empêché la généralisation du contrôle est son caractère polymorphe. Doit-on en effet prendre en considération le contrôle des associés, le contrôle des dirigeants sociaux ou le contrôle des capitaux ? » [1007]

793. Malgré ces incertitudes, les propositions se référant au critère du contrôle n'ont jamais perdu d'ampleur. Pour preuve, nous pouvons citer le projet de la Commission du droit international de 2006 portant sur la protection diplomatique. L'article 9 de celui-ci prévoit notamment que :

> « Aux fins de la protection diplomatique d'une société, on entend par État de nationalité l'État sous la loi duquel cette société a été constituée. Néanmoins, lorsque la société est placée sous la direction de personnes ayant la nationalité d'un autre État ou d'autres États et n'exerce pas d'activités importantes dans l'État où elle a été constituée, et que le siège de l'administration et le contrôle financier de cette société sont tous deux situés dans un autre État, ce dernier est considéré comme l'État de nationalité. »

794. La Commission semble ainsi avoir voulu tenir compte du caractère multiforme du critère de contrôle et des différents titulaires potentiels de celui-ci. Il n'est cependant pas certain qu'elle ait réussi à apporter plus de clarté en la matière. Que doit-on comprendre par « l'Etat où se trouve le contrôle financier de la société » ? S'agit-il de l'Etat dont les ressortissants détiennent la majorité du capital de la société ? A priori oui. Pourtant, en

---

[1005] *Ibid*., p. 127.
[1006] BASTID (S.) et LUCHAIRE (F.), « La condition juridique internationale des sociétés constituées par des étrangers », *op.cit.*, p. 163.
[1007] LOUSSOUARN (Y.), « La condition des personnes morales en droit international privé », *RCADI*, 1959-I, vol. 96, p. 481.

lisant les commentaires de la commission relatifs à cette disposition, rien n'est moins sûr. En vertu des termes de ces derniers :

> « Le projet d'article 9 stipule que c'est en premier lieu l'État dans lequel une société est constituée qui est l'État de nationalité habilité à exercer la protection diplomatique. Lorsque, toutefois, les circonstances indiquent que la société est plus étroitement rattachée à un autre État, un État dans lequel se trouve son siège social réel et où s'exerce son contrôle financier, cet État sera considéré comme l'État de nationalité ayant le droit d'exercer la protection diplomatique. Certaines conditions doivent cependant être remplies pour cela. **Premièrement, la société doit être contrôlée par des nationaux d'un autre État.** Deuxièmement, elle ne doit pas exercer d'activités importantes dans l'État où elle a été constituée. **Troisièmement**, le siège réel **et le contrôle financier de cette société doivent être tous deux situés dans un autre État**. **Ce n'est que lorsque ces conditions sont cumulativement remplies** que l'État dans lequel la société a son siège et dans lequel elle est financièrement contrôlée peut être considéré comme l'État de nationalité aux fins de la protection diplomatique »[1008].

795. L'élément déclencheur pour l'application de la deuxième hypothèse envisagée par l'article 9 est le constat selon lequel « la société est placée sous la direction de personnes ayant la nationalité d'un autre Etat ou d'autres Etats ». En vertu des commentaires précités, un tel cas se vérifie lorsque la société est « contrôlée par des nationaux d'un autre Etat ». Une société est considérée donc comme étant « sous la diretion des personnes ayant la nationalité d'un autre Etat » lorsque ces personnes « contrôlent » la société. Or, est-ce que pour les rédacteurs de cette disposition, les titulaires d'un tel contrôle sont les dirigeants de la société ou bien les détenteurs de son capital ? Ce premier type de contrôle est-il en outre de la même nature ou est-il de nature différente du *contrôle financier* auquel l'article 9 fait référence juste après, et qui constitue l'un des éléments décisifs pour la détermination de la nationalité de la personne morale ? Les commentaires de la Commission ne font que reprendre, sur ce dernier point, la lettre de la disposition du projet sans en expliquer le contenu.

796. En essayant d'y voir plus clair, nous nous sommes référés au quatrième rapport présenté par le professeur DUGARD dans le cadre des travaux préliminaires de la Commission, qui était justement consacré à la problématique de la nationalité des personnes morales. Parmi les différentes options de détermination de la nationalité des sociétés envisagées

[1008] Projet d'articles sur la protection diplomatique et commentaires y relatifs, A/61/10, p. 56, § 5. C'est nous qui soulignons.

par le rapporteur, il y en avait trois qui se référaient à la notion de « *contrôle économique* »[1009]. Selon les explications fournies par l'auteur, ce dernier critère désignait l'Etat de nationalité de la majorité des actionnaires de la société[1010]. Or, est-ce que la notion de « *contrôle financier* » retenue dans la version finale du projet signifie la même chose ? Pour nous, c'est la réponse la plus probable.

797. Sans doute pour essayer d'éviter toutes ces imprécisions concernant l'application du critère du contrôle, d'autres auteurs ont préféré de s'appuyer sur des voies à première vue alternatives pour la détermination de l'allégeance politique d'une société. L'analyse de ces choix démontre cependant qu'il s'agit le plus souvent des modalités particulières de la mise en œuvre du critère du contrôle lui-même.

B. Les propositions doctrinales optant pour des modes de détermination *a priori* alternatifs de la nationalité des sociétés

798. Le point commun entre les auteurs déjà cités, se référant au critère du contrôle, et ceux dont les idées nous exposerons à présent, est la recherche d'un mode de détermination de l'allégeance des sociétés tenant compte de certains liens les rattachant effectivement à un Etat. L'ensemble de ces auteurs semblent admettre que les entreprises dites multinationales, composées de plusieurs entités juridiques créées en vertu de législation étatiques différentes, devraient être conçues comme un ensemble et non pas comme une addition de sociétés distinctes. Selon le professeur RIGAUX, il faudrait partir du postulat que :

> « le groupe transnational de sociétés est une forme d'ordre juridique, siège d'un pouvoir exercé selon les règles qui y sont propres […] la société transnationale est en ce sens *une* société, même si elle se compose d'entités distinctes au sens du droit étatique des sociétés [...] » [1011].

799. Cette vision remet entièrement en cause la manière dont le droit international général perçoit les choses. Pour rappel, dans l'affaire de principe de la *Barcelona Traction*, la Cour internationale de Justice a considéré que « le droit international a dû reconnaître dans la société anonyme une institution créée par les Etats en un domaine qui relève

[1009] DUGARD (J.), « Quatrième rapport sur la protection diplomatique », A/CN.4/530, pp. 11-15.Voir notamment les options n°4 (« L'Etat où se trouve le contrôle économique de la société), n°5 (« L'Etat où la société a été constituée et l'Etat du contrôle économique »), n°6 (« L'État où la société est constituée puis, à défaut, l'État du contrôle économique »).
[1010] *Ibid.*, p. 13
[1011] RIGAUX (F.), « Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale. Cours de droit international privé », *RCADI*, 1989-I, p. 339. C'est l'auteur qui souligne.

essentiellement de leur compétence nationale. »[1012]. Il n'existe donc pas des critères propres à l'ordre juridique interétatique permettant d'attribuer une personnalité autonome à un groupe multinational privé. Les différentes composantes de ce dernier voient, pour chacune d'entre elles, leur personnalité juridique établie par les droits internes de leur création. Cette situation constitue sans doute la cause principale du décalage qui existe au niveau international entre la nationalité juridique d'une personne morale et son allégeance politique ou effective. Raisonnant dans les mêmes termes, M. TOURNIER qui a longuement abordé et analysé ce sujet dans sa thèse récemment publiée, a considéré que :

> « La focalisation du droit de la protection diplomatique des personnes morales sur l'existence de leur personnalité juridique de droit interne et non sur leur réalité, est susceptible de conduire à une protection essentiellement formaliste »[1013].

800. Le même auteur propose par conséquent une redéfinition de la nationalité des personnes morales aux fins de leur protection diplomatique en prenant en compte une approche transnationale de ces dernières via un seul critère, inhérent à leur fonctionnement, qui serait celui du centre où sont prises les décisions les concernant[1014]. Ce critère permettrait enfin au droit international d'encadrer efficacement le phénomène et les activités des investisseurs prenant la forme d'un groupe de sociétés relevant de plusieurs ordres juridiques[1015].

801. Cette proposition trouve sa source dans la définition même de la notion d'entreprise multinationale. Le critère du centre de décision en est un élément constitutif. Prenons, à titre d'illustration, la définition proposée par l'Institut de droit international dans une résolution que ce dernier a adoptée en 1977. L'article I de celle-ci prévoit que :

> « Les entreprises formées d'un centre de décision localisé dans un pays et de centres d'activité, dotés ou non de personnalité juridique propre, situés dans

[1012] CIJ, *Barcelona Traction*, arrêt du 5 février 1970, *op.cit.*, p. 33, § 38.
[1013] TOURNIER (A.), *La protection diplomatique des personnes morales*, Paris, L.G.D.J., 2013, p. 105.
[1014] *Ibid.*, pp. 330-333.
[1015] Le critère du centre de décisions pourrait être utilisé aussi aux fins de la détermination de la nationalité des groupements à but non lucratif, comme par exemples les organisations non gouvernementales disposant de représentations dans plusieurs pays. Rien n'empêche enfin qu'il s'applique aux sociétés basées dans un seul Etat. Nous pourrions avoir ainsi un seul mode de détermination de la nationalité des personnes morales en droit international.

un ou plusieurs autres pays, devraient être considérées comme constituant, en droit, des entreprises multinationales »[1016].

802. Certaines juridictions internationales se réfèrent à ce critère pour essayer d'encadrer les conséquences résultant de l'appartenance d'une société à un groupe plus large. C'est le cas notamment des juridictions de l'Union européenne en matière de droit de la concurrence. Guidées par la volonté d'élargir le plus possible le champ d'application des normes garantissant le bon fonctionnement du jeu concurrentiel, la Cour de justice de l'UE a très tôt considéré que lorsque plusieurs sociétés formaient une « unité économique », c'est-à-dire lorsque l'une exerce une « influence déterminante » sur l'autre, ou toutes deux sont soumises à une même influence, elles devraient être traitées comme une seule et même entreprise[1017].

803. Dans le même ordre d'idées, l'Institut de Droit international a proposé, dans le cadre d'une autre résolution qu'il a adoptée, portant cette fois-ci sur les obligations des entreprises multinationales, que la société-mère soit tenue responsable de certains actes contractuels ou extracontractuels de ses filiales, sur la base d'une présomption selon laquelle « la caractéristique essentielle d'une entreprise multinationale réside dans la non-dispersion des actions des sociétés membres du groupe et dans l'exercice de la direction des sociétés constituant l'entreprise multinationale par la société-mère »[1018].

804. Lorsqu'au sein d'une entreprise l'une des entités dispose des pouvoirs de direction sur une ou plusieurs autres entités, nous pourrions en effet considérer que c'est à l'endroit où est située cette première entité que se trouve aussi le centre de décision de tout le groupe. Le centre de décision pourrait alors s'entendre également comme le centre de direction d'une entreprise.

805. Le centre de décision d'un groupe peut en revanche ne pas se trouver au même endroit que le siège social réel de l'une des sociétés faisant partie de ce groupe. Nous pouvons

---

[1016] Institut de Droit international, *Résolution sur les entreprises multinationales*, adoptée lors de la Session d'Oslo, 1977, disponible à l'adresse suivante : www.idi-iil.org.

[1017] CJUE, *Imperial Chemical Industries Ltd. c. Commission*, 14 juillet 1977, Aff. n° C-48/69, *Rec.*, 1972, p. 619 (à propos de l'article 101 TFUE) ; CJUE, *Commercial Solvents et Instituto Chemioterapico c. Commission*, 6 mars 1974, Aff. jointes n° C-6 et 7/73, *Rec*, 1974, p. 223 (à propos de l'article 102 TFUE) ; CJUE, *Confederacion Espanola de Empresarios de Estaciones de Servicio c. Compania Espanola de Petroleos SA*, 14 décembre 2006, Aff. n° C-217/05, *Rec*, 2006, p. I-11987, § 40. Voir sur cette notion d'unité économique en droit européen, PETIT (N.), *Droit européen de la concurrence*, Montchrestien, Paris, 2013, p. 78, § 165 et p. 181, § 461.

[1018] Voir l'article 1 de la *Résolution sur les obligations des entreprises multinationales et leurs sociétés membres*, adoptée lors de la session de Lisbonne en 1995, disponible à l'adresse suivante : www.idi-iil.ord. Voir dans le même sens l'art. 2(b) de la même résolution.

par exemple imaginer que la maison-mère et ses organes de décision se trouvent dans un Etat A, alors que l'une de ses filiales et les organes de décision et de direction de cette dernière se trouvent quant à eux dans un Etat B, où cette filiale exerce en outre l'essentiel de ses activités économiques. La filiale ne restera pas moins subordonnée aux directives adoptées au niveau de la maison-mère. Le centre de décision du groupe se situera alors là où est établi l'ensemble de la stratégie de celui-ci et de ses différentes composantes. Se référer alors au critère du siège social comme critère de détermination de la nationalité d'une société :

> « est paré de qualités infiniment moins évidentes que celles qu'on voulait bien lui reconnaître, car venir dire, lorsqu'une filiale prend des décisions, que ces décisions partent du siège de la filiale, c'est inexact, les décisions partent du siège de la société-mère, on doit donc se demander si le siège social n'est pas ou ne devrait pas être éclipsé, tout au moins dans certains cas, par un critère nouveau qui est celui du centre de décision »[1019].

806. Faire dépendre la nationalité d'une société, et accessoirement de tout le groupe dont elle fait partie, du lieu du centre de décision de ce dernier revient en revanche à le faire sur la base du siège social réel de l'ensemble de la structure corporative[1020]. Ce siège sera logiquement celui de la maison-mère. Or, comment identifie-t-on l'entité appelée « maison-mère » ? En vertu de l'article 3(a) de la résolution précitée adoptée par l'Institut de Droit international en matière d'obligations des entreprises multinationales,

[1019] LOUSSOUARN (Y.), « La condition des personnes morales en droit international privé », *RCADI*, 1959-I, vol. 96, p. 547. ; voir dans le même sens FATOUROS (A.A.), « Problèmes et méthodes d'une réglementation des entreprises multinationales », *JDI*, 1974, p. 498 : « L'unité de l'entreprise se manifeste par la présence d'un centre de décision, d'un seul centre de décisions dont les commandements (pour employer un terme très dénigré par les théoriciens de la gestion moderne) déterminent le comportement de tous les monades et de tous les agents de l'entreprise ». La célèbre affaire *Fruehauf* (Cour d'appel de Paris, 22 mai 1965) constitue une illustration parfaite de cette dernière hypothèse. Dans le cadre de celle-ci, Fruehauf-France était une société de droit français, ayant une présence et des activités réelles en France. Son capital avait été majoritairement détenu par plusieurs entités américaines. Fruehauf avait conclu un contrat pour la livraison d'une soixantaine de semi-remorques à destination de la République populaire de Chine. Le président de la société-mère a fait savoir que le gouvernement américain s'opposait à l'exécution de ce contrat et il a donné à la société française l'ordre de rompre celui-ci. Refusant de mettre en œuvre cette directive, le président-directeur général de la société française a démissionné. Les administrateurs français minoritaires ont alors décidé de saisir les juridictions françaises en demandant la désignation d'un mandataire chargé d'assurer l'exécution du contrat dont dépendait, selon eux, l'emploi de 600 personnes. La Cour d'appel de Paris leur a finalement donné raison. Il n'empêche que cet exemple nous montre bien le rapport de subordination qui existe entre une filiale (qui était loin d'être une simple entité relais) et sa maison-mère détentrice de son capital.

[1020] Voir dans le même sens GAUDIN (Ch.), *Rapport d'information au Sénat sur la notion de centre de décision économique et les conséquences qui s'attachent, en ce domaine, à l'attractivité du territoire national*, n°347, Session ordinaire de 2006-2007, p. 83. Pour une prise de position plus nuancée sur ce point, voir GOLDMAN (B.), « La nationalité des sociétés dans la communauté économique européenne », *in Travaux du comité français de droit international privé. Vingt-septième à Trentième année, 1966-1969*, Dalloz, Paris, 1970, p. 232 ainsi que TOURNIER (A.), *La protection diplomatique des personnes morales*, *op.cit.*, pp. 331-332.

la société-mère est celle « qui possède, directement ou indirectement, la majorité des actions d'autres sociétés constituant une entreprise multinationale ou qui contrôle sous une autre forme, directement ou indirectement, de telles sociétés. ».

807. Il ne s'agit donc au final que d'une manière particulière de faire appliquer le critère du contrôle. Ce n'est ni l'Etat d'incorporation de l'entité détenant directement le capital d'une société, ni la nationalité des individus se trouvant au bout de la chaîne des actionnaires qui compte. C'est l'Etat du siège réel de la maison-mère qui est décisif.

808. Le critère du centre de décision comporte cependant un défaut majeur lié à la présupposée structure pyramidale et parfaitement hiérarchisée de tout groupe de sociétés rattachées à plus d'un Etat. Un tel schéma risque de ne pas toujours correspondre à la réalité de l'organisation interne de certaines grandes entreprises. Il est par exemple tout à fait envisageable qu'au sein du même groupe sociétal il y ait plusieurs divisions, en fonction notamment du type des services ou produits proposés, et que les décisions concernant chacune de ces activités soient prises au sein de la division concernée. Le centre de décision concernant les activités de l'une des divisions pourrait ainsi se situer à un endroit différent du centre de décision de la maison-mère de l'ensemble du groupe. Lequel devrait déterminer la nationalité d'une filiale ?

809. Les questions concernant la mise en œuvre du critère du centre de décision et du celui du contrôle sont au final assez semblables. Faut-il toujours remonter la chaîne des actionnaires jusqu'à la société-mère, ou au contraire ne serait-il pas plus judicieux dans certains cas de s'arrêter au niveau de l'Etat d'une entité intermédiaire chargée de superviser les activités de l'entité contrôlée?

810. Ces deux critères se différencient pourtant sur un point qui est essentiel. Le critère du centre de décision exclut d'emblée la possibilité de prendre en considération la nationalité des personnes physiques détenant de manière ultime les titres d'un groupe de sociétés. Certes, les actions des grandes entreprises sont souvent dispersées entre un nombre important de détenteurs – et dont la nationalité peut être différente – ce qui rend très compliquée la détermination de la nationalité des individus exerçant une influence sur l'ensemble du groupe. Or, il peut arriver aussi qu'un pourcentage substantiel des actions d'un grand groupe se trouvent entre les mains d'une ou plusieurs personnes ayant la même nationalité. Que faire alors si le centre de décision d'un tel groupe se situe dans un Etat A, alors que les actionnaires ultimes de celui-ci sont des ressortissants

d'un Etat B ?

811. Selon le professeur GOLDMAN, ce qui devrait être déterminant dans un cas pareil c'est l'endroit où la société mère est implantée, car ce dernier « tend à faire dépendre la nationalité d'une personne morale du milieu politique, juridique et économique dans lequel sont définies les grandes lignes de son action »[1021]. Selon lui, se focaliser sur la nationalité des actionnaires - personnes physiques de la société mère peut parfois s'avérer excessif dans le sens où :

> « une société entièrement implantée en Angleterre, mais dont la majorité du capital appartiendrait à des Français vivant en Angleterre est, par rapport à l'économie et plus généralement à la vie économique française, aussi étrangère qu'une société anglaise contrôlée par des Anglais. »[1022].

812. Vu sous cet angle particulier, nous ne pouvons qu'adhérer à cette analyse. Toutefois, il ne faut pas exclure une autre hypothèse dans laquelle le centre de décision d'un groupe serait situé dans un Etat A, mais l'essentiel des activités de celui-ci serait concentré sur le territoire d'un Etat B qui serait en outre l'Etat de nationalité des individus détenant majoritairement le capital de la société-mère incorporée dans l'Etat A. L'économie réellement concernée par les activités de l'entreprise serait alors celle de l'Etat B. Le lieu de résidence des actionnaires d'une personne morale est sans doute un élément à prendre en considération pour la détermination de la nationalité de celle-ci, mais lorsque les activités de l'entité sont concentrées dans l'Etat de nationalité de ceux-ci, l'addition de ces deux derniers facteurs nous paraît devoir peser plus lourdement que le lieu du centre de décision de l'entreprise. En ce sens, le critère du contrôle entendu comme devant tenir compte de la nationalité des personnes physiques se situant au bout de la chaîne des actionnaires peut parfois s'avérer plus adapté que celui du centre de décision[1023].

813. Les variétés des organisations et fonctionnements internes des groupes de sociétés à rattachements étatiques multiples fait que les éléments constitutifs de la nationalité de tels ensembles et de leurs composantes peuvent difficilement être réduits à un critère

---

[1021] GOLDMAN (B.), « La nationalité des sociétés dans la communauté économique européenne », *op.cit.*, p. 242.
[1022] *Ibid.* p. 231.
[1023] Pour citer une autre définition d'une entreprise française formulée par le président-directeur général du GDF-SUEZ, M. Gérald MESTRALLET : « une entreprise française est une entité dirigée par des Français en majorité, qui a ses centres de décision en France, et qui n'a pas que sa tête dans ce pays », *in* GAUDIN (Ch.), *Rapport d'information au Sénat sur la notion de centre de décision économique et les conséquences qui s'attachent, en ce domaine, à l'attractivité du territoire national*, *op.cit.*, p. 85.

unique, applicable à tout cas de figure. La seule référence au lieu de constitution, en faisant dépendre la nationalité d'une société en droit international, de l'ordre juridique lui ayant octroyé sa personnalité juridique est insuffisante. Les critères du contrôle et du centre de décision ont le mérite de proposer une vision alternative de la notion de groupement économique, perçu non pas comme une addition d'entités juridiques différentes ayant toutes une nationalité à part, mais comme une seule personne morale, indépendamment des rattachements territoriaux de chacun de ses composantes, et dont la nationalité est déterminée en vertu d'un mode d'attribution propre de l'ordre juridique international. Ces deux critères visent à faire de la nationalité des personnes qui dirigent et contrôlent les différentes composantes d'un ensemble économique, celle de tout le groupe, et sont de ce point de vue comparables. Or, c'est uniquement via le critère du contrôle que l'on pourrait tenir compte de la nationalité des individus qui détiennent de manière ultime les titres des différentes composantes d'une entreprise multinationale.

814. Toute atteinte portée aux droits ou à la propriété d'une composante d'une entreprise multinationale aura nécessairement des répercussions sur la valeur des parts du capital, et donc sur l'investissement, des personnes physiques se trouvant au bout de la chaîne des actionnaires. En ce sens, l'Etat national de ces derniers se sentira forcément concerné par un tel dommage et aura intérêt à voir les pertes subies par ses ressortissants dédommagées. Il suffit, pour confirmer cela, de rappeler que dans les trois cas de protection diplomatique concernant les droits d'une personne morale qui ont été soumis à la CIJ, c'était justement l'Etat national des associés - personnes physiques qui avait introduit une demande de réparation à l'encontre de l'Etat présumé responsable du préjudice subi par leur société[1024]. Néanmoins, nous sommes d'avis que la nationalité d'une société créée en vertu de la législation d'un Etat et qui développe des activités économiques substantielles sur le territoire de celui-ci, ne devrait pas résulter exclusivement de la nationalité des détenteurs étrangers de son capital. Tout dépend en effet du contexte dans lequel nous nous situons.

815. Dans le cadre, tout d'abord, du contentieux de la protection diplomatique, un Etat devrait avoir la capacité d'agir en faveur d'une société créée en vertu de sa législation, même si elle est contrôlée par des intérêts étrangers, lorsque cette société est réellement implantée sur son territoire et contribue au développement de son économie en créant

[1024] Dans l'affaire de la *Barcelona Traction* il s'agissait de la Belgique, dans l'affaire *Elsi* des Etats-Unis, et dans l'affaire *Diallo* de la Guinée.

des emplois, en payant ses impôts de cet Etat, etc. En même temps, l'Etat national des ressortissants (personnes physiques) contrôlant cette société devrait également pouvoir agir en sa faveur lorsque cette dernière subit un dommage, car ses nationaux sont, dans les faits, aussi directement touchés par un tel dommage que la société lésée elle-même et son personnel.

816. Il en résulte que, comme c'est le cas pour les personnes physiques, une personne morale pourrait avoir plus d'une seule nationalité. C'était d'ailleurs la position défendue par certains membres de la Commission du droit international lors des débats précédant l'élaboration du projet d'articles de celle-ci portant sur la protection diplomatique. Ainsi, le professeur PELLET avait estimé que « rien ne s'oppose à ce que plusieurs Etats aient le droit d'exercer la protection diplomatique au bénéfice d'une société si celle-ci a un lien effectif fort avec plusieurs Etats »[1025]. De même, le professeur BROWNLIE avait considéré que: « […] une société peut remplir les conditions requises pour bénéficier de la protection diplomatique de plusieurs Etats. Telle est la réalité […] ». Il y a ajouté que « Si, en édictant des règles, la Commission cherche à faire en sorte qu'il n'y ait aucun cas de nationalité multiple, elle ne pourra que se fourvoyer. »[1026].

817. La majorité des membres de la Commission ont pourtant refusé d'envisager une telle possibilité. Selon le commentaire relatif à l'article 9 finalement retenu portant sur la question de la nationalité des personnes morales, « le fait d'octroyer le droit d'exercer la protection diplomatique à plusieurs Etats avec lesquels une société aurait un lien » risquait de « créer un climat de confusion et d'insécurité dans les relations économiques internationales »[1027].

818. Une telle éventualité nous semble pour autant exagérée. Compte tenu de la nature discrétionnaire de l'exercice du recours en protection diplomatique par un Etat en faveur

---

[1025] *Compte rendu analytique de la 2760e séance* de la Commission du droit international, document n° A/CN.4/SR.2760, p. 65, § 20, disponible à l'adresse suivante : http://www.un.org/law/ilc. Voir dans le même sens PELLET (A.), « Le projet d'articles de la C.D.I. sur la protection diplomatique : une codification pour (presque) rien », *in La promotion de la justice, des droits de l'homme et du règlement des conflits par le droit international. Liber Amicorum Lucius CAFLISCH*, KOHEN (M.G.) (dir.), Leiden, Pays-Bas, Martinus Nijhoff Publishers, 200, p. 1143.

[1026] *Compte rendu analytique de la 2761e séance* de la Commission du droit international, document n° A/CN.4/SR.2761, p. 78, § 48, disponible à l'adresse suivante : http://www.un.org/law/ilc.

[1027] Voir le paragraphe 6 du commentaire de l'article 9 *in Projet d'articles sur la protection diplomatique et commentaires y relatifs*, *Rapport de la CDI*, 58ème session, 1er mai - 9 juin et 3 juillet - 11 août 2006, document n° A/61/10, disponible à l'adresse suivante : http://www.un.org/law/ilc.

de l'un des ses ressortissants, nous sommes d'avis que les cas d'actions concurrentes par deux ou plusieurs Etat en faveur d'une seule entité lésée relèveraient des simples hypothèses d'école. Par ailleurs, une action simultanée mais coordonnée menée par deux Etats défendant les intérêts de la même entreprise qu'ils considèrent tous les deux comme faisant partie de leurs ressortissants respectifs n'est pas forcément gênante. Quant à l'hypothèse d'un conflit positif de nationalités entre deux Etats, c'est-à-dire l'hypothèse dans laquelle l'Etat de nationalité des détenteurs du capital d'une société, souhaite agir à l'encontre de l'Etat où cette société est implantée et développe l'essentiel ou même la totalité de ses activités, nous sommes d'avis que la première nationalité devrait prévaloir sur la seconde et que donc une telle action devrait être autorisée.

819. A la différence du contentieux en protection diplomatique où ce sont les Etats qui en dernier ressort, et en fonction du degré de rattachement d'une société à leur économie, vont décider si celle-ci dispose des caractéristiques requises pour mériter une protection, en contentieux mixte d'investissements la catégorie des sociétés pouvant se prévaloir de la nationalité d'un Etat pour le besoin d'une réclamation internationale directe dirigée à l'encontre d'un autre Etat est prédéfinie en amont dans le cadre d'un traité. Il est alors beaucoup plus difficile de limiter *a priori* l'application d'un tel accord uniquement au profit des sociétés réellement rattachées au territoire ou à l'économie des Etats parties à celui-ci. La consécration d'une règle générale conditionnant la validité ou, si l'on préfère, l'opposabilité de la nationalité d'un Etat invoquée par une société vis-à-vis d'un autre Etat, nous paraît à la fois utile et nécessaire au nom d'une meilleure prévisibilité juridique et d'une meilleure prise en compte par le droit de la réalité économique. A ce titre, la question de l'identité des détenteurs du capital ultimes d'une société ou d'un groupe de sociétés devrait avoir à notre avis un rôle décisif pour la détermination de l'allégeance d'une entreprise.

820. Plus concrètement, nous sommes d'avis que si une société est incorporée dans un Etat A où elle détient ou réalise un investissement, mais que cette société est majoritairement ou entièrement contrôlée par des individus ayant la nationalité d'un Etat B, elle devrait être considérée comme nationale de l'Etat B pour le besoin d'une réclamation qu'elle souhaite porter à l'encontre de l'Etat A.

821. De la même manière, si une société est incorporée dans un Etat A, qu'elle développe l'essentiel ou même la totalité de ses activités dans un Etat B, mais qu'elle est contrôlée

par des ressortissants de l'Etat A, elle devrait également être considérée comme une nationale de ce dernier Etat.

822. Nous admettons en outre que dans certains cas, ce n'est pas la nationalité des détenteurs du capital d'une société qui devrait avoir le rôle décisif pour la détermination de l'allégeance celle-ci, mais plutôt leur lieu de résidence. Pour reprendre l'exemple précité, si le lieu d'activité principale, le centre de décision et le lieu de résidence des détenteurs du capital d'une société sont tous situés dans un Etat A, mais la nationalité de ces derniers est celle d'un Etat B, c'est leur lieu de résidence, c'est-à-dire le centre de leurs intérêts à la fois professionnels et personnels qui doit être pris en compte pour le besoin de la détermination de l'allégeance de leur entreprise. De même la nationalité d'une société située dans un Etat A pourrait être déterminée non pas en fonction de la nationalité des personnes physiques détenant de manière ultime les parts de son capital, mais en fonction du lieu d'implantation d'une autre société détenant, directement ou indirectement, la majorité du capital de la première entité, si c'est au niveau de cette deuxième société que sont prises les décisions concernant la composition de direction de la première société et si les individus-actionnaires ultimes de tout ce groupe résident également dans l'Etat de constitution de la deuxième société.

823. Enfin, la nationalité d'une société pourrait être déterminée en fonction du lieu du siège social réel de sa maison-mère, lorsque le capital de celle-ci est reparti entre plusieurs individus de nationalité différente, et il n'est pas possible de déterminer quelle est la catégorie nationale de détenteurs de parts sociales capable d'exercer un contrôle sur l'ensemble.

*

824. Le recours au critère du contrôle par les Etats dans le cadre de leurs traités en matière d'investissements étrangers avait initialement pour objectif d'étendre la catégorie des sociétés susceptibles de se prévaloir de la protection de tels accords. Le but était en réalité de garantir une protection à tous les ressortissants d'un Etat ayant réalisé, via une société intermédiaire créée en vertu de la législation d'un autre Etat, un investissement à l'étranger. Les sociétés créées sur le territoire de l'Etat d'accueil d'un investissement partie à un traité, ou bien sur le territoire d'un Etat tiers, mais contrôlées par les

ressortissants d'un autre Etat partie au même traité, sont considérées comme étant nationales de ce dernier. La majorité de la jurisprudence arbitrale a considéré que ce type de dispositions conventionnelles devait trouver application aussi bien lorsque la société créée à l'étranger est contrôlée par des individus ayant la nationalité de l'un des Etats partie au traité, que lorsque cette société est contrôlée par une autre personne morale créée en vertu de la législation de cet Etats partie au traité, même si cette deuxième personne morale est contrôlée à son tour par des intérêts provenant d'un Etat tiers. L'interprétation ainsi retenue du terme « contrôle » a eu pour effet de faire des conventions, essentiellement de nature bilatérale, conclues en matière d'investissements étrangers des accords pouvant potentiellement être invoqués par tout opérateur privé n'ayant pas la nationalité des Etats contractants de tels accords. Pour reprendre la réflexion menée à ce sujet par Mme BURRIEZ dans le cadre de sa thèse de doctorat récemment soutenue :

> « En refusant de percer le voile social de la société [qui exerce le contrôle], les arbitres donnent à la qualité d' « étranger » la valeur de simple formalité. Chaque opérateur est en effet libre d'aménager une chaîne de contrôle qui lui offre une succession d' « attaches » susceptibles, le cas échéant, d'ouvrir à la société réalisant l'opération un droit d'action à l'encontre d'un tel ou tel Etat »[1028].

825. Il est difficile de croire que les traités de protection des investissements étrangers avaient été conçus et mis en place dans le but de garantir une protection au profit de tels opérateurs opportunistes. Pour faire en sorte que ces accords remplissent de nouveau leur fonction première, qui est celle de garantir une protection aux seuls nationaux des Etats parties à ceux-ci, un groupe de sociétés devrait être perçu non plus comme une pluralité d'investisseurs disposant chacun de sa propre nationalité, mais comme une personne morale unique disposant d'une ou plusieurs nationalités déterminées en fonction de la nationalité ou le lieu de résidence des personnes exerçant un contrôle sur l'ensemble de ses composantes, ou bien en fonction du lieu des activités de ses filiales.

826. Aujourd'hui, le risque pour les Etats et surtout pour les Etats développés parties à un traité de protection des investissements, qui sont devenus de nos jours à la fois

[1028] BURRIEZ (D), *Le droit d'action individuelle sur le fondement des traités de promotion et de protection des investissements*, thèse de doctorat de l'Université Paris 2 soutenue en 2014, p. 183.

exportateurs mais aussi importateurs de capitaux[1029], de voir leur responsabilité internationale engagée par une société *relais* créée en vertu de la législation d'un autre Etat partie au mêmes traité, a eu des conséquences concernant la manière dont le champ d'application de ces conventions est délimité. De nombreux accords récemment signés en la matière comportent une nouvelle disposition, se référant entre autres au critère du contrôle, visant à garantir l'effectivité du lien de rattachement territorial des sociétés créée en vertu de la législation de l'un des Etats contractants et qui souhaitent se prévaloir des droits prévus par ces instruments. Il s'agit de la clause dite de déni des avantages.

[1029] *World Investment Report 2016*, *Investor Nationality : Policy Challenges* , United Nations Publications, pp. 4-6.

CHAPITRE 8

LA QUALITÉ D'INVESTISSEUR PROTÉGÉ REFUSÉE À UNE SOCIÉTÉ EN RAISON DE SON CONTRÔLE PAR DES INTÉRÊTS ÉTRANGERS

827. Les Etats parties à une convention de protection des investissements étendent souvent son champ d'application de manière à protéger les sociétés créées à l'étranger, mais qui sont contrôlées par leurs ressortissants. Il était en revanche beaucoup plus rare, jusqu'à récemment, que les Etats contractants de tels traités refusent de reconnaître comme nationale de l'un d'entre eux, une société créée en vertu de leur législation mas contrôlée par les intérêts d'un Etat étranger. Toutefois, face au développement du phénomène du *treaty shopping* qui consiste pour un opérateur privé à faire enregistrer une société relais sur le territoire d'un Etat partie à un traité afin de réaliser un investissement, via cette dernière, sur le territoire d'un autre Etat partie au même traité, de nouveaux mécanismes conventionnels ont été mis en place visant à exclure du champ d'application des conventions de protection des investissements de telles entités fantômes. Il s'agit de la clause dite de déni des avantages qui donne la possibilité à tout Etat partie à un traité de refuser d'étendre les avantages prévus par celui-ci à une société enregistrée sur le territoire d'un autre Etat partie, si cette société ne développe pas d'activités « substantielles » ou « importantes » dans l'Etat de son incorporation et si elle est contrôlée par des ressortissants d'un Etat tiers, ou bien de l'Etat contre lequel elle dirige sa requête. La plupart des ces dispositions prévoient en outre que sera exclue de la protection du traité, toute société créée en vertu de la législation de l'un des Etats parties, mais contrôlée par des « intérêts ennemis ». Dans ce dernier cas de figure, le seul élément du contrôle étranger suffit pour déclencher l'application de la clause.

828. Cette disposition, qu'il est encore d'usage d'appeler clause d'exclusion ou de non application des bénéfices, provient de la pratique américaine[1030]. Les conventions

[1030] En anglais elle est connue sous le nom de « Denial of benefits clause ». Selon M. BEN HAMIDA, elle apparaît pour la première fois dans un traité d'amitié, de navigation et du commerce conclu entre les Etats-Unis et la Chine en 1946. On la retrouve en outre dans l'article XXVII du GATS, mais aussi dans les traités de non double imposition, BEN HAMIDA (W.), « La clause relative à l'exclusion des avantages (Denial of benefits clause) », in FADLALLAH (I.), TEYNIER (E.) (dir.) « Investissements internationaux et arbitrage », *Cahiers de l'arbitrage*, vol. 4, 2010, pp. 1056-1069.

conclues par les Etats-Unis comportent de manière traditionnelle une définition « large » de l'expression « *Enterprise of a Party* » en prévoyant qu'elle désigne toute entité juridique créée en vertu de la législation de l'un des Etats contractants[1031]. Etant l'Etat qui exporte le plus d'investissements vers les autres pays du monde, la formule ainsi choisie permet à toute société enregistrée sur le sol américain, même si elle est contrôlée par des intérêts étrangers, de se prévaloir de la protection de ces traités lorsqu'elle investit dans un Etat tiers. Or, en même temps les Etats-Unis sont devenus aujourd'hui l'Etat qui importe le plus d'investissements provenant de l'étranger[1032]. Cela explique sans doute pourquoi les autorités américaines ont voulu parallèlement se réserver la possibilité de refuser d'accorder la protection de leurs traités aux sociétés de complaisance incorporées sur le territoire de leurs partenaires, cherchant à bénéficier d'un traitement privilégié pour leurs opérations menées sur le territoire des Etats-Unis.

829. La clause de déni des avantages est devenue l'un des traits caractéristiques des traités en matière de protection des investissements étrangers conclus par les Etats-Unis[1033]. Or, au-delà de l'exemple américain, ce type de dispositions s'est largement répandu dans la pratique conventionnelle des autres Etats également. La majorité des traités récemment signés définissant le terme « national » comme désignant toute société créée conformément à la législation de l'un des Etats contractants, contiennent en plus une clause d'exclusion. A titre d'illustration, c'est le cas de tous les traités bilatéraux d'investissements signés par le Canada[1034] en 2014 et en 2015, avec notamment le Cameroun, le Nigéria, la Serbie, le Sénégal, le Mali, le Côte d'Ivoire, le Burkina Faso, la Guinée, mais aussi de l'accord de libre échange que le Canada a signé avec la Corée du Sud en 2014 ou encore avec l'Union européenne en 2016[1035]. De même, une telle

---

[1031] C'est notamment la définition qu'on retrouve dans leurs modèles de traités bilatéraux d'investissement depuis 1984, v. VANDEVELDE (K.J.), *U.S. International Investment Agreements*, New York, Oxford University Press, 2009, pp. 147-164 (884 pages).

[1032] Voir sur ce dernier point les statistiques en la matière établies par la CNUCED, *World Investment Report 2016*, *Investor Nationality : Policy Challenges* , United Nations Publications, p. 4.

[1033] GAILLARD (E.), MCNEILL (M.), « The Energy Charter Treaty », *Arbitration under international investment agreements. A Guide to the Key issues*, sous la direction de YANNACA-SMALL (K.), Oxford, 767 pages, spéc. p. 44. Voir à titre d'exemple l'article 17§2 du modèle du TBI américain de 2012 : « *A party may deny the benefice of this Treaty to an investor of the other Party that is an enterprise of such other Party and to investments of that investor if the enterprise has no substantial business activities in the territory of the other Party and persons of a non-Party, or of the denying Party, own or control the enterprise* ».

[1034] La clause de déni des avantages est d'ailleurs prévue par le modèle canadien de traité bilatéral d'investissement de 2004, à l'article 18.

[1035] La liste et le contenu de ces accords peut être consulté sur le site de la CNUCED, à l'adresse suivante : http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/MostRecentTreaties#iiaInnerMenu. Les accords avec le Nigéria, le Burkina Faso, la Guinée, ainsi qu'avec l'UE ne sont pas encore entrés en vigueur.

clause est prévue par l'Accord de libre-échange signé entre l'Australie et le Japon du 8 juillet 2014[1036]. Nous la retrouvons encore dans le traité bilatéral signé par ce dernier Etat avec le Kazakhstan du 23 octobre 2014[1037] ou encore avec l'Uruguay du 26 janvier 2015[1038]. Concernant l'Australie, elle recourt aussi de manière régulière à ce type de dispositions dans sa pratique conventionnelle récente. Une clause de déni des avantages est en effet prévue dans tous les traités bilatéraux d'investissements qu'elle a signés depuis l'année 2000[1039]. De nombreuses autres conventions conclues entre des Etats ayant des traditions juridiques et des niveaux de développement économiques divers comportent la même règle de refus des bénéfices[1040].

830. Enfin, elle est également présente dans la plupart des traités plurilatéraux en matière d'investissements. C'est notamment le cas de l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA), de l'Accord de libre-échange d'Amérique centrale (ALEAC)[1041] ou bien encore de l'Accord de libre-échange conclu entre les Etats membres de l'Association des nations de l'Asie du Sud-Est avec l'Australie et la Nouvelle Zélande[1042].

831. Les traités qui prévoient ainsi la possibilité pour les Etats de refuser de les appliquer au profit d'entités relais, additionnés à ceux qui comportent une définition de la nationalité des personnes morales fondée sur des éléments censés garantir l'effectivité du rattachement territorial de celles-ci vis-à-vis de l'Etat de leur incorporation, sont plus nombreux aujourd'hui que les accords ne retenant que le lieu de constitution d'une société comme condition unique pour sa capacité de se prévaloir des droits prévus par ce type d'instruments. Certains Etats, comme par exemple la Suisse, n'ont pas pour

---

[1036] Voir l'article 14.17 de celui-ci.
[1037] Voir l'article 25 de celui-ci.
[1038] Voir l'article 28 de celui-ci.
[1039] Nous faisons référence ici aux traités bilatéraux conclus entre l'Australie et la Turquie de 2010, le Sri Lanka de 2002, l'Uruguay de 2001, la Lituanie de 2002 et enfin l'Egypte de 2002. A chaque fois c'est l'article 2 traitant de la question du champ d'application de l'accord qui comporte la clause de déni des avantages. La liste et le contenu des traités bilatéraux d'investissements conclus par l'Australie est disponible à l'adresse du Ministère des affaires étrangères de ce pays : http://www.info.dfat.gov.au/Info/Treaties/Treaties.nsf/WebView?OpenForm&Seq=5 .
[1040] C'est entre autres le cas des accords de libre échange conclus entre la Nouvelle Zélande et le Taïwan signé le 10 juillet 2013 (Chapitre 12, art. 17) ou bien entre la Corée du Sud et la Colombie (art. 8.12) signé le 21 février 2013. Ou encore les traités bilatéraux d'investissements entre le Qatar et la Moldavie, signé le 12 déc. 2012 (art. 8), entre la Serbie et les Emirats arabes unis signé le 17 février 2013 (art. 14) (voir ce traité pour une formulation très particulière de cette clause qui est d'ailleurs intitulée « Limitation of Benefits »), entre la Colombie et la Turquie signé le 28 juillet 2014 etc. Le texte de tous ces accords peut être consulté sur le site de la CNUCED : http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/MostRecentTreaties#iiaInnerMenu .
[1041] Voir l'article 10.12.2 de celui-ci. Cet accord a été signé et ratifié par le Costa Rica, la République Dominicaine, Le Salvador, le Guatemala, le Honduras, le Nicaragua et les Etats-Unis d'Amérique.
[1042] Voir l'article 11 du Chapitre 11 de cet accord conclu le 27 février 2009.

habitude, dans le cadre de leur pratique conventionnelle, de proposer à leurs partenaires l'inclusion dans le cadre des traités qu'ils concluent d'une clause de déni des avantages. Or, l'ajout d'une telle disposition n'aurait parfois que peu d'intérêt. La plupart des traités conclus par la Suisse comportent une définition du terme « investisseur » qui désigne les entités juridiques constituées conformément à la législation de l'un des Etats parties et qui ont leur siège, en même temps qu'elles développent des activités économiques réelles sur le territoire de ce même Etat partie[1043]. L'une des conditions requises pour qu'une société puisse bénéficier de la protection d'un traité qui comporte la clause de déni des avantages – la nécessité pour cette société de développer des activités économiques réelles sur le territoire de son incorporation – est donc déjà prévue par la définition même du terme « investisseur ».

832. D'autres Etats continuent malgré tout, dans le cadre de leurs conventions, à ne recourir qu'au seul critère du lieu de constitution de la société comme condition de sa capacité de se prévaloir des dispositions protectrices de celles-ci. L'un de ceux-ci est les Pays-Bas. Plusieurs facteurs expliquent le choix d'une telle politique. Tout d'abord, la grande majorité des Etats avec lesquels les Pays-Bas ont conclu un traité bilatéral d'investissements sont et restent des Etats en développement, et peuvent donc être qualifiés des pays d'importation nets d'investissements directs étrangers[1044]. Deuxièmement, les Pays-Bas mènent depuis des décennies une politique très attractive pour l'établissement des sociétés sur leur territoire, et plus particulièrement pour l'établissement des *holdings* de sociétés opérant à l'étranger[1045]. Cela se traduit par la mise en place d'une réglementation fiscale très favorable applicable aux sociétés tombant sous le régime dit « mère-fille », dont le champ d'application semble être assez

[1043] Voir à titre d'exemple l'art. 1 (1)(b) du TBI entre la Suisse et l'Algérie du 15 août 2005.

[1044] La liste des 69 Etats avec lesquels les Pays-Bas ont conclu un traité bilatéral d'investissements peut être consulté sur le site de la CNUCED à l'adresse suivante : http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryBits/148#iiaInnerMenu. Parmi ceux-ci seuls 3 peuvent être qualifié de pays développés (selon le classement onusien) : la Corée du Sud, la République Tchèque et le Singapour (toutefois ces deux derniers Etats n'étaient pas considérés comme tels au moment de la signature du traité avec les Pays-Bas). D'ailleurs, il est intéressant de noter que la définition de national dans le traité que les Pays-Bas ont signé avec la Chine en 2001 (entré en vigueur en 2004), pays faisant partie de ceux qui exportent le plus d'investissements étrangers directs (v. *World Investment Report, 2016,* p.6) comporte une condition supplémentaire qui est celle que les sociétés souhaitant se prévaloir de la protection de cette convention doivent, en plus d'être constituées conformément à la législation de l'un des deux Parties, y avoir établi leur siège social, v. l'article 2.b. du TBI entre les Pays-Bas et la Chine du 26 novembre 2001.

[1045] Voir sur ce point DURANCE (J.-Y.), OUTIN-ADAM (A.-C.), ROBERT (S.), *Fuite des centres de décision, quelle réalité ?*, étude d'octobre 2014, menée dans le cadre de la CCI de Paris Ile-de-France, p. 47 et s., disponible à l'adresse suivante :
http://www.cci-paris-idf.fr/etudes/competitivite/fuite-des-centres-de-decision-quelles-realites-etudes

large[1046]. En vertu de cette réglementation, une holding constituée aux Pays-Bas a droit à une exonération de 100% sur les dividendes et sur les plus-values de cession de ses participations au capital des filiales basées dans des Etats tiers. Dans ce cadre, les Pays-Bas ont conclu environ 90 conventions bilatérales de non-double imposition afin de réduire ou éliminer l'imposition des dividendes, des intérêts, des redevances, et des plus-values dans le pays de source. A cela s'ajoute la règle prévue par la directive de l'UE « Intérêts et redevances » de 2003 qui exonère cette catégorie de revenus de toute imposition lorsqu'ils sont payés par une société d'un Etat membre de l'Union européenne à une société ou à un établissement stable d'un autre Etat membre de l'UE[1047]. Grâce donc à tous ces éléments attractifs pour les entreprises multinationales, ainsi qu'à l'important réseau de traités bilatéraux d'investissements susceptibles d'offrir à ces dernières une protection étendue pour leurs opérations à l'étranger, « les Pays-Bas constituent traditionnellement une juridiction de référence pour la structuration d'investissements transfrontaliers »[1048]. Une étude menée par l'OCDE a par ailleurs pointé le fait que les investissements directs étrangers réalisés par l'intermédiaire des sociétés relais localisées sur le territoire des Pays-Bas s'élevaient à un peu plus de 3 000 milliards de dollars américains sur les environ 4 000 milliards de dollars qui sortaient au total de ce pays pour l'année 2011[1049].

833. En dehors de tels cas de figure spécifiques, le nombre croissant de traités en matière d'investissements étrangers comportant une clause de déni des avantages présuppose une prise en compte récurrente du critère du contrôle pour la détermination de l'allégeance d'une personne morale. Une telle évolution de la pratique conventionnelle et jurisprudentielle est susceptible de remettre définitivement en cause la règle générale selon laquelle la nationalité d'une société résulterait uniquement de l'endroit où elle est constituée.

[1046] *Ibid.*, p. 63.

[1047] Voir la Directive 2003/49/CE du Conseil du 3 juin 2003 concernant un régime fiscal commun applicable aux paiements d'intérêts et de redevances effectués entre des sociétés associées d'États membres différents, *Journal officiel de l'UE*, n° L157, du 26/06/2003, pp. 49-54. Le 28 janvier 2016 une proposition de directive du Conseil établissant des règles pour lutter contre les pratiques d'évasion fiscale a été présentée (2016/0011 (CNS). L'objectif c'est d'empêcher les entreprises d'exploiter les différences entre Etats membres dans le traitement fiscal appliqué aux paiements intra-groupe dans le but de payer le moindre impôt, et ce pour garantir des conditions de concurrence équitables au sein du marché unique, v. notamment http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:52016PC0026&from=FR

[1048] *Fuite des centres de décision, quelle réalité ?*, *op.cit.*, p. 47.

[1049] OCDE, *Lutter contre l'érosion de la base d'imposition et le transfert des bénéfices*, 2013, p. 22.

834. Une incertitude subsiste pour autant concernant la portée de cette clause de déni. Certains tribunaux ont en effet déclaré que cette disposition ne pouvait pas être perçue comme altérant la qualité de « national » d'une société, résultant du lieu de sa constitution, mais devait être vue simplement comme un moyen de défense permettant à l'Etat partie à une procédure d'empêcher certains *ressortissants* d'un autre Etat contractant du traité applicable de se prévaloir des dispositions protectrices de celui-ci. Cette nuance de qualification n'est pas toujours très claire et nécessite qu'on s'y arrête plus longuement. Après avoir étudié les conditions d'application de fond de la clause de déni (**Section 1)**, sera donc abordée cette question relative à la nature de cette disposition et aux effets de celle-ci sur la qualification d'une société de nationale d'un Etat (**Section 2).**

SECTION 1

LA CLAUSE DE DÉNI DES AVANTAGES ET LES CONDITIONS DE FOND POUR SA MISE EN OEUVRE

835. Le but des clauses de déni des avantages est de permettre aux Etats parties à un traité de refuser d'étendre la protection garantie par celui-ci à une société créée conformément à la législation d'un autre Etat partie, lorsqu'elle joue le rôle d'un « *cheval de Troie* »[1050] introduit sur le territoire de ce dernier par des ressortissants d'un Etat tiers ou bien du premier Etat partie, non éligibles au traitement préférentiel mis en place conventionnellement. C'est plus précisément le cas lorsque la société créée s'avère être une « coquille vide » (*shell company* en anglais), une simple « boîte aux lettres » servant d'un point de transit d'un ou plusieurs investissements réalisés sur le territoire d'un autre Etat. Dans leur grande majorité, les clauses de déni ne visent en effet à soustraire de l'application d'un traité que les sociétés ne disposant d'aucun rattachement réel à l'économie de l'Etat de leur enregistrement. Ainsi, avant de refuser la qualité à une société de se prévaloir de certains droits conventionnels en raison du contrôle exercé sur elle par des intérêts étrangers, une autre condition est généralement requise selon laquelle la personne morale ne doit pas exercer des activités économiques

[1050] Expression utilisée par POULAIN (B.), « La clause de déni des avantages du traité sur la Charte de l'énergie (TCE) : une disposition vidée de tout intérêt par la jurisprudence arbitrale », in FADLALLAH (I.), LEBEN (Ch.), TEYNIER (E.), (dir.), « Investissements internationaux et arbitrage », *Gazette du Palais,* 2009, n°349, p. 37.

substantielles sur le territoire de l'Etat de son incorporation (**Paragraphe 1**). Concernant la condition du contrôle étranger, nous avons eu l'occasion précédemment d'analyser la manière dont ce critère avait été, et devrait être selon nous, interprété et appliqué par la jurisprudence arbitrale. En raison cependant de quelques cas particuliers ayant fait l'objet d'affaires contentieuses récentes, nous souhaiterions aborder, dans le cadre de l'étude de la clause de déni, certains aspects spécifiques de la mise en œuvre de ce critère du contrôle (**Paragraphe 2**).

PARAGRAPHE 1
LA CONDITION DU DÉFAUT D'ACTIVITÉ SUBSTANTIELLES DÉVELOPPÉE PAR LA SOCIÉTÉ SUR LE TERRITOIRE DE SON INCORPORATION

836. Afin de distinguer les sociétés réellement rattachées à l'économie d'un Etat de celles ne servant que de simple relais entre le véritable investisseur l'opération réalisée par celui-ci dans un Etat tiers, l'application des clauses de déni des avantages est conditionnée par le degré d'activité dévelopée par la personne morale intermédiaire sur le territoire de son incorporation. Selon les différentes manières de formulation de cette disposition, pour qu'une société tombe sous le coup d'application d'une clause de refus des bénéfices, l'activité menée par une telle entité sur le territoire de son enregistrement ne doit pas être de nature « substantielle »[1051] ou « importante »[1052].

837. Deux points particuliers concernant l'interprétation de cette première condition pour la mise en œuvre de la clause de déni ont fait l'objet de controverses dans la jurisprudence arbitrale : la signification du qualificatif *substantiel* ou *important* (**A**) et le sens de la précision selon laquelle l'activité économique devait être exercée *sur le territoire* de l'Etat de constitution de la société souhaitant se prévaloir de la nationalité de celui-ci (**B**).

A. L'appréciation de l'importance de l'activité menée par une société sur le territoire de son incorporation

838. La question de l'importance de l'activité économique exercée par une personne morale sur le territoire de son incorporation s'est posée de manière tangible dans au moins deux affaires arbitrales. La première a opposé la société créée en vertu de la législation

[1051] Voir par exemple l'article 17(1) du traité sur la Charte de l'énergie.
[1052] Voir par exemple l'article 1113 de l'accord de libre échange nord-américain (ALENA).

lettone *AMTO à l'Ukraine*. La réclamation a été fondée sur le traité sur la Charte de l'énergie[1053]. L'activité principale d'AMTO en Lettonie consistait en l'acquisition des parts du capital d'entreprises constituées à l'étranger, et notamment en Finlande, en Ukraine, en Russie ou encore aux Etats-Unis[1054]. Parallèlement, la demanderesse avait déclaré avoir quelques projets d'investissements dans le secteur immobilier sur le territoire de son enregistrement, mais ne pas les avoir encore réalisés. La clause de déni prévue par le traité sur la Charte de l'énergie prévoyait qu'elle pouvait s'appliquer pour faire exclure de la protection de celui-ci des sociétés ne développant pas une activité commerciale substantielle sur le territoire de leur enregistrement.

839. Le tribunal a dans un premier temps constaté que la convention applicable au litige ne comportait aucune définition du terme « substantiel ». Il a alors estimé que le sens de celui-ci devait être déterminé à la lumière de l'objectif poursuivi par la clause de déni des avantages qui était manifestement celui d'empêcher des entités ayant obtenu une nationalité de complaisance de pouvoir se prévaloir des dispositions protectrices du traité. Les arbitres ont alors considéré que l'adjectif « *'substantial' in this context means 'of substance, and not merely of form'. It does not mean 'large', and the materiality not the magnitude of the business activity is the decisive question.* »[1055].

840. Sur la base de cette analyse, le tribunal s'est montré satisfait de l'allégation de la requérante qui avait déclaré avoir l'intention de réaliser des projets immobiliers en Lettonie et avoir embauché, à cette fin, deux personnes sur place[1056]. Et cela en dépit du fait que l'activité essentielle d'AMTO prenait la forme d'investissements financiers réalisés à l'étranger[1057].

841. Nous contestons cette interprétation. En fonction de son contexte d'utilisation, l'adjectif *substantiel* peut effectivement être compris de deux manières différentes. Il peut signifier quelque chose qui existe en soi – c'est le sens privilégié par le tribunal dans l'affaire *AMTO* – ou bien quelque chose d'important ou de considérable[1058]. La même élasticité sémantique de ce terme peut être observée aussi bien en langue française

[1053] Institut d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm, *Limited Liability Company Amto c. Ukraine*, sentence du 26 mars 2008, n°080/2005.
[1054] *Ibid.*, § 16 ; § 68.
[1055] *Ibid.*, § 69.
[1056] *Ibid.*
[1057] Pour plus de développements sur ce point particulier de l'affaire, v. *infra*, B).
[1058] Voir à titre d'exemple le sens accordé aux mots « substance » et « substantiel » *in* REY-DEBOVE (J), REY (A.) (dir), *Le Petit Rober*, Paris, Le Robert, 2014, p. 2448.

qu'en langue anglaise. Que ce soit dans sa version française, ou dans sa version anglaise, la clause de déni du traité sur la Charte de l'énergie utilise toujours le qualificatif substantiel (« *substantial* » en anglais) pour décrire l'activité commerciale devant être exercée par une société pour que le refus des bénéfices ne puisse pas lui être appliquée.

842. Or, les versions faisant foi de cet accord sont aussi celles rédigées en langue allemande, espagnole, italienne et russe[1059]. En les consultant, nous pouvons constater que ces dernières utilisent toutes des qualificatifs de racines ou de familles linguistiques différentes. Si en russe l'adjectif utilisé « *существенной* », peut, comme le terme substantiel, revêtir un double sens, ceux de « *nenneswert* » en allemand, « *rilevanti* » en italien et surtout « *importante* » en espagnol[1060], appellent tous à une interprétation retenant la signification d'« important » ou de « notable ».

843. En nous référant à d'autres instruments conventionnels, comme notamment les traités bilatéraux d'investissements signés par le Canada, nous pouvons en outre constater dans la version anglaise et dans la version française de ces derniers, les deux langues faisant également foi, que l'application de la clause de déni des avantages est conditionnée à l'absence de « *substantial business activities in the territory of the Party* » dans le premier cas et à l'absence d'« *activité commerciale importante* », dans le second[1061]. Le sens du terme « *substantial* » utilisé dans la première version ne pourra alors clairement pas être réduit à quelque chose qui doit simplement exister matériellement. Tous ces éléments nous font penser que l'expression *activités commerciales substantielles* devrait plutôt être interprétée comme impliquant la nécessité pour une société de développer une partie notable de ses activités sur le territoire de l'Etat où elle a été constituée. Enfin, force nous est de constater que si les rédacteurs de ce type de dispositions voulaient effectivement limiter sa portée uniquement à l'égard des entités ne déployant *aucune activité commerciale* sur le territoire de l'Etat de leur enregistrement, ils n'auraient pas eu le besoin de recourir à un adjectif supplémentaire quelconque – du type *substantiel* - pour la formulation de cette condition.

[1059] Voir l'article 50 du traité sur la Charte de l'énergie.

[1060] Les différentes versions linguistiques du traité sur la Charte de l'énergie sont disponibles sur le site internet : http://www.encharter.org .

[1061] Voir à titre d'illustration l'article 18.1(b) du traité bilatéral d'investissements signé entre le Canada et le Côte d'Ivoire le 30 novembre 2014 (pas encore en vigueur). Voir pour la même différence de formulation entre la version anglaise et française, l'article 19 (b) du traité bilatéral d'investissements entre le Canada et la Serbie signé le 1er septembre 2014 (pas encore entré en vigueur). Ces traités, dans les deux langues, sont disponibles sur le site internet : http://investmentpolicyhub.unctad.org .

844. Une autre affaire dans laquelle la question de l'exercice par la société-requérante d'activités commerciales substantielles sur le territoire de son incorporation s'est posée était celle ayant opposé *Pac Rim Cayman* au *Salvador*[1062]. En l'espèce, la demanderesse était une société *holding* incorporée aux Etats-Unis et détenait, pour le compte de sa société-mère canadienne, le capital de deux entreprises minières constituées en République de Salvador. A la suite de l'adoption par le Salvador de certaines mesures portant atteinte aux droits de ces dernières, *Pac Rim Cayman* a intenté une action en réparation à l'encontre de cet Etat sur le fondement de plusieurs dispositions de l'accord de libre échange d'Amérique centrale (ALEAC). Le Salvador a contesté la compétence du tribunal saisi en invoquant la clause de déni des avantages prévue par cet accord, au motif que *Pac Rim Cayman* n'exerçait en réalité aucune activité aux Etats-Unis et que son capital était entièrement détenu par des intérêts canadiens[1063].

845. La demanderesse a dans un premier temps soutenu que l'existence d'activités commerciales substantielles aux Etats-Unis résultait de l'ensemble des activités déployées dans ce pays par plusieurs entités faisant partie du groupe d'entreprises auquel elle appartenait, chapoté par la société-mère canadienne. . Les arbitres ont refusé d'admettre cet argument en considérant que la nature et le lieu des activités des actionnaires ou des sociétés associées à l'entité demanderesse dans une procédure n'étaient pas pertinents pour savoir si la clause de déni pouvait produire ses effets vis-à-vis de la requérante. Selon le tribunal, si les activités commerciales de cette dernière ne pouvaient pas atteindre le degré exigé par la clause de refus des bénéfices, elle ne pouvait pas « *aggregate to itself the separate activities of other natural or legal persons to increase the level of its own activities* »[1064].

846. *Pac Rim Cayman* avait été initialement incorporée aux îles Caïmans (d'où son nom), avant que ses fondateurs ne déplacent son lieu d'incorporation aux Etats-Unis, dans le but justement de bénéficier de la protection de l'ALEAC. La seule raison d'être de cette société était celle de détenir les actions des sociétés du groupe créées au Salvador. A la différence de la société *AMTO* dans l'affaire précédente, *Pac Rim Cayman* ne disposait ni de personnel, ni de bureaux aux Etats-Unis. Ayant ainsi constaté qu'aucun élément

[1062] CIRDI, *Pac Rim Cayman LLC c. Salvador*, décision portant sur les objections à la compétence du 1er juin 2012, Aff. n° ARB/09/12.
[1063] Le Canada n'est pas partie à l'ALEAC.
[1064] CIRDI, *Pac Rim Cayman LLC c. Salvador*, *op.cit.*, § 4.66.Voir dans le même sens CIRDI, *Plama c. Bulgarie*, décision sur la compétence, *op.cit.*, § 169.

matériel ne démontrait une existence physique de cette personne morale, si ce ne fût le certificat délivré à ses fondateurs lors de son inscription dans le registre public des sociétés, les arbitres ont conclu que la première condition pour l'application de la clause de déni avait bien été remplie en l'espèce[1065].

847. Ces conditions du tribunal, tout à fait logiques et attendues, n'auraient sans doute pas mérité qu'on s'y attarde aussi longuement si les arbitres n'avaient pas ajouté rajouté une précision selon laquelle leur solution ne devait pas être considérée comme automatiquement applicable aux – ce qu'ils ont appelé - sociétés *holding* traditionnelles. Par définition, toutes les sociétés *holding* ont un rôle passif au sein d'un groupe d'entreprises. Leur raison d'être se résume dans la détention du capital d'une ou plusieurs autres filiales du groupe qui, elles, emploient du personnel et offrent des biens ou des services à des tiers. Or, selon les arbitres, les sociétés *holding* traditionnelles : « *usually have a board of directors, board minutes, a continuous physical presence and a bank account.* »[1066].

848. Autrement dit, ce n'était pas parce que la fonction d'une personne morale se limitait uniquement à la détention du capital d'une autre société qu'elle devait systématiquement se voir refuser le bénéfice de tout traité comportant une clause de déni. Ce type d' « activité » pourrait, au contraire être qualifiée de substantielle, pourvu qu'on soit en présence d'un minimum d'éléments démontrant l'existence matérielle, physique, de la *holding*[1067].

849. La question pourrait se poser toutefois de savoir si le fait pour une société *holding* d'avoir une présence plus visible, matérialisée par exemple par un bureau, ou par des réunions de son conseil d'administration, constitue en soi un élément suffisant pour conclure que cette société exerce une *activité commerciale*. Même si nous admettons que le rôle de la société *holding* consistant à détenir la totalité ou la majorité du capital, et le cas échéant de prendre part au processus décisionnel d'une autre société basée à l'étranger, pourrait être qualifié d'activité commerciale, une telle activité peut difficilement être considérée comme exercée *sur le territoire* de l'Etat d'enregistrement de la *holding*.

[1065] *Ibid.*, §§ 4.69-4.70 et § 4.78.
[1066] *Ibid.*, § 4.72.
[1067] Voir dans le même sens NANTEUIL (A. de), « La clause denial of benefits», partie de la chronique FADLALLAH (I.), LEBEN (Ch.), TEYNIER (E.) (dir.), « Investissements internationaux et arbitrage », *Les Cahiers de l'arbitrage*, 2012, n°4, p. 915.

B. La détermination du lieu d'exercice de l'activité développée par une société

850. Les clauses de déni des avantages visent à empêcher certaines sociétés de se prévaloir de la nationalité de l'Etat de leur incorporation, lorsqu'elles n'exercent pas d'activités commerciales ou économiques substantielles *sur le territoire* de cet Etat.

851. Dans l'affaire *AMTO c. Ukraine* précitée, l'activité principale de la société demanderesse, qui était créée en vertu de la législation lettone, consistait en la réalisation d'investissements financiers à l'étranger, notamment en l'acquisition des parts du capital des entreprises opérant en Finlande, en Ukraine, en Russie ou encore aux Etats-Unis. Afin d'échapper à l'emprise de la clause de déni des avantages invoquée par l'Etat défendeur à l'instance, AMTO a soutenu devant le tribunal qu'elle menait en outre des activités commerciales en Lettonie, le pays de son incorporation, prenant la forme des projets dans le secteur immobilier. Elle a souligné également qu'elle avait embauché deux salariés travaillant en Lettonie, qu'elle y avait loué un bureau et qu'elle possédait un compte bancaire dans une banque lettone[1068].

852. Or, la seule preuve que la demanderesse a présentée au tribunal pour l'existence de ses activités en Lettonie était un rapport établi par un cabinet d'avocats affirmant qu'un contrat préliminaire pour l'achat d'un immeuble avait été conclu par AMTO au mois de septembre 2006, soit huit ans après la création de cette société sur le territoire letton[1069]. Aucune copie de ce contrat n'avait pourtant été présentée aux arbitres. Enfin, ce précontrat, en admettant qu'il ait été effectivement conclu, l'aurait été près d'un an après la saisie du tribunal, et deux mois après le dépôt par le défendeur de son mémoire en défense comportant ses exceptions préliminaires, y compris celle fondée sur la clause de déni des avantages[1070]. Il s'en suit qu'au moment de l'invocation par l'Etat défendeur de son droit de refuser d'étendre les garanties conventionnelles en faveur de la requérante de la procédure faute d'effectivité de son lien de rattachement vis-à-vis de son Etat d'enregistrement, cette dernière n'exerçait aucune activité économique *sur* le sol letton. Le fait qu'elle y louait un bureau, qu'elle employait deux personnes et qu'elle avait un compte en banque, ne pouvait pas, à notre sens, suffire pour prouver le contraire. S'il suffisait, pour qu'une société démontre qu'elle est effectivement rattachée

[1068] Institut d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm, *Limited Liability Company Amto c. Ukraine*, sentence du 26 mars 2008, n°080/2005, § 68.
[1069] *Ibid.*, § 16 et § 68.
[1070] *Ibid.*, §§ 1-7.

à l'économie de l'Etat de son enregistrement, d'embaucher une ou deux personnes sur place, l'utilité de la clause de déni serait tout simplement réduite à néant. Et pourtant, comme nous l'avons déjà indiqué un peu plus haut, le tribunal s'est dit malgré tout « *satisfied that the Claimant has substantial business activity in Latvia, on the basis of its investment related activities conducted from premises in Latvia, and involving the employment of a small but permanent staff.* »[1071].

853. La question peut se poser tout de même de savoir ce qu'elle aurait été la solution finale du tribunal s'il avait décidé de ne pas tenir compte des prétendues activités commerciales d'AMTO en Lettonie ? Autrement dit, et de manière plus générale, le fait que l'activité d'une société se résume uniquement en l'acquisition et la gestion des parts du capital d'autres sociétés opérant à l'étranger l'empêcherait-elle de prétendre exercer ses activités *sur* le territoire de son Etat d'incorporation ?

854. Selon le tribunal constitué à l'occasion de l'autre affaire précitée *Pac Rim Cayman c. Salvador*, la réponse est oui. En vertu des termes employés par les arbitres :

> « *It will be recalled that the first condition in CAFTA Article 10.20.2 addresses "substantial business activities in the territory" of the USA. In the Tribunal"s view, the Claimant cannot here attribute geographical activities to the Claimant "in the territory" of the USA […] the Claimant's activities […] were principally to hold the shares of its subsidiaries in El Salvador. The position might arguably be different if it was acting as a traditional holding company owning shares in subsidiaries doing business in the USA; but that is not this case. The Claimant's activities as a holding company were not directed at its subsidiaries' business activities in the USA, but in El Salvador.* »

855. Cette solution permet de lutter efficacement contre tout type de société-écran interposée entre les véritables investisseurs et l'Etat d'accueil de l'investissement faisant l'objet d'un litige. Toutefois, pour que la clause de déni puisse déployer pleinement ses effets, nous pensons que les tribunaux devraient se montrent un peu plus exigeants vis-à-vis des allégations de la part de sociétés *relais* concernant la réalité et l'importance des activités qu'elle prétendent exercer sur le territoire de leur enregistrement. Cela passe, entre autres, par une meilleure prise en compte de la condition selon laquelle une telle activité doit être substantielle.

[1071] *Ibid.*, § 69.

856. La deuxième condition de fond pour l'application d'une clause de déni est que la société contre laquelle cette disposition est invoquée, doit être contrôlée par des intérêts provenant d'un Etat autre que celui de son incorporation.

PARAGRAPHE 2
LA CONDITION DU CONTRÔLE ÉTRANGER EXERCÉ SUR LA SOCIÉTÉ INCORPORÉE SUR LE TERRITOIRE DE L'UN DES ETATS PARTIES AU TRAITÉ

857. En fonction de l'état des relations diplomatiques entre deux ou plusieurs Etats et du choix de formulation des clauses de déni prévues par les différents instruments conventionnels, cette condition de contrôle étranger exercé sur une société peut, dans certains cas, s'avérer le seul élément nécessaire pour l'application de cette disposition (**A**). Quelle que soit l'hypothèse envisagée toutefois, des questions spécifiques et intéressantes concernant l'existence d'un tel « contrôle étranger » ont été posées en jurisprudence (**B**).

A. Le contrôle tantôt une condition unique et tantôt un élément supplémentaire pour l'application de la clause de déni des avantages

858. Le premier instrument conventionnel contenant une clause d'exclusion des bénéfices semble être le traité d'amitié, de navigation et du commerce conclu entre les Etats-Unis et la Chine en 1946[1072]. L'article XXVI (5) de ce dernier prévoyait en effet que :

> « […]*each High Contracting Party reserves the right to deny any of the rights and privileges accorded by this Treaty to any corporation or association created or organized under the laws and regulations of the other High Contracting Party which is directly or indirectly owned or controlled, through majority stock ownership or otherwise, by nationals, corporations or associations of any third country or countries* »[1073].

859. Ce type de clauses est devenu aujourd'hui une disposition récurrente, pas seulement des traités de protection des investissements conclus par les Etats-Unis, mais aussi pour un nombre important d'accords signés par d'autres Etats. Dans sa formulation actuelle, la

[1072] BEN HAMIDA (W.), « Investissements internationaux et arbitrage », *Cahiers de l'arbitrage*, 2010, n°4, § 52.
[1073] Treaty of Friendship, Commerce and Navigation between The United States of America and The Republic of China, signé le 4 novembre 1946, disponible à l'adresse suivante: http://tcc.export.gov/Trade_Agreements/All_Trade_Agreements/exp_005399.asp

clause de déni prévoit en général deux cas de figures dans lesquels les Etats parties à un traité pourraient s'en prévaloir. A titre d'exemple en vertu de l'article 18 du traité bilatéral d'investissements conclu entre le Canada et le Côte d'Ivoire:

> « *Une Partie peut refuser d'accorder les avantages du présent accord à un investisseur de l'autre Partie qui est une entreprise de cette autre Partie et aux investissements de cet investisseur lorsque des investisseurs d'un Etat tiers ou de la Partie qui refuse d'accorder les avantages ont la propriété ou le contrôle de cette entreprise, et que, selon le cas* :
>
> 1. *la Partie qui refuse d'accorder les avantages adopte ou maintient, à l'égard de cet Etat tiers, des mesures qui interdisent toute transaction avec cette entreprise ou qui seraient enfreintes ou contournées si les avantages du présent accord étaient accordés à cette entreprise ou aux investissements de celle-ci;*
> 2. *l'entreprise ne mène aucune activité commerciale importante sur le territoire de la Partie où elle est légalement constituée ou organisée.* »

860. La première hypothèse ainsi visée est celle de sanctions économiques adoptées par un Etat partie à un traité à l'encontre d'un Etat tiers et des entreprises créées en vertu du droit de ce dernier. Si de telles entreprises exercent un contrôle sur une société, créée en vertu de la législation d'un autre Etat partie à ce traité, le premier Etat partie aura le droit de refuser d'étendre les garanties conventionnelles au profit de cette société. Dans ce premier cas de figure, le seul élément du contrôle étranger est donc suffisant pour enclencher l'application de la clause de déni.

861. En dehors de telles circonstances particulières, une deuxième condition est généralement requise pour que la clause de refus des bénéfices puisse produire ses effets. En vertu de celle-ci, la société visée par cette disposition ne doit pas mener une activité commerciale (ou économique) importante ou substantielle[1074], sur le territoire de l'Etat de son enregistrement. Autrement dit, si une société créée dans un Etat par des personnes ayant une nationalité étrangère, l'a été dans le but de développer une activité réelle et substantielle sur le territoire de celui-ci, elle devrait pouvoir bénéficier des droits dont bénéficient les nationaux de cet Etat sur le plan international et cela en dépit de l'origine étrangère de son capital. En vertu de la jurisprudence, unanime sur ce point, ces deux conditions nécessaires pour l'application de la clause de déni, en dehors des situations d'embargo ou de boycott, sont cumulatives, même lorsque cela ne ressort pas

[1074] Concernant la manière dont ce dernier adjectif a été interprété par les tribunaux, v. *supra*, A).

de manière très claire de l'énoncé de la clause[1075].

862. Il existe un unique exemple, à notre connaissance, dans la jurisprudence arbitrale récente, dans lequel l'Etat défendeur a prétendu être en droit de se prévaloir de la clause de déni figurant dans le traité sur la Charte de l'énergie (TCE), sur la seule base que le capital de la société agissant à son encontre était détenu par les nationaux d'un autre Etat avec lequel il n'entretenait pas des relations diplomatiques. En vertu de l'article 17(2) de ce dernier instrument, les Etats contractants avaient le droit de refuser d'appliquer les garanties substantielles prévues par le traité :

> « *à un investissement si la partie contractante qui refuse établit qu'il s'agit d'un investissement d'un investisseur d'un Etat tiers avec lequel ou à l'égard duquel elle:*
> *a) n'entretient pas de relations diplomatiques, ou*
> *b) adopte ou maintient des mesures qui :*
> *i) interdisent des transactions avec les investisseurs de cet Etat, ou*
> *ii) seraient enfreintes ou contournées si les avantages prévus dans la présente partie*
> *étaient accordés aux investisseurs de cet Etat ou à leurs investissements*. »

863. En l'espèce, la société *Libananco Holdings Co*, créée en vertu de la législation de Chypre avait saisi un tribunal arbitral CIRDI à l'encontre de la Turquie. La requérante prétendait posséder le capital de deux sociétés victimes de mesures d'expropriation adoptées à leur encontre par les autorités de ce dernier Etat. Le tribunal a rejeté la demande de *Libananco* car il a constaté que le transfert des actions, par lequel la demanderesse aurait acquis le contrôle sur les sociétés lésées, n'avait pas eu lieu avant l'adoption des mesures litigieuses par la Turquie. Ayant établi cela, les arbitres n'avaient plus besoin, pour leur solution finale, de se prononcer sur la quatrième objection soulevée par la Turquie fondée sur la clause de déni. Jugeant toutefois que les

[1075] Voir notamment le raisonnement du tribunal constitué dans l'affaire *Generation Ukraine c. Ukraine*. L'article I.2 du traité bilatéral applicable en l'espèce conclu entre les Etats-Unis et l'Ukraine prévoyait que « *Each Party reserves the right to deny to any company the advantages of this Treaty if nationals of any third country control such company and, in the case of a company of the other Party, that company has no substantial business activities in the territory of the other Party or is controlled by nationals of a third country with which the denying Party does not maintain normal economic relations.* ». Même si le tribunal a reconnu que l'énoncé de cette disposition pouvait se prêter à certaines controverses quant à la question de savoir si les conditions énumérées étaient de nature cumulative ou pas, il a finalement considéré, sur la base d'une interprétation officielle de ce texte établie par le Département d'Etat des Etats-Unis, que l'une ou l'autre des hypothèses énumérées après la conjonction « *and* », « *must be fulfilled in addition to the general requirement that the company in question is owned or controlled by nationals of a third country.* », CIRDI, *Generation Ukraine c. Ukraine*, sentence arbitrale du 16 septembre 2003, Aff. n° ARB/00/9, *spéc.*, § 15.6.

parties avaient présenté d'importantes argumentations sur ce point particulier, et estimant que son analyse pouvait être utile pour le règlement de litiges futurs de même nature, le tribunal a pris position sur quelques aspects intéressants des allégations formulées par l'Etat défendeur. En laissant de côté la question de savoir si la demanderesse exerçait ou pas des activités commerciales substantielle sur le territoire chypriote et donc si la Turquie pouvait se prévaloir du premier alinéa de l'article 17 du TCE[1076], les arbitres ont focalisé leur analyse sur le cas de figure prévu par l'article 17(2) précité[1077]. En effet, depuis l'occupation militaire du Nord de l'île par la Turquie en 1974 et la proclamation unilatérale de la République turque du Chypre du Nord en 1983, la Turquie ne reconnaît plus la République de Chypre, dont l'autorité ne s'étend plus, dans les faits, que sur la zone sud de l'île, et dont la population est majoritairement composée de chypriotes grecs.

864. Le République de Chypre, à l'instar de la Turquie, est un Etat partie au traité sur la Charte de l'énergie. Or, selon les termes employés par l'article 17(2) précité un Etat contractant peut refuser d'appliquer les garanties prévues par cet instrument à un « *investissement d'un investisseur d'un Etat tiers* » avec lequel il n'entretient pas de relations diplomatiques. Tout le débat s'est alors concentré sur la signification à accorder à la notion d'Etat tiers. Le tribunal a rapidement écarté l'allégation de la Turquie selon laquelle dans le droit des traités cette expression n'avait pas forcément le sens d'un Etat qui n'est pas partie à un traité[1078]. Les arbitres ont alors concentré leur analyse concernant le seul argument solide à leurs yeux présenté par la Turquie relatif à l'effet utile de la clause de déni. En vertu de l'interprétation proposée par l'Etat défendeur, si l'objet de la clause de déni était celui de permettre à un Etat partie d'exclure de la protection du traité « *un investissement d'un investisseur d'un Etat tiers* », cela voulait dire que ces investisseurs devaient être considérés en premier lieu comme des bénéficiaires potentiels d'une telle protection. Or, il était évident que seuls des investisseurs ressortissants de l'un des Etats parties au traité pouvaient prétendre à une protection par celui-ci, car l'effet de ce dernier ne s'étendait pas vis-à-vis des Etats

[1076] En vertu de cette dernière : « Chaque partie contractante se réserve le droit de refuser le bénéfice de la présente partie : 1) à toute entité juridique si les citoyens ou les ressortissants d'un Etat tiers sont propriétaires ou ont le contrôle de cette entité et si celle-ci n'exerce pas d'activités commerciales substantielles dans la zone de la partie contractante dans laquelle elle est constituée »

[1077] CIRDI, *Libananco Holdings Co c. Turquie*, sentence arbitrale du 2 septembre 2011, Aff. n° ARB/06/8, § 551.

[1078] *Ibid.*, § 553. Il ressortait notamment de la définition accordée à ce terme par la Convention de Vienne sur le droit des traités que sa signification ne pouvait être autre que celle « d'un Etat qui n'est pas partie au traité ».

non signataires. Partant de ce constat, l'expression « Etat tiers » employée par la clause de déni devait être interprété comme englobant aussi bien des Etats contractant du traité autres que celui invoquant la clause de déni, que des Etats non contractants de la Charte de l'énergie. Autrement, « *the provision would make no sense* »[1079].

865. Malgré le caractère original de la démonstration, les arbitres n'ont pas suivi cette logique de raisonnement tout en expliquant pourquoi ils considéraient qu'elle était erronée. Le point de départ de leur analyse était en effet tout différent. Ils ont rappelé tout d'abord qu'en vertu de l'article 1 du traité sur la Charte de l'énergie, le terme « investisseur » désignait aussi bien les personnes ayant la nationalité d'un Etat partie, que celles ayant la nationalité d'un « *Etat tiers* »[1080]. Certes, un investisseur provenant d'un Etat non partie au traité sur la Charte de l'énergie ne pouvait jamais déposer directement une requête arbitrale sur la base de ce traité à l'encontre d'un Etat partie à celui-ci. En revanche, un tel recours était bien envisageable de manière indirecte, c'est-à-dire lorsqu'un investisseur ayant la nationalité d'un Etat tiers avait créé ou acquis le capital d'une société relais enregistrée sur le territoire d'un Etat partie au traité, et via laquelle il détenait ou avait réalisé un investissement dans un autre Etat partie au même traité. Ce serait alors l'entité intermédiaire qui serait formellement la titulaire de la demande, mais en réalité elle n'agira qu'au nom et dans l'intérêt des propriétaires de son capital. C'est justement dans un tel cas que la clause de déni peut permettre à l'Etat destinataire d'une telle requête de refuser d'accorder les bénéfices du traité au profit d'un « *investissement d'un investisseur d'un Etat tiers* »[1081].

866. L'existence de certaines clauses de déni dont l'application est subordonnée uniquement à la condition du contrôle étranger, quel que soit le contexte diplomatique entre les Etats concernés, doit également être signalée. C'est notamment le cas de la plupart des clauses de refus des bénéfices prévues par les traités bilatéraux d'investissements conclus par l'Australie. A titre d'illustration l'article 2.2 du traité entre l'Australie et le

---

[1079] *Ibid.*, § 555.

[1080] Voir notamment l'article 1.7) du traité sur la Charte de l'énergie qui se lit comme suit:
« "Investisseur" désigne :
a) en ce qui concerne une partie contractante :
i) toute personne physique jouissant de la citoyenneté ou de la nationalité de cette partie contractante, ou résidant en permanence sur son territoire conformément à sa législation applicable ;
ii) toute entreprise ou autre organisation organisée conformément à la législation applicable sur le territoire de cette partie contractante ;
b) en ce qui concerne un "Etat tiers", toute personne physique, entreprise ou organisation qui remplit, mutatis mutandis, les conditions énoncées au point a) pour une partie contractante. ».

[1081] CIRDI, *Libananco Holdings Co c. Turquie*, sentence arbitrale du 2 septembre 2011, *op.cit.*, § 556.

Mexique prévoit que :

> « *The Contracting Parties may decide jointly in consultation to deny the benefits of this Agreement to an enterprise of the other Contracting Party and its investments if a natural person or enterprise of a non-Contracting Party owns or controls the enterprise.* »[1082].

867. Aucune condition d'application supplémentaire relative notamment à l'absence d'activités commerciales substantielles exercées par la société visée par cette disposition sur le territoire de l'Etat partie en vertu de la législation duquel elle a été créée, n'est prévue[1083]. Or, il faut noter en outre qu'à la différence là encore du cas général, la mise en œuvre de la clause de déni précitée ne peut pas être actionnée de manière unilatérale par l'un des Etats parties au traité. Une décision de refuser d'accorder les bénéfices conventionnellement prévus en faveur d'une société créée en vertu de la législation d'un autre Etat partie, ne peut être prise qu'en commun accord par les deux Etats contractants de la convention, lors d'une consultation organisée sur le sujet, à la demande de celui qui entend se prévaloir du droit de refus.

868. La pratique conventionnelle australienne peut également se montrer un peu moins formaliste. L'article 2.2 du traité bilatéral conclu avec le Sri Lanka prévoit notamment que :

> « *Each Party reserves the right to deny to a company of the other Party the advantages of this Agreement where that company is owned or controlled by*

[1082] Traité bilatéral d'investissements signé le 23 août 2005 et entré en vigueur le 21 juillet 2007. Voir pour une formulation légèrement différente, mais qui devrai suivre le même mode opératoire, l'art. 2.3 du traité bilatéral d'investissements conclu entre l'Australie et l'Egypte le 3 mai 2001 (et entré en vigueur le 5 septembre 2002) : « *Where a company of a Party is owned or controlled by a citizen or a company of any third country, the Parties may decide jointly in consultation not to extend the rights and benefits of this Agreement to such company.* ». La même version est reprise aussi par les articles 2.2 des traités bilatéraux d'investissements conclus par l'Australie, avec la Lituanie du 24 novembre 1998 (entré en vigueur le 10 mai 2002) ou encore avec l'Uruguay du 3 septembre 2001 (entré en vigueur le 12 décembre 2002).

[1083] Il est intéressant à ce sujet de noter que la clause qui définit la notion d'« investisseur de l'autre Partie contractante » dans le traité conclu entre l'Australie et le Mexique précité, prévoit que cette expression doit s'entendre comme « *an enterprise of a Contracting Party that has substantive business operations in the territory of the Contracting Party under whose laws it is constituted or organised* », v. art. 1(c)(ii) du traité précité. Il s'en suit que si une personne morale n'exerce pas des activités commerciales substantielles sur le territoire de l'Etat où elle est constituée, elle ne fera pas partie à la base des entités protégées par ce traité. Dans ce sens, cette dernière condition, si elle n'est pas expressément prévue par la clause de déni, reste tout de même l'un des préalables nécessaires pour l'établissement de la compétence *ratione personae* d'un tribunal arbitral. Néanmoins, les clauses portant définition de l'expression « investisseur de l'autre Parte contractante » prévues par les traités entre l'Australie, d'une part, et respectivement l'Egypte, la Lituanie et l'Uruguay de l'autre, ont été rédigées différemment et ne désignent que les personne morale constituées ou organisées en vertu de la législation de l'autre Partie contractante.

a citizen or a company of any third country. Where a Party exercises this right, that Party shall promptly notify the other Party and enter into mutual consultations if considered necessary by either Party. »[1084]

869. Si le deuxième Etat partie ne trouve pas nécessaire de s'opposer à l'intention du premier Etat partie de refuser d'appliquer les droits prévus par cet accord au profit d'une société, la clause pourra être activée sans que des consultations à ce sujet aient été engagées. Toutefois, l'Etat souhaitant se prévaloir de cette disposition reste dans l'obligation de notifier sa décision de recourir à celle-ci à l'autre Etat contractant.

870. En vertu des termes employés par la disposition précitée, et de ceux par beaucoup d'autres clauses de déni, un Etat partie au traité pourra s'en prévaloir lorsque l'investisseur, incorporé dans un autre Etat partie, est contrôlé soit par une autre personne morale créée en vertu de la législation d'un Etat tiers, soit par un individu ayant la nationalité d'un Etat tiers. Le fait que ces deux hypothèses sont souvent alternativement envisagées nous oblige à nous poser de nouveau la question de la signification de l'expression être sous un contrôle étranger dans le cadre de ce contexte particulier.

B. La signification du terme « contrôle » aux fins de l'application de la clause de déni des avantages

871. Faut-il tenir compte, pour l'application d'une clause de déni, de la nationalité de la ou des personnes physiques qui sont les propriétaires ultimes du capital de la société visée par cette disposition, ou bien est-il suffisant de déterminer quelle la nationalité des personnes détenant directement le capital de celle-ci, indifféremment du fait s'il s'agit d'individus ou d'autres personnes morales ?

872. Pour répondre à cette question, il faut bien évidemment avant autre chose nous référer au texte de la clause de déni que nous voulons mettre en œuvre. A titre d'illustration, dans le cadre de l'affaire *Ulysseas c. Equateur*[1085], l'article I(2) du traité bilatéral applicable conclu entre ce dernier pays et les Etats-Unis[1086] prévoyait que : « *Each Party reserves the right to deny to any company the advantages of this Treaty if*

[1084] Traité bilatéral d'investissements signé le 12 novembre 2002 et entré en vigueur le 14 mars 2007. C'est nous qui soulignons.
[1085] Tribunal arbitral *ad hoc*, CNUDCI, *Ulysseas INC c. Equateur*, sentence partielle du 28 septembre 2010.
[1086] Traité bilatéral d'investissements entre Etats-Unis et Equateur, signé le 27 août 1993 et entré en vigueur le 11 septembre 1997.

nationals of any third country control such company… ». En vertu de ce même accord, l'expression « *national of a Party* » désignait « *a natural person who is a national of a Party* »[1087]. Le tribunal en a alors conclu que c'était la nationalité de la ou des personnes physiques contrôlant de manière ultime la société-requérante qui était seule pertinente pour l'application de la clause d'exclusion. La nationalité de la ou des personnes morales intermédiaires détenant directement ou indirectement la totalité ou la majorité du capital de l'entité requérante était par conséquent sans importance.

873. L'étude de la pratique conventionnelle étatique nous montre toutefois que la plupart des clauses de déni prévoient que le contrôle étranger exercé sur une société puisse être celui d'une personne physique ou bien d'une personne morale créée conformément à la législation d'un autre Etat. C'est le cas notamment des clauses de déni prévues par les traités bilatéraux d'investissements conclus par l'Australie précités. Ces dernières se réfèrent à un contrôle exercé par « *a natural person or an enterprise of a non-Contracting Party* »[1088] ou bien par « *a citizen or a company of any third country* »[1089]. C'est le cas aussi de la clause de déni telle qu'elle est rédigée dans le modèle américain de traité bilatéral d'investissements de 2012. En vertu de l'article 17§2 de celui-ci:

> « *A party may deny the benefice of this Treaty to an investor of the other Party that is an enterprise of such other Party and to investments of that investor if the enterprise has no substantial business activities in the territory of the other Party* ***and persons*** *of a non-Party, or of the denying Party, own or control the enterprise* ».

L'article 1 du même instrument, consacré aux définitions des termes utilisés par le traité, définit le terme « *Person* » comme signifiant a « *natural person or an enterprise* »[1090].

874. La manière d'interprétation des clauses de déni, dépendra toutefois aussi de la manière dont on interprète les termes « contrôler » et « posséder ». La plupart de ces dispositions précisent en effet qu'elles peuvent être actionnées par l'un des Etats parties à un traité si des personnes physiques ou des personnes morales ressortissantes d'un Etat tiers

[1087] Voir l'art. I(1)(c) du même traité.
[1088] Voir l'art. 2.2 du traité bilatéral conclu entre l'Australie et le Mexique, précité.
[1089] Voir l'art. 2.2 du traité bilatéral conclu entre l'Australie et le Sri Lanka, précité.
[1090] Dans la version de la clause de déni des avantages prévue par le modèle canadien de traité bilatéral des investissements de 2004 (article 18), le terme « *persons* » est remplacé par le terme « *investors* » ce qui ne change rien par rapport à sa définition. Il ressort, en effet, clairement de celle-ci qu'elle vise aussi bien des personnes physiques que des personnes morales, (voir Section A, article 1 du modèle précité).

« *contrôlent* » ou « *possèdent* » le capital de la société requérante dans une procédure arbitrale. A titre d'exemple, l'article 17(1) du traité sur la Charte de l'énergie prévoit que chaque Etat contractant peut refuser d'accorder à un investisseur d'un autre Etat contractant les garanties substantielles en matière de protection des investissements prévues par cet accord « *à toute entité juridique si les citoyens ou les ressortissants d'un Etat tiers sont propriétaires ou ont le contrôle de cette entité* ». Le tribunal arbitral constitué dans l'affaire *Plama c. Bulgarie,* a interprété ce type de formulation en estimant que « *the word "or" signifies that ownership and control are alternatives* »[1091]. Autrement dit, pour que l'Etat défendeur puisse se prévaloir de la clause de refus de protection, il pouvait soit démontrer que des ressortissants d'un Etat tiers possédaient le capital de la société demanderesse, soit qu'ils exerçaient un contrôle sur celle-ci. Selon le tribunal, les propriétaires du capital n'étaient pas forcément les actionnaires directs de la société demanderesse, mais pouvaient être aussi des personnes détenant indirectement les actions de celle-ci ou bien même des personnes qui étaient les bénéficiaires de la gestion de ces actions par un tiers[1092]. Concernant les personnes exerçant un contrôle sur la société demanderesse, les arbitres ont estimé que cette notion pouvait désigner soit les personnes qui disposent de la capacité légale d'exercer un contrôle sur la société, soit les titulaires du contrôle effectif, c'est-à-dire ceux qui, dans les faits, dirigeaient réellement les affaires de l'entreprise.

875. En l'espèce, l'Etat défendeur avait soutenu que le capital de la société demanderesse avait été entièrement détenu par une société incorporée aux Îles Vierges britanniques (la société *EMU*), donc par une société n'ayant pas la nationalité de l'un des Etats parties au traité sur la Charte de l'énergie[1093]. Or, les actions de cette dernière se trouvaient entre les mains de deux individus qui étaient les *trustees*[1094] d'un troisième individu, M. Vautrin, de nationalité française – la France étant l'un des Etats contractants du TCE[1095]. Les arbitres ont alors estimé que compte tenu la preuve initiale apportée par l'Etat défendeur selon laquelle le capital de la société demanderesse avait été détenu par une société enregistrée dans un Etat non partie au TCE, il incombait au demandeur de démontrer que ce n'était ni cette dernière qui était la propriétaire ultime de ses actions,

[1091] CIRDI, *Plama c. Bulgarie,* décision sur la compétence du 8 février 2005, Affaire n° ARB/03/24, § 170.
[1092] *Ibid.*
[1093] *Ibid.*, § 87.
[1094] Voir pour plus d'explications sur le statut et les prérogatives de telles personnes *infra*.
[1095] CIRDI, *Plama c. Bulgarie,* décision sur la compétence, *op.cit.*, § 91.

ni celle qui exerçait, *de facto*, un contrôle sur lui. Sur la base des différents éléments de preuve qui lui ont été soumis, le tribunal est arrivé à la conclusion que c'était en réalité M. Vautrin qui à la fois possédait et contrôlait la société requérante[1096].

876. Il découle du raisonnement des arbitres dans cette affaire, que lorsque l'une des parties au litige réussit à apporter la preuve de la nationalité des titulaires du contrôle effectif exercé sur une société, c'est cette nationalité qui est finalement prise en compte par le tribunal pour sa solution. La personne identifiée comme étant la titulaire du contrôle effectif exercé sur la société est considérée par ailleurs comme celle qui « possède » aussi le capital de cette entité.

877. Dans le même sens, il a suffi au tribunal constitué à l'occasion de l'affaire *AMTO c. Ukraine*, saisi de nouveau sur la base du traité sur la Charte de l'énergie, de constater que le contrôle sur la société demanderesse avait été exercé par un ressortissant russe, pour conclure également que c'était ce dernier qui était le propriétaire de ses parts sociales[1097]. Le fait que le capital de la requérante était directement détenu par une personne morale basée au Lichtenstein, dont les actions ont été à son tour la propriété d'une autre personne morale liechtensteinoise n'a pas été jugé comme un élément déterminant aux fins de l'application de la clause de déni.

878. Une telle conclusion n'allait pourtant pas de soi. Dans cette dernière affaire, comme d'ailleurs dans l'affaire *Plama c. Bulgarie* précitée, les actions de l'une des sociétés intermédiaires possédant le capital de la demanderesse, faisaient l'objet d'une propriété fiduciaire. Autrement dit, les personnes physiques désignées comme les titulaires du contrôle ultime sur la société demanderesse n'étaient juridiquement que les bénéficiaires de la propriété des titres de la société requérante (*beneficial owner* en anglais). La motivation succincte des deux tribunaux concernant les éléments qui leur ont permis de qualifier les bénéficiaires comme étant les propriétaires juridiques *stricto sensu* des titres de la société requérante, et aussi comme étant les titulaires du contrôle effectif exercé sur cette dernière contraste avec la position beaucoup plus stricte, mais également plus développée d'un autre tribunal, constitué à l'occasion de l'affaire *Yukos c. Russie.* L'importance des enjeux en la matière nous oblige à nous y attarder, et à expliquer à titre préalable le mode de fonctionnement de ces rapports fiduciaires.

[1096] *Ibid.*, § 95.

[1097] Institut d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm, *AMTO c. Ukraine*, sentence du 26 mars 2008, Aff. n°080/2005, § 67.

879. Il existe en effet plusieurs types de relations fiduciaires dont les traits caractéristiques varient en fonction de l'ordre juridique national qui les a instituées. Ce qui est cependant commun à la plupart de ces structures c'est qu'une ou plusieurs personnes, dites *fiduciaires*, se voient confier pendant un certain temps la gestion des titres d'une société, avant de les rendre à leur propriétaire initial ou à une personne tierce lorsque l'opération prend fin. L'aspect problématique de ces relations réside dans le fait de savoir quelle est précisément la marge de manœuvre et d'autonomie du fiduciaire pour la gestion des titres qui lui sont confiés et quelles sont, par conséquent, ses prérogatives dans le cadre de la détermination de la politique de la société. Comme l'a très bien résumé un auteur, dans ce type de relations: « Apparaît ainsi une distorsion entre ce que le fiduciaire peut faire en sa qualité de propriétaire, son **können**, et ce qu'il doit faire, son **dürfen** »[1098].

880. Un premier type d'opération fiduciaire est le portage des titres d'une société. Il s'agit d'une convention par laquelle une personne appelée le porteur accepte la demande d'une autre personne - le donneur d'ordre - d'acquérir des titres d'une société qu'il s'oblige à transférer à une date postérieure convenue, soit au donneur d'ordre, soit à une personne désignée par ce dernier. Le but poursuivi, le plus souvent, par la convention de portage est celui de ne pas dévoiler, dans un premier temps, l'identité et/ou la nationalité du donneur d'ordre ou de la personne qui va acquérir à la fin de l'opération les titres de la société pour des raisons de stratégie commerciales, fiscales, procédurales ou autres.

881. Ces objectifs de dissimulation, mais aussi les appellations utilisées pour désigner les différentes parties intervenantes (*porteur*: une personne qui porte, qui transporte; *donneur d'ordre*: personne qui commande, dont la volonté doit être respectée), sous-entendent l'existence de rapports de subordination entre le donneur d'ordres et le porteur. Des rapprochements ont d'ailleurs pu être opérés entre les pouvoirs du porteur et ceux d'un actionnaire *prête-nom* qui serait le détenteur des titres seulement en apparence mais qui agirait en réalité pour le compte et sur les instructions d'autrui[1099]. Et pour cause, l'un des aspects essentiels du portage consiste dans le fait que l'acquisition et la conservation des parts sociales par le porteur constituent un service

[1098] WITZ (C.), « Rapport introductif », *Les opérations fiduciaires*, Colloque de Luxembourg des 20 et 21 septembre 1984, L.G.D.J., Paris, 1985, pp. 3 et s., spéc. p. 4. C'est l'auteur qui souligne.
[1099] LE CANNU (P.), DONDERO (B.), *Droit des sociétés,* Montchrestien, Paris, 4ème édition, 2012, p. 601, n° 924.

rendu au donneur d'ordre[1100]. Le porteur ne poursuit donc aucun intérêt personnel et sa volonté de s'impliquer réellement dans la gestion des affaires de la société pourrait être questionnée, surtout si la durée de l'opération n'est pas très longue. En plus, les conventions de portage prévoient souvent que le porteur s'engage à recueillir l'avis du donneur d'ordre avant d'exercer son droit de vote qu'il détient en tant que propriétaire des titres de la société. Même si, juridiquement, il n'est pas tenu de s'y conformer, peu de raisons pourraient être invoquées en pratique pour qu'il refuse de suivre les instructions de la personne au profit de laquelle il conserve les parts sociales et qui le rémunère pour les services ainsi rendus.

882. Tous ces indices sont-ils suffisants cependant pour affirmer que c'est toujours le donneur d'ordre qui exerce le contrôle effectif et détermine la politique de l'entreprise ? D'un point de vue strictement juridique, pendant toute la durée de l'opération, le porteur devient propriétaire à part entière des titres qui lui sont conférés. Quant au donneur d'ordre, il n'est pas en mesure de remettre en cause les prérogatives du porteur avant l'expiration de leur convention. En acquérant les titres, le porteur acquiert aussi le statut d'associé, et obtient ainsi le droit de participer à la prise de toute décision collective dans le cadre des différents organes de la société. Même s'il s'engage à agir en concertation avec son donneur d'ordre, juridiquement, le porteur ne se trouve aucunement lié par la volonté de celui-ci. Ce dernier élément devient d'autant plus important dans l'examen des droits et obligations respectifs que, par ses agissements au sein de la société, le porteur engage sa propre responsabilité aussi bien à l'égard du reste des associés qu'à l'égard de la société elle-même. En rappelant ces différents aspects du problème étudié, le professeur SCHMIDT estime que « *la démonstration de ce que le vote émis par le porteur lui a été imposé et diffère du vote qu'il aurait librement exprimé est hasardeuse* »[1101].

883. Admettre donc comme postulat de départ que la personne qui contrôle la société est celle qui deviendra, au final, le propriétaire des parts sociales de celle-ci, chaque fois que ces dernières sont détenues ou gérées par un fiduciaire, que ce soit dans le cadre d'un portage de titres, ou bien dans celui d'une autre forme de structure du genre semblable, paraît peut-être précipité. Poser cela comme un principe aurait en outre pour

[1100] SCHMIDT (D.), « Les opérations de portage de titres de sociétés », *in Les opérations fiduciaires*, Colloque de Luxembourg des 20 et 21 septembre 1984, Paris, L.G.D.J., 1985, pp. 31 et s.
[1101] SCHMIDT (D.), « Les opérations de portage de titres de société », *Les opérations fiduciaires*, *op.cit.* p. 48

effet de créer des suspicions quant à la bonne foi des participants à de telles structures[1102]. Or, il ne faut pas perdre de vue qu'en règle générale, les opérations fiduciaires sont instituées par les droits nationaux pour servir des intérêts tout à fait légitimes[1103] et sont considérées comme légales, à condition cependant que les personnes y participant agissent dans la limite de leurs droits respectifs et ne recourent pas à de tels procédés simplement pour profiter d'une situation légale à laquelle ils n'auraient pas pu avoir accès autrement.

884. Dans la pratique contentieuse en matière d'investissements, la forme de relation fiduciaire à laquelle les arbitres ont été le plus souvent confrontés est celle de l'institution anglo-saxonne connue sous le nom de *Trust*[1104]. Pour reprendre la réflexion d'un auteur : « *Trusts, along with Tea and Trade, were one of the three Ts that spread across the British Empire* »[1105]. Même si aucune définition légale ne semble pas avoir été acceptée par la doctrine ou la jurisprudence comme suffisamment complète et exhaustive, il y a eu, au niveau international, une tentative d'encadrer cette notion au moment de la conclusion de la Convention internationale relative à la loi applicable au trust et sa reconnaissance du 1er juillet 1985[1106], dont l'article 2 nous fournit la description suivante:

> « Aux fins de la présente Convention, le terme trust vise les relations juridiques créées par une personne, le constituant - par acte entre vifs ou à cause de mort - lorsque des biens ont été placés sous le contrôle d'un trustee dans l'intérêt d'un bénéficiaire ou dans un but déterminé »

885. La fiducie du type du trust a fait également son entrée en droit français à la suite de la promulgation d'une loi du 19 février 2007[1107]. Elle peut être prévue par la loi ou résulter

---

[1102] *ibid*., p. 47; BISMUTH (J.-L.), SCHMIDT (D.), WITZ (Cl.), « Les opérations fiduciaires en droit français », *Les opérations fiduciaires, op.cit.,* p. 314

[1103] Par exemple, en droit anglo-saxon, la loi prévoit dans certains cas la constitution d'une relation fiduciaires, en droit successoral, entre les héritiers du défunt et la personne chargée d'exécuter le testament de ce dernier. L'exécuteur devient ainsi propriétaire juridique de la masse successorale en tant que fiduciaire jusqu'au moment du partage, alors que les héritiers n'ont le statut que des propriétaires bénéficiaires des biens transmis, v. BOGERT (G.G.), *Handbook on the Law of Trusts*, St. Paul (USA), West Publishing Co., 3ème édition, 1952, pp. 33-35.

[1104] En réalité, c'est dans la fiducie de droit romain que l'institution anglo-saxonne de *trust* puise son origine, voir à ce propos. LARROUMET (C.), « La loi du 19 février 2007 sur la fiducie. Propos critiques », *Recueil Dalloz*, 2007, n°20, p. 1350.

[1105] PANICO (P.), *International Trust Laws*, New York, Oxford University Press, 2010, p. 2 (609 pages).

[1106] Le texte intégral de la Convention peut être trouvé sur le site de la Conférence de la Haye de droit international privé : http://www.hcch.net/index_fr.php?act=conventions.text&cid=59

[1107] En vertu de l'article 2011 du Code civil qui donne la définition de celle-ci, il s'agit d'une « *opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits et des sûretés, ou un ensemble*

d'un contrat conclu entre le constituant et le fiduciaire, le premier transférant des biens et des droits de son patrimoine au deuxième qui s'engage pour sa part à les restituer au bénéficiaire au terme du contrat. Ce bénéficiaire n'est pas en tant que tel partie au contrat, sauf lorsqu'il s'agit du constituant lui-même. La fiducie française, à travers sa base contractuelle, s'inscrit ainsi dans la lignée des pays de tradition romano-germanique ayant adopté cette technique[1108].

886. L'une des paricularités des trusts anglo-saxon et de la fiducie à la française par rapport au portage des titres, c'est que les biens *in trust* n'intègrent pas le patrimoine personnel du *trustee*. Cela s'explique par le fait que les biens sont conférés au *trustee* dans l'intérêt d'autrui et non pas dans son propre intérêt. Ils ne se confondent donc pas avec son patrimoine propre[1109], d'où provient la distinction en droit des *trusts* anglo-saxon entre le *legal ownership* dont disposent les *trustees* et le *beneficial ownership* au profit des bénéficiaires. Les droits du *trustee* peuvent donc, malgré tout, être comparés aux droits réels dont bénéficient les propriétaires de plein droit, même s'ils ne possèdent pas réellement les biens transférés au trust, alors que les bénéficiaires n'ont qu'un droit personnel qui est celui de savoir que les biens sont gérés dans leur intérêt.

887. Pour que ce tour d'horizon de l'institution soit complet, nous ajouterons également que dans le cadre de certains *trusts*, il peut y avoir un quatrième intervenant qu'on appelle généralement le protecteur[1110]. C'est, d'habitude, une personne proche du constituant et désignée par ce dernier au moment de la constitution du trust et dont le rôle consiste le plus souvent dans la détention d'un pouvoir de veto pour l'exercice de certains des droits des trustees. Lorsqu'un protecteur doit accorder son accord, il doit le faire non pas dans le but de protéger son propre intérêt, mais au contraire doit agir toujours de manière fiduciaire, c'est à dire dans l'intérêt exclusif des bénéficiaires. C'est ce qui

---

de biens, de droits ou de sûretés, présents ou futurs, à un ou plusieurs fiduciaires qui, les tenant séparés de leur patrimoine propre, agissent dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires »

[1108] WITZ (C.), « La fiducie française face aux expériences étrangères et à la convention de La Haye relative au trust », *Recueil Dalloz*, 2007, n°20, pp. 1369-1374, spéc. p. 1371. De nombreux pays de tradition continentale comportent des institutions comparables. A titre d'exemple, on pourrait se référer à la *Treuhand* allemande, la fiducie luxembourgeoise, la fiducie libanaise, la fiducie québécoise etc. Le *trust* existe encore sous des formes différentes au Lichtenstein, en Afrique du Sud, en Ethiopie, en Israël, au Japon, en Russie ou encore en Chine, voir sur cette question de ROUX (X.), Assemblée nationale, Rapport au nom de la commission des lois, n°3655 du 1er février 2007, p. 10

[1109] L'article 5 de la loi luxembourgeoise du 27 juillet 2003 sur la fiducie - *trust* prévoit également que le fiduciaire « *devient propriétaire de biens formant un patrimoine fiduciaire* », voir LARROUMET (C.), « La loi du 19 février 2007 sur la fiducie. Propos critiques », *op. cit.*, p. 1351.

[1110] D'autres appellations sont également possibles comme « guardian », « appointor » « advisor » ou encore « management committe ». Sur les pouvoirs des protecteurs voir PANICO (P.), *International Trust Laws*, *op. cit.,* p. 405 et s.

explique sans doute le peu d'intérêt accordé par les arbitres dans l'affaire *AMTO c. Ukraine* précitée quant à la nationalité de la personne ayant le statut de protecteur dans le cadre du *trust* qui a été constitué en l'espèce, par rapport à la question de savoir qui contrôlait la société demanderesse[1111].

888. La question de la répartition des pouvoirs entre les différents participants au sein d'une relation fiduciaire n'est pas nouvelle en contentieux international. Elle s'était déjà posée, même si la Cour n'a pas eu besoin de s'y attarder, dans la fameuse affaire de la *Barcelona Traction.* Pour rappel, dans le cadre de cette dernière, la Belgique avait formulé une réclamation au nom des actionnaires belges d'une entité canadienne, à l'encontre de l'Espagne. Une partie des actions nominatives émises par cette société appartenaient en effet à deux *partnerships* américains qui agissaient en tant que *trustees* d'une personne morale belge, la société *Sidro*. En vertu de la position belge, c'était donc Sidro, qui en sa qualité de propriétaire « bénéficiaire » des titres était l'actionnaire réel de la société canadienne Barcelona Traction. L'Espagne considérait au contraire que seules les personnes figurant au registre des actionnaires pouvaient avoir le statut d'actionnaire.

889. Pour soutenir son allégation, le gouvernement belge avait soumis aux juges un précédent : l'affaire *Binder-Haas*, jugée par la *United States International Claims Commission*[1112]. Il s'agissait d'une commission américaine instituée pour examiner les réclamations présentées par des ressortissants américains, auxquels elle devait redistribuer une somme globale payée par la Yougoslavie aux Etats-Unis à titre d'indemnité pour les biens américains que le premier Etat avait nationalisés. Dans les faits, le citoyen américain, M. Binder avait présenté une demande d'indemnisation devant ladite Commission pour les biens nationalisés appartenant à une société suisse, dont il détenait les actions. Or, M. Binder ne détenait ces actions qu'en tant que porteur au bénéfice de quatre autres personnes, dont trois avaient la nationalité américaine. La Commission n'a alors admis que les trois quarts de la demande de M. Binder, au motif que la propriété réelle d'un quart des actions de la société suisse lésée appartenait à une

[1111] Il ressortait des faits retranscrits dans la décision arbitrale que le capital de la requérante a été détenu par une fondation créée en vertu de la législation du Lichtenstein. Cette dernière était la *trustee* au bénéfice des personnes physiques de nationalité russe. Dans le cadre de ce *trust* il y avait en outre un protecteur. Or, les arbitres ne se sont guère intéressés de savoir quelle était sa nationalité, car, par définition, celui-ci n'agissait que dans le seul intérêt des bénéficiaires de nationalité russe, qui selon les arbitres étaient ceux qui exerçaient le contrôle ultime sur la requérante, v. *AMTO c. Ukraine*, sentence arbitrale du 26 mars 2008, *op.cit.*, § 66.
[1112] *International Law Reports*, vol. 20, 1953, p. 236.

personne de nationalité étrangère qui n'avait donc pas la qualité pour introduire une demande devant cette commission. Sur la base de ce précédent en matière de rapports fiduciaires contractuels, la Belgique a soutenu, dans le cadre de l'affaire de la *Barcelona Traction*, que la jurisprudence internationale accordait le statut d'actionnaire, non pas au propriétaire légal des titres d'une société, mais au propriétaire bénéficiaire de ceux-ci[1113]. Le gouvernement espagnol a pourtant contesté la pertinence de cette décision pour la résolution du litige qui opposait les parties en l'espèce. Il a notamment souligné qu'en vertu du contrat signé entre M. Binder et ses partenaires, ces derniers lui avaient confié leurs actions, sans pour autant lui conférer un titre juridique quelconque sur celles-ci[1114]. la Commission avait qualifié M. Binder, non pas comme propriétaire légal (*legal owner* en anglais) des titres, mais comme « propriétaire apparent » (*« ostensible owner* ») des actions, dont les « réels propriétaires » (*« real owners* ») étaient quatre autres personnes. Sur cette base, la Commission avait conclu que M. Binder ne pouvait pas présenter une demande en son propre nom[1115]. Or, dans le cadre du *trust* qui avait fait l'objet des débats dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, la société belge *Sidro*, qui était à la fois le constituant et le bénéficiaire de celui-ci, avait confié au *trustee* américain (la société Securitas) la propriété juridique sur ses biens. Comme l'un des experts américains étant intervenu pour le compte de la Belgique l'avait expliqué :

> « la Securitas détenait un titre juridique sur les biens et pouvait gérer ces biens comme elle l'entendait sans avoir à tenir compte des instructions de la Sidro. En fait, le but essentiel de l'arrangement était de libérer la Securitas du contrôle de la Sidro puisque, pendant l'occupation allemande, des instructions contraires aux véritables intérêts de la Sidro et à la cause des Alliés pouvaient être données de Belgique à propos des actions. »[1116].

890. Comme indiqué plus haut, la Cour internationale n'a pas tranché ce point précis du différend, car elle a considéré que de toute façon la Belgique n'avait pas la qualité pour agir en protection diplomatique en faveur des intérêts indirects de ses actionnaires

[1113] Voir la plaidoirie de LAUTERPACHT (E.), CIJ, *Affaire de la Barcelona Traction (nouvelle requête)*, *Mémoires, Plaidoiries et Documents, Procès-verbaux des audiences publiques tenues du 11 mars au 19 mai et le 24 juillet 1964 sous la présidence du Sir Percy Spender, Président*, Procédure orale (exceptions préliminaires), CR 64/1, pp. 515-516.

[1114] Voir le contre-mémoire du gouvernement espagnol du 31 décembre 1965, CIJ*, Barcelona Traction (nouvelle requête), Mémoires, vol. II*, p. 676, note de bas de page 1, a). Voir aussi la réplique de AGO, CIJ, *Affaire de la Barcelona Traction (nouvelle requête)*, *Mémoires, Plaidoiries et Documents, Procès-verbaux des audiences publiques tenues du 11 mars au 19 mai et le 24 juillet 1964 sous la présidence du Sir Percy Spender, Président*, Procédure orale (exceptions préliminaires), (*suite et fin*), CR 1964/2.

[1115] *International Law Reports*, vol. 20, 1953, p. 238.

[1116] Propos tenus par le professeur CHAYES, repris dans l'opinion individuelle du juge JESSUP, CIJ, *Affaire de la Barcelona Traction (nouvelle requête)*, p. 214.

détenant le capital d'une personne morale de nationalité canadienne.

891. Certains des juges ayant joint à la décision finale leurs opinions individuelles ou dissidentes ont toutefois pris position sur ce point particulier. Hélas, elles ont été loin d'être convergentes. Ainsi, les juges TANAKA[1117] et RIPHAGEN[1118] ont-ils considéré que le but du mécanisme de la protection diplomatique était de protéger les intérêts économiques réels des propriétaires qui récupéreraient finalement le titre juridique sur leurs actions, et pour cela dans le cadre d'une relation fiduciaire, la Cour devait tenir compte de la nationalité des propriétaires bénéficiaires des actions d'une société et non pas de celle de leurs propriétaires légaux chargés uniquement de leur gestion pour un temps limité. Quant aux juges JESSUP[1119] et GROS[1120], ils ont estimé que lorsque les actions d'une société font l'objet d'un *trust*, c'est la nationalité des *trustees* qui devait prévaloir, car c'étaient eux qui disposaient du titre juridique sur elles. Enfin, le juge FITZMAURICE[1121] a en principe partagé ce dernier point de vue, tout en précisant que le *trust* en l'espèce avait été conclu pour éviter la mainmise de la part des occupants allemands sur les biens de Sidro, et qu'en raison de ces circonstances particulières, la Cour devait tenir compte aussi de la nationalité du bénéficiaire de la relation fiduciaire, une fois cette occupation terminée.

892. L'un des rares auteurs à avoir réfléchi et écrit sur cette question, le professeur CAFLISCH[1122], a estimé que la pratique internationale prenait en compte la nationalité du propriétaire bénéficiaire d'un *trust* dans deux cas de figures bien particuliers. Le premier c'était lorsqu'il s'agissait d'une relation fiduciaire établie en vertu d'une loi en droit successoral. Dans de tels cas, la pratique internationale, qui était relativement riche[1123], n'avait pas hésité à tenir compte de la nationalité des propriétaires bénéficiaires (les héritiers) qui finissaient en règle générale par prendre pleine possession de leurs biens après une période plus ou moins longue de répartition des biens du défunt entre les différents ayant-droits, période pendant laquelle c'est la personne responsable pour l'exécution du testament qui est le *trustee*, autrement dit le propriétaire légal des biens. La raison principale qui justifiait cette position

[1117] Opinion individuelle du juge TANAKA, CIJ, *Affaire de la Barcelona Traction*, *op.cit.*, pp. 135-136.
[1118] Opinion dissidente du juge RIPHAGEN, CIJ, *Affaire de la Barcelona Traction*, *op.cit.*, pp. 352-353.
[1119] Opinion individuelle du juge JESSUP, CIJ, *Affaire de la Barcelona Traction*, *op.cit.*, pp. 211-220.
[1120] Opinion individuelle du juge GROS, CIJ, *Affaire de la Barcelona Traction*, *op.cit.*, p 282.
[1121] Opinion individuelle du juge FITZMAURICE, CIJ, *Affaire de la Barcelona Traction*, *op.cit.*, p. 99.
[1122] CAFLISCH (L.), *La protection des sociétés commerciales et des intérêts indirects en droit international public*, La Haye, Nijhoff, 1969, pp. 237-251.
[1123] Voir pour des exemples de telles décisions, *ibid.*, p. 241.

jurisprudentielle était donc que ce type de *trusts* était toujours de nature éphémère.

893. Le deuxième cas de figure concernait les *trusts* constitués entre vivants via un contrat. Comme nous l'avons vu, dans l'une des seules décisions ayant traité cette question, rendue à l'occasion de l'affaire *Binder-Haas*, la Commission saisie a tenu compte de la Cependant, pour le professeur CAFLISCH la portée de ce précédent ne s'étendait pas forcément à tous les rapports fiduciaires de nature contractuelle. L'auteur a notamment relevé que ce qui était commun entre cette dernière affaire, et la jurisprudence en matière de droit successoral, était le fait que M. Binder détenait les actions au bénéfice de quatre autres personnes qui pouvaient à tout moment, en vertu de leur contrat, exiger la restitution de leurs titres. Dans un tel sens, leur *trust* avait aussi un caractère temporaire, et était en plus de nature révocable. Pour l'auteur, c'était uniquement dans de telles circonstances que la nationalité du propriétaire bénéficiaire devait prévaloir sur celle du propriétaire légal des actions d'une société[1124].

894. Le *trust* contractuel le plus couramment utilisé en droit anglo-saxon est pourtant de nature discrétionnaire et irrévocable, principalement en raison de certains avantages fiscaux. Cette formule permet en effet aux bénéficiaires d'affirmer que les biens du *trust* ne leur appartiennent pas ou plus, et que ce sont les *trustees* qui ont le pouvoir discrétionnaire pour s'en occuper[1125]. La question du titulaire du contrôle sur une société, dans le cadre d'un tel trust, s'est posée récemment en contentieux des investissements étrangers à l'occasion des différends ayant opposé certains des actionnaires de la société pétrolière russe *Yukos* à la Russie.

895. Trois personnes morales, dont *Yukos Universal Ltd* (*YUL*), ont introduit trois recours différents à la suite de la mise en faillite de leur maison mère en Russie, sur la base des dispositions du traité sur la Charte de l'énergie (TCE). Les trois tribunaux étaient composés des mêmes arbitres[1126] et ont rendu trois sentences séparées, le 30 novembre 2009, comportant les mêmes conclusions en ce qui concerne les problèmes communs de compétence, suivies par des dispositions spécifiques relatives à la situation particulière de chacun des demandeurs.

[1124] *Ibid.*, p. 245. V. dans le même sens CAFLISCH (L.), « The Protection of Corporate Investments Abroad in the Light of the Barcelona Traction Case », *Heidelberg Journal of International Law*, 1971, vol. 31, pp. 162-196, spéc., p. 183.

[1125] SCHOLEFIELD (C.), « Le trust anglo-américain », *Revue de droit bancaire et de la bourse*, 1996, pp. 132-136, spéc. p. 135.

[1126] Notamment L. Yves Fortier, en tant que président du Tribunal, Charles Poncet et Stephen M. Schwebel.

896. Dans la décision concernant *YUL*, la société demanderesse avait été créée conformément à la législation de l'Île de Man, qui est une dépendance du Royaume-Uni – un Etat partie au TCE[1127]. La Russie a pourtant contesté la compétence du Tribunal sur la base de la clause de déni prévue par le traité applicable. La demanderesse ayant admis ne pas disposer d'activités commerciales substantielles sur le territoire de son incorporation[1128], les arbitres ont concentré leur examen sur la question de savoir quelle était la nationalité des ressortissants exerçant un contrôle sur *YUL*.

897. Son capital était détenu à 100% par une société constituée sur le territoire de Gibraltar nommée GML. Les actions de celle-ci ont été initialement détenues par des ressortissants russes faisant partie, pour la plupart d'entre eux, de la catégorie dite des oligarques et parmi lesquels figuraient les noms de personnes qui ont eu de sérieux problèmes avec la justice dans leur Etat, comme notamment M. Lebedev, M. Nevzlin ou encore M. Khodorkovsky[1129].

898. Par la suite, les actions de GML sont devenues l'objet de sept différents *trusts* qui ont été constitués entre le 5 mars 2003 et le 26 mars 2005. Tous les *trustees* étaient des entreprises incorporées à Guernesey et les bénéficiaires dans le cadre de ceux-ci étaient les anciens actionnaires directs de GML, qui étaient tous des ressortissants russes et ayant, pour certains d'entre eux, une doble nationalité israélienne, ainsi que leurs familles respectives. Six des sept *trusts* qui étaient constitués pour gérer le capital de GML avaient une structure comparable[1130]. Parmi ceux-là, le *Palmus Trust* était le premier à être constitué par une fondation portant le même nom située au Liechtenstein et disposait de 52,3% du capital de GML[1131]. Il a été considéré par le Tribunal comme le *trust* capable d'exercer un contrôle sur GML et par conséquent sur YUL aussi[1132]. Le *trustee* était la *Palmus Trust Company Limited* incorporée à Guernesey et le premier bénéficiaire était dans un premier temps M. Khodorkovsky, avant qu'il ne soit remplacé, en 2005, par M. Nevzlin, ayant la double nationalité russe et israélienne[1133]. Concernant les cinq *trusts* restants, ils étaient constitués quelques mois plus tard, le 20 octobre 2003, et définis par le tribunal comme étant les *Auriga-type trusts*, du nom du

[1127] CPA, décision sur la compétence et la recevabilité du 30 novembre 2009, *YUL c. Russie*, Affaire n° AA 227, § 417.
[1128] *ibid.*,§ 461.
[1129] *ibid.*, §§ 489 et s. et plus particulièrement § 493.
[1130] *ibid.*, § 465 et s.
[1131] *ibid.*, § 465
[1132] *ibid.*, §§ 536-657
[1133] *ibid.*, §§ 475 et 482

premier d'entre eux. Leur structure était tout à fait équivalente. Dans tous les cas, c'était la même compagnie (*Rysaffe*), incorporée à Guernesey qui était désignée comme étant le *trustee*. Tous les *trusts* ont été constitués par l'un des anciens actionnaires individuels de GML. Les constituants s'étaient désignés comme des bénéficiaires en y ajoutant des membres de leurs familles respectives.

899. Tous ces rapports fiduciaires étaient de nature discrétionnaire ce qui, selon la législation applicable à Guernesey, signifiait que les *trustees* disposaient « *in relation to the trust property, all the powers of a beneficial owners* »[1134]. Cela a été confirmé aussi par l'analyse dressée par l'un des experts des demandeurs qui est intervenu dans la procédure, M. Brian GREEN, (avocat et conseil de la reine, spécialiste en droit des *trusts* en Angleterre). Selon ses mots :

> « *Whilst the trustees are not as a matter of strict definition « beneficial owners » (because they are trustees), nevertheless their « ownership » carries with it the right to assert like ownership rights to those which would be enjoyed by a beneficial owner*[1135]. ».

900. Selon l'expert, les droits des *trustees* sur les parts sociales étaient donc équivalents à ceux dont disposerait tout propriétaire disposant de la plénitude des droits sur ses biens, ce qui leur conférait surtout le pouvoir d'exercer les droits de vote attachés aux parts sociales et de prendre part à la prise des décisions collectives. En vertu de l'opinion du professeur CAFLISCH reproduite un peu plus haut, ce sont donc les *trustees*, dans ce cas particulier, qui devaient être considérés comme exerçant le contrôle sur la société requérante de la procédure. C'est en tout cas ce que le tribunal a conclu au final. A notre avis cependant, un certain nombre de traits caractéristiques des accords ayant institué les rapports fiduciaires litigieux suscitaient des doutes quant au caractère réellement irrévocable des *trusts* mis en place.

901. Il a été, dans un premier temps, établi que, dans le cadre de tous ces rapports fiduciaires, un « *protector* » avait été nommé. Celui-ci devait donner son accord préalable pour l'adoption de certaines décisions dont notamment celles relatives à : la fixation d'une date d'expiration du trust (à défaut de la prise d'une telle décision, les trusts devaient durer 100 ans), la constitution d'un nouveau trust dans l'intérêt des mêmes ou d'autres

---

[1134] PANICO (P.), *International Trust Laws*, Oxford, 2010, p. 124 et s. et plus spécialement § 2.54, (609 pages)

[1135] *YUL c. Russie*, décision sur la compétence et la recevabilité, *op.cit.*, § 487

bénéficiaires, l'exclusion des bénéficiaire de la liste de ceux-ci ou la décision d'en ajouter des nouveaux, le changement du droit applicable au trust, la possibilité de déléguer les pouvoirs ou les obligations des *trustees* à un tiers, la possibilité de restreindre ou élargir les pouvoirs des *trustees*, l'amendement des dispositions administratives du trust, et surtout la possibilité de négocier et de disposer (« de vendre » dans la version du *Palmus trust*) les actions de GML[1136]. Les instruments à la base des *trusts* prévoyaient en outre la possibilité pour le protecteur de nommer des nouveaux *trustees*, qui pouvaient soit remplacer ceux qui étaient nommés précédemment, soit se joindre à ces derniers[1137].

902. Sur la base de ces importantes prérogatives conférées aux protecteurs, la partie défenderesse a estimé que les *trustees* ne pouvaient pas être considérés comme « contrôlant » la gestion des titres faisant l'objet de la fiducie et que leurs pouvoirs au sein de la société GML, et par conséquent au sein de YUL, étaient en réalité illusoires[1138]. La réponse du tribunal à cette allégation a été de nature assez évasive. Il a notamment rappelé que juridiquement les protecteurs ne pouvaient pas exercer leurs pouvoirs « *for a self-serving or self-seeking purpose […] It is there for the protection of the Trust, for the interests of the Trust which means for the interests of the beneficiaries of the Trust* »[1139].

903. Or, en vertu des faits de l'espèce, tous les protecteurs faisaient également partie de la liste des bénéficiaires de leurs *trusts* respectifs. Dans de telles circonstances les intérêts des protecteurs et des bénéficiaires convergeaient. Lorsque, par conséquent, le tribunal constate que le pouvoir des protecteurs de révoquer les *trustees*, ne pouvait être exercé que dans l'intérêt des bénéficiaires[1140], on voit mal en quoi cela était susceptible de réfuter l'idée défendue par l'Etat russe selon laquelle les trustees n'étaient en réalité que des prête-noms des ressortissants russes, qui avaient détenu directement les parts sociales avant la constitution des *trusts*, et qui sont devenus ensuite à la fois les bénéficiaires et les protecteurs dans le cadre de ceux-ci. Certes, ni les bénéficiaires, ni les protecteurs ne disposaient du pouvoir d'intervenir directement dans la gestion quotidienne des actions faisant l'objet du rapport fiduciaire. Or, il ressort clairement des

[1136] *ibid.*, § 467 et § 476
[1137] *ibid.*, § 468 et § 477
[1138] *ibid.*,§ 112 et § 492
[1139] *ibid.*,§ 520
[1140] *ibid.*,§ 520

prérogatives accordées aux protecteurs, que les droits des *trustees* étaient loin d'être comparables à ceux d'un actionnaire disposant de la propriété absolue sur ses titres. Ils étaient notamment incapables de transférer ou de vendre ceux-ci sans obtenir auparavant l'accord exprès du protecteur. Ils ne pouvaient pas non plus autoriser de manière unilatérale des tiers à s'occuper de la gestion des biens placés sous « leur contrôle ».

904. La Russie a en outre rappelé l'existence en l'espèce d'une option d'achat[1141], inconditionnelle et irrévocable, au profit des dirigeants de GML, portant sur les parts sociales qui faisaient l'objet du *trust*[1142]. La question s'est alors posée de savoir si les dirigeants de cette entreprise étaient en mesure d'influencer les *trustees* dans le cadre de la gestion des actions qui leur ont été confiées. Pour résoudre ce problème, il était crucial de savoir qui disposait du pouvoir de nommer ou le cas échéant de révoquer lesdits dirigeants capables à tout moment de s'emparer d'une partie non négligeable du capital de GML. La réponse à cette question dépendait, en grande partie, de l'interprétation de ce que la doctrine a l'habitude d'appeler en droit du trust, des clauses *Anti-Bartlett*[1143], qui étaient prévues par tous les rapports fiduciaires en l'espèce. Ces dernières prévoient que les *trustees* ne sont pas requis de s'immiscer dans la gestion ou la conduite des affaires d'une entreprise dont les parts sociales font partie du *trust*. Sur la base de cette disposition, le défendeur a soutenu, que ce n'étaient pas les *trustees* qui nommaient les directeurs de GML[1144]. Le Tribunal a considéré en revanche, comme l'avait précisé le demandeur auparavant, que le fait que les *trustees* n'avaient pas l'obligation d'intervenir dans la gestion des affaires de l'entreprise dont les actions faisaient partie du *trust*, ne signifiait pas qu'ils n'avaient pas le droit de le faire, et que cette disposition n'avait pas pour but de les empêcher d'interférer dans les décisions sociétales mais de limiter leur responsabilité dans le cas où ils ne le feraient pas. Le tribunal n'a ainsi pas cherché à savoir qui avait nommé les dirigeants de *GML* en

[1141] Par souci de précision, il est à indiquer que cette option d'achat a été initialement établie entre GML et les personnes physiques ayant détenu ses parts sociales avant la constitution des trusts. Par la suite, au moment de la formation de ces derniers, et par le biais d'une novation par changement de débiteur, ce sont les *trustees* qui ont remplacés les anciens détenteurs et qui sont donc devenus obligés à l'égard de GML (voir *YUL c. Russie*, *op.cit*., § 466, note de bas de page 131; § 471, note de bas de page 134). Sur la notion de novation voir BENABENT (A.), *Droit civil. Les obligations*, Montchrestien, Paris, 12ème édition, 2010, pp. 594 et s.
[1142] Une telle option d'achat a été prévue dans le cadre de tous les trusts, sauf dans celui de *Palmus*, qui, nous le rappelons, possédait la majorité des actions de GML.
[1143] Voir sur cette question, PANICO (P.), *International Trust laws*, *op.cit.*, p. 180
[1144] *YUL c. Russie*, *op.cit*, § 523

l'espèce ou bien encore quelles avaient été les relations entre ces derniers et les bénéficiaires des *trusts* institués. Nous sommes pourtant d'avis que s'il avait été établi que les *trustees* n'exerçaient pas une autorité sur les dirigeants, qui disposaient en revanche du pouvoir de priver les premiers de leur possession, ce sont ces derniers, et le cas échéant les personnes qui en pratique peuvent les nommer ou révoquer, qui détiennent, sinon la propriété - tant qu'ils ne se prévalent de l'option d'achat qui leur est réservée - du moins et certainement le contrôle sur l'entreprise.

905. Enfin, l'argument peut-être le plus intéressant invoqué par le défendeur, était celui de dire que le *trust* a été constitué de telle façon qu'à tout moment il était possible de mettre fin aux droits de propriété des *trustees* sur les parts sociales par le biais d'une récupération précoce des titres par les bénéficiaires. Cela aurait été possible en vertu d'une règle jurisprudentielle résultant de la décision *Saunders v. Vautier*[1145] de 1841. En vertu de ce précédent, lorsque les bénéficiaires sont pleinement capables et disposent des droits certains sur les biens faisant l'objet de la fiducie, ils peuvent réclamer ces biens avant la fin prévue de celle-ci et ainsi y mettre fin. Le demandeur a contesté la possibilité pour les bénéficiaires en l'espèce de se prévaloir de ce principe au motif que la liste de ces derniers n'avait pas été définitivement fixée et que donc on était en présence d'une catégorie de bénéficiaires fluctuante. Il s'agissait là, selon nous, d'un point d'une importance cruciale concernant la question de savoir qui était le titulaire du contrôle exercé sur la société requérante. Si l'allégation de l'Etat défendeur s'avérait correcte, le rapport fiduciaire litigieux aurait pu être considéré comme étant, *de facto*, de nature révocable. Là encore, cependant, le raisonnement du tribunal surprend par son caractère lacunaire et évasif. Les arbitres n'ont, en effet, pas voulu se prononcer sur la question de savoir si la règle *Saunders v. Vautier* était invocable en l'espèce. Ils ont contourné le problème en considérant, qu'à supposer que ce principe pouvait être utilement invoqué par l'Etat défendeur, il n'en restait pas moins que les bénéficiaires n'avaient pas prétendu avoir exercé leur droit de révocation et que donc les *trustees* continuaient toujours à posséder et contrôler la GML, et via cette dernière la demanderesse à la procédure. Pourtant, le fait même que les bénéficiaires disposeraient du pouvoir de reprendre les droits de propriété sur les titres qu'ils ont confiés à leurs fiduciaires peut être perçu comme un indice pour l'existence d'une compétence liée de

[1145] England and Wales High Court (Chancery Division), *Saunders v. Vautier*, décision du 5 juin 1841. La décision peut être consultée sur le site du *British and Irish Legal Information Institute*, à l'adresse suivante : http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Ch/1841/J82.html

la part des *trustees* de gérer les affaires de la société, en se conformant à la volonté des bénéficiaires, qui autrement pourraient mettre un terme à leur rapport avant la fin conventionnellement convenue[1146].

906. Selon les arbitres, la question de savoir qui exerçait un contrôle sur les actions de GML, dépendait de l'identité du titulaire des droits de vote attachés aux parts sociales. Or, en vertu des dispositions des *trusts*, c'étaient bien les *trustees* qui disposaient de ce droit, qui en plus était de nature absolue, c'est-à-dire qu'il n'était pas soumis à un accord préalable de la part du protecteur[1147]. Pour le tribunal, c'étaient pas conséquent les sociétés qui accomplissaient la mission de *trustees* qui détenaient le contrôle sur GML, qui possédait pour sa part 100% du capital de YUL. Or, ces sociétés étaient toutes incorporées à Guernesey et avaient la nationalité britannique. Il s'en suivait que les personnes contrôlant que les personnes contrôlant la société requérante n'avaient pas la nationalité d'un Etat tiers au sens de la clause de déni prévu par le traité sur la Charte de l'énergie[1148].

907. Afin de conforter leur solution, les arbitres ont enfin tenu à rappeler que le *trust* était une institution légale qui avait une longue histoire et qui était de plus en plus reconnue par les différents Etats y compris par ceux qui ne s'inscrivaient pas dans la tradition des pays de *common law*. Le tribunal ne voyait ainsi aucune raison pour « invalider » un tel type de rapport, surtout lorsqu'il prenait des formes habituelles auxquelles de nombreux opérateurs économiques faisaient recours[1149].

908. Nous sommes d'avis, au contraire, que refuser d'examiner avec précaution, et pour chaque cas particulier, le rôle joué par les différentes parties prenantes à des opérations pareilles reviendrait à vider de toute leur substance les dispositions conventionnelles visant à identifier les titulaires effectifs du contrôle exercé sur les personnes morales réalisant des investissements internationaux. Il nous semble, en effet, que le Tribunal

---

[1146] Dans ce sens, il nous semble en outre important de préciser que dans le cadre de ce type de *trusts* de caractère discrétionnaire, le constituant, qui comme en l'espèce peut être aussi le bénéficiaire, peut vouloir orienter les pouvoirs discrétionnaires des *trustees*, en leur adressant une lettre de souhaits. Cette lettre ne permet pas à elle seule de conclure que c'est le constituant qui prédétermine les décisions qui seront prises par les *trustees*, parce qu'elle n'a pas une valeur contraignante pour ceux-ci mais a pour simple but de les informer de certaines des préférences du constituant. Il n'empêche que la présence d'une telle lettre pourrait renforcer le doute, surtout s'il avait été établi que la règle *Saunders v. Vautier* aurait pu être effectivement invoquée par les bénéficiaires afin de mettre fin à la relation fiduciaire, quant à la nature réellement irrévocable du *trust*.
[1147] *YUL c. Russie*, *op.cit*, § 496.
[1148] *ibid.*, § 537
[1149] *ibid.*, § 535

dans l'espèce précitée, partant du constat que les *trusts* constitués ne comportaient pas des caractéristiques spécifiques, n'a pas fait l'effort de dépasser les fictions juridiques et de dénouer la chaîne construite pour masquer l'identité des vrais contrôleurs. A cette fin, nous trouvons que la ligne de démarcation entre les rapports fiduciaires de type discrétionnaire et ceux de caractère révocable, établie par le professeur CAFLISCH, pourrait constituer un guide utile. Il est cependant primordial qu'une telle analyse soit menée aussi bien sur le terrain du droit que sur celui des rapports effectivement établis entre les parties à la fiducie.

909. L'objectif poursuivi par les clauses de déni prévues par de plus en plus de traités aujourd'hui est celui d'exclure de leur champ d'application et de protection les investissements faits par des investisseurs originaires d'un Etat tiers, mais réalisés via des sociétés relais créées conformément à la législation de l'un des Etats contractants de telles conventions. Il semblerait ainsi que pour les Etats parties aux traités comportant une telle clause, de telles sociétés relais contrôlées par des intérêts étrangers ne peuvent pas être qualifiées de nationales de l'un d'entre eux. Nous sommes alors d'avis que l'expansion de ce type de dispositions constitue un élément important de la pratique étatique récente qui s'inscrit à contrecourant de la règle traditionnelle selon laquelle la nationalité d'une personne morale doit être déterminée exclusivement en fonction de l'Etat de constitution de la société.

910. Cependant, en vertu de la position adoptée par certains tribunaux, l'effet de la clause de déni n'est pas celui de dénier la qualité de nationale d'une société créée conformément à la législation d'un Etat partie à un traité en matière d'investissements étrangers. Sa portée serait en effet plus limitée et consisterait simplement à accorder le droit aux Etats contractants d'une telle convention de refuser d'étendre les droits prévus par celle-ci à l'égard de certains des « nationaux » d'un autre Etat contractant.

SECTION 2

L'EFFET DE L'APPLICATION DE LA CLAUSE DE DÉNI SUR LA QUALITÉ DE NATIONALE D'UNE SOCIÉTÉ VISÉE PAR CETTE DISPOSITION

911. Les clauses de déni des avantages prennent toujours la forme d'une disposition séparée par rapport à celle comportant la définition du terme « national » ou de l'expression « investisseur d'une Partie » dans les traités de protection des investissements. Les premiers tribunaux devant lesquels l'application de cette disposition avait été invoquée par les Etats défendeurs, n'ont pas manqué de souligner ce choix de rédaction des conventions. Ils en ont conclu que la mise en œuvre de la clause de déni des avantages n'avait pas pour effet de priver la société requérantes de sa « nationalité », mais plutôt de rendre sans objet sa réclamation portant sur le fond (**Paragraphe 1**). Cette interprétation a été confortée en outre par le fait que les clauses de déni « réservent » le droit aux Etats parties aux traités de refuser d'appliquer les avantages de celui-ci à certaines sociétés qualifiées comme « nationales » d'un autre Etat partie. Or, si un Etat contractant n'actionne pas ce droit qui lui est réservé, la requérante sera toujours considérée comme éligible à la protection du traité au motif qu'elle dispose de la nationalité de l'autre Etat contractant (**Paragraphe 2)**. Enfin, la charge de la preuve pour l'application de la clause de déni incombe *a priori* à l'Etat souhaitant se prévaloir du droit qui lui confère cette disposition, et non pas à la société, qui pour prouver l'existence de sa nationalité d'un autre Etat partie au traité, doit juste démontrer qu'elle a été bien créée conformément à la législation de ce dernier (**Paragraphe 3).**

PARAGRAPHE 1

LA CLAUSE DE DÉNI – UN MOYEN DE DÉFENSE NE REMETTANT PAS DIRECTEMENT EN CAUSE LA NATIONALITÉ D'UN INVESTISSEUR

912. Il y a d'une part les clauses des traités qui définissent ce qu'on doit entendre par « national » ou « investisseur » de l'un des Etats contractants, et il y a d'autre part la clause de déni octroyant la possibilité aux Etats parties au traité de refuser d'appliquer les droits prévus par celui-ci à l'égard de certaines sociétés faisant pourtant partie de la catégorie conventionnelle de « national » ou « investisseur ».

913. Prenons dans un premier temps l'exemple du traité sur la Charte de l'énergie (ci-après

TCE) qui avait été invoqué dans plusieurs affaires arbitrales récentes à l'occasion desquelles la question de l'application et des effets de la clause de déni avait été analysée. Dans le cadre de la Partie I de ce traité, consacrée aux Définitions générales, l'article 1.7 a) ii) prévoit que le terme « investisseur » d'un Etat partie désigne « toute entreprise ou autre organisation organisée conformément à la législation applicable sur le territoire de cette partie contractante ». Quant à la clause de déni, elle a été placée dans le cadre de la Partie III intitulée Promotion et protection des investissement investissements[1150], qui comporte toutes les garanties substantielles que les Etats contractants se sont engagés à accorder aux investisseurs des autres Parties contractantes. La clause de déni est prévue par l'article 17(1) qui est intitulé quant à lui « Non application de la Partie III ». En vertu de ses termes :

> « Chaque partie contractante se réserve le droit de refuser le bénéfice de la présente partie:
> 1) à toute entité juridique si les citoyens ou les ressortissants d'un Etat tiers sont propriétaires ou ont le contrôle de cette entité et si celle-ci n'exerce pas d'activités commerciales substantielles dans la zone de la partie contractante dans laquelle elle est constituée ; »

914. Enfin, la clause compromissoire conférant aux investisseurs la capacité à agir à l'encontre d'un Etat étranger lorsque ce dernier ne respecte pas ses obligations souscrites dans la Partie III, se trouve dans la Partie V relative aux mécanismes de règlement des différends. En vertu donc de l'article 26 de la Partie V du TCE « Les différends qui opposent une partie contractante et *un investisseur d'une autre partie contractante* au sujet d'un investissement réalisé par ce dernier dans la zone de la première et qui portent sur un manquement allégué à une obligation de la première partie contractante au titre de la Partie III »[1151], peuvent être réglés, entre autres, par voie arbitrale.

915. La manière dont ces différentes dispositions sont formulées et structurées a fait l'objet d'une interprétation à l'occasion de l'affaire *Plama c. Bulgarie*, soumise à un tribunal arbitral CIRDI. En l'espèce, la société *Plama* de droit chypriote a déposé une requête à

[1150] Le TCE est divisé en huit Parties qui sont intitulées de la manière suivante : Partie I : Définitions et objet ; Partie II : Commerce ; Partie III : Promotion et protection des investissements ; Partie IV : Dispositions diverses ; Partie V : Règlement des différends ; Partie VI : Dispositions transitoires ; Partie VII : Structure et Institutions ; Partie VIII : Dispositions finales.

[1151] C'est nous qui soulignons. Le paragraphe 2 prévoit que si le différend ne peut pas être réglé à l'amiable dans un délai de trois mois, l'investisseur pourra le soumettre, entre autres, à un arbitrage international, parmi lesquels figure celui organisé par le CIRDI (paragraphe 4) et qui était effectivement choisi par *Plama* en l'espèce.

l'encontre de la Bulgarie en reprochant aux autorités de ce pays d'avoir pris des mesures incompatibles avec leurs obligations souscrites dans le cadre de la Partie III du TCE. Quelques mois après le début de la procédure, la Bulgarie a prétendu exercer son droit de déni et a contesté la compétence du tribunal, au motif que *Plama* n'exerçait aucune activité à Chypre et qu'elle était contrôlée par des intérêts d'un Etat tiers non partie au TCE. L'Etat défendeur a alors soutenu que *Plama* ne pouvait pas être qualifiée de ressortissante de Chypre. Pourtant, selon le tribunal, rien dans l'intitulé de l'article 1.7.a) ii) du TCE, qui définissait le terme « investisseur » d'une Partie contractante, ne permettait de considérer qu'une société n'exerçant pas d'activités substantielles dans son pays d'incorporation et contrôlée par des intérêts étrangers, ne pouvait être qualifiée de nationale de ce dernier. Selon les arbitres :

> « *Du point de vue de la rédaction, il aurait été facile d'exclure une catégorie d'investisseurs du champ d'application du TCE dans son ensemble, comme le font certains BITs mais cela n'est à l'évidence pas l'approche adoptée dans le TCE* »[1152].

916. Quant à la clause de déni des avantages, le tribunal a considéré, qu'en vertu de la manière dont elle avait été formulée, elle ne pouvait avoir pour effet que d'empêcher une société tombant sous le coup de celle-ci de bénéficier des garanties substantielles prévues par la Partie III du TCE[1153]. La portée de cette clause ne s'étendait en revanche pas jusqu'à exclure l'application de l'article 26, qui se trouvait dans la Partie V, et qui contenait l'offre étatique d'arbitrage à l'égard de tout ressortissant de l'un des autres Etats parties à la convention. Il s'en suivait que la question de savoir si un investisseur pouvait bénéficier de la protection du traité, au regard de l'article 17 du TCE, ne pouvait pas être soulevée pour contester la compétence du tribunal pour défaut de qualité à agir de la requérante. La clause d'exclusion concernait uniquement la question de l'application ou non, en faveur de la société demanderesse, des garanties substantielles prévues en sa faveur par la Partie III du traité.

917. Le tribunal a en outre insisté sur le fait que la seule présence d'une clause de déni des avantages n'excluait pas automatiquement les entités visées par celle-ci de la protection du traité. Elle ne faisait en effet que conférer le droit aux Etats contractants de procéder à une telle exclusion. Cela résulte de nouveau de la manière de rédiger de cette

[1152] *ibid,* § 148, p. 132
[1153] *ibid*, § 149, p. 132

disposition : « Chaque partie contractante se réserve le droit de refuser le bénéfice… ». Ainsi, en vertu des termes employés par le tribunal dans l'affaire *Plama* :

> « *the existence of a "right" is distinct from the exercise of that right [...]a Contracting Party has a right under Article 17(1) ECT to deny a covered investor the advantages under Part III; but it is not required to exercise that right; and it may never do so.* »[1154].

918. La même interprétation a été retenue par deux autres tribunaux saisis ultérieurement, toujours sur la base du TCE, mais qui n'étaient pas constitués sous les auspices du CIRDI. Dans le cadre de l'affaire *Amto c. Ukraine*, soumise à l'Institut d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm, les arbitres ont distingué entre les « nationaux » « *with an indefeasible right to investment protection* » et ceux « *that have a defeasable right to investment protection because the host State of the investment has the power to divest the Investor of this right* »[1155]. C'est donc cette deuxième catégorie qui correspondait aux entreprises susceptibles d'entrer dans le champ d'application de l'article 17 du TCE. Or, malgré une telle éventualité, ces dernières restaient des investisseurs d'un autre Etat partie. Leur qualité de national, éligible pour la protection du traité, ne leur était aucunement déniée. Seule la consistance de celle-ci pourrait, le cas échéant, différer.

919. Dans le même ordre d'idées, le tribunal constitué sur la base du règlement CNUDCI à l'occasion de l'affaire *Yukos c. Russie,* en reprenant les arguments employés par les arbitres dans l'affaire *Plama*, a considéré que : « *Whether or non Claimant is entitled to the advantages of Part III is a question not of jurisdiction but of the merits.* »[1156].

920. La logique de raisonnement des arbitres dans toutes ces affaires était néanmoins étroitement liée aux spécificités du TCE. Qu'en est-il d'autres traités en matière d'investissements contenant une clause de déni ? La première affaire arbitrale dans laquelle cette dernière disposition a été invoquée en tant qu'exception préliminaire à la compétence d'un tribunal était celle de *Link Trading c. Moldavie.* La clause d'exclusion était prévue par l'article I.2 du traité bilatéral d'investissements conclu entre la Moldavie et les Etats-Unis. En vertu de ses termes:

[1154] CIRDI, *Plama Constortium Limited c. Bulgarie*, décision sur la compétence du 8 février 2005, Affaire n° ARB/03/24, § 155.
[1155] Institut d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm, *Limited Liability Company Amto c. Ukraine*, sentence du 26 mars 2008, Aff. n°080/2005, § 61.
[1156] Tribunal CNUDCI, *Yukos Universal Limited c. Russie*, décision sur la compétence et la recevabilité du 30 novembre 2009, enregistrée par la CPI sous le numéro AA 227, § 441.

> « *Each party reserves the right to deny to any company* <u>*the advantages of this Treaty*</u> *if nationals of any third country control such company and, in the case of a company of the other Party, that company has no substantial business activities in the territory of the other Party...*»[1157].

921. A la différence donc de l'article 17(1) du TCE, l'article I.2 du traité précité avait pour objet d'empêcher les investisseurs visés par ses termes de se prévaloir de tous les avantages prévus par cet accord quelle que soit la nature de ces derniers : substantielle ou procédurale. La question pouvait alors se poser de savoir si, dans un tel cas de figure, cette clause pouvait être vue comme l'une des conditions pour l'établissement de la compétence du tribunal saisi relative notamment à la catégorie des personnes ayant la qualité pour s'adresser à lui. Cet aspect du problème n'a cependant pas été traité en l'espèce. Les arbitres se sont contentés de constater que la Moldavie n'a pas apporté une preuve suffisamment étayée que les conditions d'application de la clause de déni étaient remplies en l'espèce, et son moyen d'exception a été rapidement écarté.

922. Un autre tribunal saisi à l'occasion de l'affaire *Generation Ukraine c. Ukraine* a quant à lui pris position concernant cette dernière question. En l'espèce, la requérante avait été constituée conformément à la législation américaine et répondait *prima facie* à la définition retenue par le traité bilatéral applicable d' « une société d'une autre partie contractante »[1158]. Ce dernier comportait exactement la même disposition d'exclusion des bénéfices, dans son l'article I.2, comme celle contenue dans le TBI entre les Etats-Unis et la Moldavie précité. Même si les conditions d'application de cet article n'étaient pas non plus réunies en l'espèce, le tribunal a tenu quand même à préciser que cette disposition ne constituait pas :

> « *as the Respondent appears to have assumed, a jurisdictional hurdle for the Claimant [...] instead it is a potential filter* <u>*on the admissibility*</u>[1159] *of claims which can be invoked by the respondent State.*»[1160].

923. En même temps, en interprétant une clause d'exclusion formulée exactement de la

[1157] Article I.2 du TBI conclu entre les Etats-Unis et la Moldavie le 21 avril 1993 et entré en vigueur le 26 novembre 1994. C'est nous qui soulignons.
[1158] Article I.1.(b) du TBI signé entre les Etats-Unis et l'Ukraine le 4 mars 1994
[1159] La traduction en français de ce terme est recevabilité.
[1160] *Generation Ukraine c. Ukraine*, *op.cit.*, § 15.7. C'est nous qui soulignons. Voir aussi le raisonnement du tribunal CIRDI constitué dans l'affaire *EMELEC c. Equateur*, sentence du 2 juin 2009, Aff. n° ARB/05/9. Les arbitres saisis ont considéré que ce n'était que si la compétence du tribunal avait été établie qu'ils pouvaient examiner, au stade portant sur le fond de l'affaire, si les conditions d'application de la clause de déni des avantages, invoquée par l'Etat défendeur, et qui était prévue par l'article I.2 du traité bilatéral d'investissements conclu entre les Etats-Unis et l'Equateur applicable en l'espèce, étaient remplies ou pas, *ibid.*, § 71.

même manière, prévue cette fois-ci par le traité bilatéral d'investissements conclu entre l'Equateur et les Etats-Unis, le tribunal saisi dans l'affaire *Ulysseas c. Equateur*, a considéré pour sa part, que si les conditions de mise en œuvre de cette disposition avaient été réunies, elle aurait fait obstacle à l'établissement de sa compétence[1161].

924. Cette répartition entre les moyens de défense relatifs à la compétence du tribunal saisi et les moyens de défense relatifs à la recevabilité[1162] d'une demande n'a jamais été très claire en contentieux international. En vertu de la définition donnée par le professeur SANTULLI, « *La compétence est la catégorie des différends dont le Tribunal peut connaitre, alors que la recevabilité détermine la possibilité d'exercer ses pouvoirs juridictionnels sur le différend qui lui est soumis* »[1163]. Les tribunaux arbitraux saisis sur la base des traités en matière de protection des investissements considèrent, de manière générale, que les conditions pour leur compétence sont fixées par la clause de règlement des différends contenues dans ces instruments. En invoquant celle-ci, les investisseurs acceptent l'offre de règlement arbitral qui leur a été adressée par l'Etat d'accueil de leur investissement via cette disposition, ce qui a pour effet la constitution de leur accord commun octroyant le pouvoir au tribunal désigné de trancher le différend qui les oppose[1164]. Ce sont ces clauses compromissoires qui précisent notamment quelles sont les questions de droit que le tribunal peut connaître, ainsi que la catégorie des personnes capables de s'adresser à lui[1165]. Concernant ce dernier point, les clauses de règlement

---

[1161] CNUDCI, *Ulysseas c. Equteur,* § 166 : « *The Tribunal agrees with Claimant that the burden of proving that the conditions for the exercise of the right to deny the BIT advantages is to be borne by Respondent as the party advancing this specific defence* <u>*to the Tribunal's jurisdiction*</u> », c'est nous qui soulignons.

[1162] C'est la traduction en français du terme d' « *admissibility* » employé par le tribunal *Generation Ukraine c. Ukraine* dans l'extrait précité.

[1163] SANTULLI (C.), *Droit du contentieux international*, Paris, L.G.D.J., 2ème édition, 2015, p. 145 ; voir dans le même sens CIRDI, *Hochtief AG c. Argentine*, décision sur la compétence du 24 octobre 2011, Aff. n° ARB/07/31, § 90 : « *Jurisdiction is an attribute of a tribunal and not of a claim, whereas admissibility is an attribute of a claim but not of a tribunal* ».

[1164] CNUDCI, *ICS Inspection and Control Services Limited c. Argentine*, Sentence sur le compétence du 10 février 2012, Affaire CPA n°2010-09, § 258, § 260 ; CIRDI, *Ioan Micula c. Roumanie*, décision sur la compétence et la recevabilité du 24 septembre 2008, Aff. n° ARB/05/20, § 64. Voir cependant pour quelques réserves exprimées concernant cette manière de distinguer entre les questions préliminaires se rapportant à la compétence d'un tribunal et celles se rapportant à la recevabilité de la demande, BANIFATEMI (Y.), JACOMY (E.), « Compétence et recevabilité dans le droit de l'artbitrage en matière d'investissements », *in Charles LEBEN (dir) Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Paris, Pedone, 2015, pp. 773-812, spéc. p. 783.

[1165] SERAGLINI (Ch.), ORTSCHEIDT (J.), *Droit de l'arbitrage interne et international*, Paris, Montchrestien, 2013, p. 181. Dans le cadre spécifique du CIRDI qui a été créé par la Convention de Washington, un tribunal n'est considéré comme compétent pour juger une affaire que si à la fois les conditions posées par l'article 25 de la Convention de Washington et celles posées par la convention d'arbitrage entre les parties sont cumulativement remplies. Voir à titre d'exemple, CIRDI, *Plama c. Bulgarie*, décision sur la compétence, *op.cit.*, § 116 : « *[…] the Tribunal's jurisdiction is established*

des différends emploient des termes comme « investisseur » ou « national » d'une Partie contractante, qui sont définis en général par l'un des articles introductifs du traité. Or, comme nous avons eu l'occasion de l'indiquer précédemment, les traités comportant une clause de déni des avantages, contiennent en général une définition large des termes de « national » ou « investisseur » renvoyant à toute société créée en vertu de la législation de l'un des Etats contractants. Les tribunaux admettent par conséquent que l'Etat partie à la procédure avait donné son consentement de se soumettre à l'arbitrage à l'égard de toute société enregistrée dans un autre Etat partie au traité qui sert du fondement à leur saisine. Comme les arbitres siégeant à l'occasion de l'affaire *Plama c. Bulgarie* l'ont fait observer :

> « *when the parties have given their consent, no party "may withdraw its consent unilaterally"; and accordingly the Respondent's consent was also irrevocable from the date of the Claimant's Request for Arbitration.* »[1166].

925. Cette interprétation peut être contestée, surtout dans les cas où le champ d'application de la clause de déni des avantages s'étend jusqu'à inclure les dispositions du règlement des différends du traité. Dans une telle hypothèse, nous pouvons très bien admettre que le consentement étatique n'est pas de nature inconditionnelle et qu'il peut être retiré si l'Etat considère que l'investisseur ne remplit pas toutes les caractéristiques nécessaires pour pouvoir agir à son encontre, autrement dit s'il considère que son offre d'arbitrage ne visait pas un tel type d' « investisseurs » se présentant comme des ressortissants de l'autre Partie contractante[1167]. Pour reprendre le raisonnement proposé par une auteure défendant le même point de vue, « *Lorsqu'il exerce son droit de retrait, l'Etat ne revient pas sur son consentement, il ne fait qu'agir dans les limites de celui-ci* »[1168].

---

under three instruments referred to at the outset of this Decision: (a) the Energy Charter Treaty (the "ECT"); (b) the Bilateral Investment Treaty between Bulgaria and Cyprus ("the BIT"); and (c) the ICSID Convention ("the ICSID Convention")[…] the Tribunal's jurisdiction can be established under either the ECT or the BIT as alternatives. It is therefore appropriate below for the Tribunal to consider the ECT and the BIT separately in turn, although the ICSID Convention is relevant to both. ».

[1166] *Plama c. Bulgarie*, décision sur la compétence, *op.cit.*, § 140.

[1167] Voir dans le même sens les arguments présentés par la République du Salvador dans l'affaire CIRDI, *Pac Rim Cayman LLC c. Salvador*, décision sur les objections à la compétence du 1er juin 2012, Aff. n° ARB/09/12, § 4.19, ainsi que la solution finale retenue par le même tribunal, § 4.90.

[1168] BURRIEZ (D.), *Le droit d'action individuelle sur le fondement des traités de promotion et de protection des investissements*, thèse de l'Université Paris 2, soutenue en 2014 ; voir dans le même sens, BURRIEZ (D.), « La clause de déni des avantages et l'accès à l'arbitrage en matière d'investissement », *in Arnaud de Nanteuil (dir) L'accès de l'investisseur à la justice arbitrale. Réflexions sur la procéduralisation du droit international de l'investissement*, Paris, Pedone, 2015, p. 85. Cette auteure a considéré toutefois qu'en vertu d'une autre règle fondamentale du contentieux qui prévoit que la détermination de la compétence d'un tribunal doit être établi au moment de l'introduction de la requête,

926. Cette dernière ligne de raisonnement a été aussi celle qui a été adoptée par le tribunal arbitral constitué à l'occasion de l'affaire *Pac Rim c. Salvador*. En faisant observer qu'en vertu des termes de la clause de déni prévue par l'Accord de libre-échange de l'Amérique Centrale (ALEAC ou CAFTA en anglais), celle-ci s'étendait aussi bien aux droits substantiels que procéduraux de l'investisseur[1169], les arbitres ont donné raison à l'allégation de l'Etat défendeur selon laquelle : « *the Respondent's consent to ICSID Arbitration in CAFTA Article 10.16.3(a) is necessarily qualified from the outset by CAFTA Article 10.12.2.* »[1170], ce dernier article étant la clause de déni des avantages. Le même tribunal a par conséquent qualifié ce moyen de défense soulevé par l'Etat défendeur comme une objection à sa compétence *ratione personae*[1171].

927. Nous pourrions ainsi estimer qu'en qualifiant l'exception préliminaire soulevée sur la base de la clause de déni comme une objection susceptible de constituer un obstacle à leur attitude de connaître une affaire, les tribunaux mettent implicitement en cause le statut de « nationale » de la société requérante. A l'inverse, les tribunaux qui admettent qu'il s'agit plutôt d'une exception de la recevabilité de la demande d'un investisseur, reconnaissent la qualité de ce dernier de se prévaloir de sa nationalité de l'un des Etats parties au traité applicable et son titre pour agir sur la base d'un tel instrument, même s'ils l'empêchent dans un deuxième temps d'invoquer les droits mis en place conventionnellement au profit des ressortissants de cet Etat.

928. Force est toutefois de constater que la distinction opérée entre ces deux cas de figures, ne modifie au final en rien la situation personnelle et l'étendu des droits de la société visée par la clause de déni. Quel serait concrètement l'intérêt pour un investisseur d'être qualifié de national d'un Etat partie à un traité, s'il n'est pas en mesure de se prévaloir des garanties substantielles prévues par celui-ci ? Aucun. Le statut d' « investisseur » ou de « national » accordé à une personne privée, par un traité interétatique en matière d'investissements étrangers, lui permet d'invoquer à titre individuel des droits prévus par une telle convention lorsqu'il réalise une opération économique à l'étranger. La distinction établie ainsi par certains tribunaux entre la catégorie de nationaux ayant droit à une protection, et celle de nationaux privés de protection conventionnelle n'a par

---

sa compétence ne devrait pas pouvoir être remise en cause par l'invocation par l'Etat défendeur de la procédure de la clause de déni après la saisine du tribunal, *ibid.*, p. 87.

[1169] *Pac Rim c. Salvador*, décision portant sur les objections à la compétence, *op.cit.*, § 4.4.

[1170] *Ibid.*, § 4.90.

[1171] *Ibid.*, § 1.17.

conséquent qu'une portée purement théorique[1172]. Concrètement, qu'elle soit qualifiée de nationale d'un Etat ou pas, une société à laquelle les Etats ont refusé la possibilité de se prévaloir d'un traité, ne pourra plus bénéficier d'une protection au niveau international.

929. Notons enfin que tous les tribunaux qui ont estimé que cette question ne traitait pas de leur compétence, mais était relative à la recevabilité de la demande, ont tout de même admis, dans un souci de bonne administration de la justice, et souvent à la demande expresse des parties[1173], qu'il était préférable de résoudre le différend relatif à la clause de déni à titre préliminaire, avant d'aborder les questions portant sur le fond. En particulier, le Tribunal dans l'affaire *Yukos*, après avoir estimé qu'en raison de la manière dont l'article 17 (1) du TCE a été rédigée, la question de savoir si le demandeur pouvait bénéficier ou non des garanties substantielle prévues par la Partie III du même accord était une question de fond, il a précisé, qu'à la demande des parties, il trancherait cette question dans sa décision portant sur « la compétence et la recevabilité »[1174]. Une telle démarche n'avait rien d'étonnant. En lisant la clause de règlement des différends applicable entre un investisseur et un Etat contractant du TCE, on constate qu'elle ne s'étend qu'aux litiges relatifs aux manquements allégués des obligations de la Partie III. Or, si les bénéfices de cette dernière ne sont pas appliqués à l'égard du demandeur en raison de l'application de la clause de déni, l'intérêt pour le tribunal d'analyser la question de l'éventuelle violation des obligations substantielles par l'un des Etat parties au TCE devenait pratiquement inexistant[1175].

930. Finalement, il importe peu de savoir si la clause de déni des avantages constitue une

---

[1172] Voir dans le même sens, Institut d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm, *CCL Oil c. Kazakhstan*. Dans cette affaire le tribunal a analysé la question de l'application de la clause de déni dans le cadre d'un chapitre de sa solution intitulé « *Burden of Proof to Establish "National of Another Contracting State" under the Treaty between the USA and the Republic of Kazakhstan Concerning the Encouragement and reciprocal Protection of Investment* ». Ainsi, même si les arbitres ont dans un premier temps constaté qu'en vertu de la définition de « national » retenue par le traité applicable la société requérante, enregistrée en vertu de la législation de l'Etat de New York, pouvait être qualifiée d' « entreprise de l'autre Partie contractante », ils ont finalement considéré que sa nationalité n'avait pas été clairement établie faute d'informations suffisantes concernant l'identité des personnes exerçant un contrôle sur cette entité. Sur cette bas les arbitres ont conclu que « *that it has not been established that the Tribunal has jurisdiction on the basis of the treaty* ». Des extraits de la décision sur la compétence de cette affaire sont reproduits dans *Stockholm International Arbitration Review*, 2005, vol.1, pp. 129-153. SCC case n°122/2001, spéc. pp. 151-152.

[1173] *Plama c. Bulgarie*, *op.cit.* § 151, voir pour une version en français, *La jurisprudence du CIRDI, op.cit.,* p. 133

[1174] *Yukos c. Russie*, décision sur la compétence et la recevabilité, *op.cit.*, § 443

[1175] Voir dans le même sens PINSOLLE (Ph.), « The dispute resolution provisions of the Energy Charter Treaty », *International Arbitration Law Review*, 2007, vol.3, pp.82-91, spéc. p. 86.

exception préliminaire à la compétence d'un tribunal ou bien à la recevabilité de la demande d'un investisseur[1176]. L'importance de cette disposition réside dans le fait que son application a pour conséquence de priver le demandeur de tous les avantages qu'il peut tirer de sa prétendue qualité de national d'un autre Etat partie contractant. La prolifération de cette clause dans le cadre de la pratique conventionnelle récente constitue alors encore un élément important qui nourrit la réflexion au sujet de l'évolution du contenu des règles générales en matière de conditions de protection des personnes morales en droit international.

931. Il n'empêche que la qualité de « national » d'une société relais créée conformément à la législation d'un Etat partie à un traité de protection des investissements ne sera pas remise en cause automatiquement par la présence d'une clause de déni dans le cadre d'un tel instrument. L'Etat souhaitant se prévaloir de son droit de refuser de permettre à un tel investisseur de se prévaloir des droits prévus par ce traité, doit l'annoncer de manière explicite, pour que la clause de déni puisse produire ses effets.

PARAGRAPHE 2
LA NÉCESSITÉ POUR L'ETAT D'EXERCER SON DROIT DE REFUS AFIN D'EMPÊCHER UN INVESTISSEUR D'AGIR À SON ENCONTRE

932. La plupart des clauses de déni des avantages prévoient que les Etats parties au traité se « *réservent* » le droit de refuser à un investisseur étranger les garanties prévues en faveur de ce dernier. C'est souvent ce même terme qui est employé aussi dans les versions anglaises de ces dispositions. C'était notamment le cas des clauses d'exclusion prévues par les traités en matière de protection des investissements conclus par les Etats-Unis dans les années 2000[1177]. Dans leur pratique conventionnelle plus récente, ce dernier Etat a remplacé l'expression « *reserves the right to deny* » par celle « *may*

[1176] Du moins concernant la question qui nous intéresse ici, c'est-à-dire le recours de plus en plus généralisé par les Etats à la clause de déni dans leur pratique conventionnel et le rôle joué par une telle pratique pour l'évolution de la règle générale de détermination de la nationalité des sociétés en droit international. Sinon, la question de savoir si une objection fondée sur la clause de déni doit être traitée comme une exception préliminaire à la compétence d'un tribunal ou à la recevabilité de la demande d'un investisseur peut avoir son importance concernant par exemple les règles applicables aux recours en annulation de la sentence devant un juge national, v. BANIFATEMI (Y.), JACOMY (E.), « Compétence et recevabilité dans le droit de l'arbitrage en matière d'investissements », *op.cit.*, pp. 784-793.

[1177] Voir à titre d'exemple l'article I(b)(ii) le TBI signé entre les Etats-Unis et la République démocratique du Congo le 3 août 1984: « *Each Party reserves the right to deny...* »

deny »[1178] (peut refuser), sans que cette évolution apporte un changement quelconque sur le fond. Formulées ainsi, ces clauses n'excluent donc pas automatiquement les entités qu'elles visent de la protection du traité, mais confèrent une option aux Etats parties à celui-ci de procéder à une telle exclusion. Cette interprétation a été confirmée de manière unanime par la jurisprudence.

933. A titre d'exemple, dans le cadre de l'affaire *Yukos c. Russie*, portée devant un tribunal arbitral *ad hoc* sur le fondement du traité sur la Charte de l'énergie (TCE), l'Etat défendeur a considéré que tout investisseur ne respectant pas les conditions d'allégeance prévues par la clause de déni des avantages devait être automatiquement exclu du champ d'application du traité, sauf s'il avait obtenu « *a commitment from the host State that it will be treated as a protected investor.* »[1179]. Pour étayer sa thèse, la Russie a comparé la manière dont l'article 17 (1) du TCE avait été rédigée avec d'autres clauses d'exclusion et notamment avec celle contenue dans l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA). Ce dernier traité subordonnait en effet la possibilité pour les Etats de ne pas accorder les bénéfices de celui-ci à l'égard des investisseurs visés par cette clause à certaines conditions préalables. En vertu de l'article 1113 (2) de l'ALENA :

> « Sous réserve de notification et de consultation préalables conformément aux articles 1803 (Notification et information) et 2006 (Consultations), une Partie pourra refuser d'accorder les avantages du présent chapitre à un investisseur d'une autre Partie qui est une entreprise de cette autre Partie et aux investissements de cet investisseur si les investisseurs d'un pays tiers possèdent ou contrôlent l'entreprise et que l'entreprise ne mène aucune activité commerciale importante sur le territoire de la Partie où elle est légalement constituée ou organisée »[1180].

934. L'article 1803 de l'accord nord-américain oblige l'Etat qui envisage de priver l'investisseur d'un autre Etat du bénéfice du traité à notifier à ce dernier sa décision car elle serait de nature à affecter le fonctionnement de l'accord ainsi que les intérêts de l'Etat d'incorporation de la société visée. La partie au traité concernée par une telle décision pourra alors demander, en vertu de l'article 2006 de celui-ci, une ouverture de consultations avec l'Etat auteur de la mesure, auxquelles les deux parties doivent

[1178] Voir notamment l'article 17 du modèle de traité bilatéral d'investissements des Etats-Unis de 2004. Voir aussi à titre d'illustration l'article 10.1 de l'ALE signé entre les Etats-Unis et le Maroc le 15 juin 2004, consultable sur le site: http://www.ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/morocco-fta/final-text

[1179] *Yukos c. Russie,* décision sur la compétence et la recevabilité, *op.cit.*, § 446.

[1180] C'est nous qui soulignons.

participer de bonne foi et faire tous les efforts nécessaires pour arriver à une solution mutuellement acceptable. Il n'en reste pas moins, et malgré l'absence d'une telle procédure préalable prévue par l'article 17 (1) du TCE, que le tribunal dans l'affaire *Yukos* a considéré que :

> « *Article 17(1) does not deny* simpliciter *the advantages of Part III of the ECT—as it easily could have been worded to do—to a legal entity if the citizens or nationals of a third State own or control such entity and if that entity has no substantial business in the Contracting Party in which it is organized. It rather "reserves the right" of each Contracting Party to deny the advantages of that Part to such an entity. This imports that, to effect denial, the Contracting Party must exercise the right.* »[1181].

935. Cette analyse du tribunal a été confortée par le fait qu'il existait dans la pratique conventionnelle des Etats des clauses de déni rédigées de manière à ne laisser aucune marge de manœuvre aux Etats liés par celle-ci. Par exemple, le Tribunal dans l'affaire *Plama c. Bulgarie* avait cité comme exemple d'une telle clause, l'article VI de l'accord cadre de l'ASEAN sur les services de 1995 qui prévoyait que :

> « Le bénéfice de cet accord cadre <u>sera exclu</u> pour un prestataire de service qui […] est une personne morale détenue ou contrôlée par une personne ressortissante d'un Etat non contractant, constituée conformément au droit d'un Etat membre mais qui n'exerce pas d'opérations commerciales significatives dans le territoire d'Etat(s) Membre(s) »[1182].

936. Nous pourrions en outre citer l'article 14 du traité bilatéral d'investissements conclu entre la Serbie et les Emirats arabes unis, qui d'ailleurs ne porte pas l'intitulé de « Déni des avantages », mais celui de « *Limitation of Benefits* », et dont les termes exacts se lisent ainsi:

> « *Benefits of this Agreement <u>shall not be available</u> to an investor who obtains a nationlality of a third party, for the purpose of obtaining the benefits under this Agreement that would not otherwise be available to him.* »[1183].

937. Dans la majorité des cas, les Etats doivent toutefois manifester leur intention pour priver les entités visées par les clauses d'exclusion de la protection d'un traité. Cependant ces

[1181] *Youkos c. Russie,* décision sur la compétence et la recevabilité, *op.cit.*, § 456.
[1182] CIRDI, *Plama c. Bulgarie,* décision sur la compétence du 8 février 2005, Affaire n° ARB/03/24, § 156. Des extraits de cette décision sont traduits en français dans GAILLARD (E.), *La jurisprudence du CIRDI*, Vol II, Paris, Pedone, 2010, p. 134.
[1183] Voir article 14 du traité bilatéral d'investissement signé entre la Serbie et les Emirats arabes unis le 17 février 2013 et entré en vigueur le 25 décembre 2014.

dernières ne précisent pas, en général, quelles sont les modalités d'exercice de ce droit de déni. Les tribunaux arbitraux se sont initialement montrés particulièrement exigeants à ce sujet. Ensuite, cette position jurisprudentielle s'est progressivement assouplie ce qui, à notre avis, correspond mieux aux objectifs et à la fonction attribuée à ce type de dispositions.

938. En vertu d'une première solution, adoptée notamment par le tribunal dans l'affaire *Plama c. Bulgarie* précitée, les Etats souhaitant se prévaloir de la clause de déni des avantages devaient le faire avant que l'investisseur ne réalise son investissement sur leur territoire. Autrement, selon les arbitres, l'opérateur privé risquait de se retrouver dans une position d'otage par rapport à une marge de discrétion laissée aux autorités publiques de lui accorder ou pas une protection, avec des conséquences imprévisibles et préjudiciables pour son investissement[1184]. Cela constituerait en outre une atteinte aux attentes légitimes de l'investisseur qui pouvait, pendant toute la période de son opération, légitimement croire être couvert par la protection du traité. Les arbitres ont par conséquent refusé d'accorder tout effet rétroactif à une déclaration étatique invoquant la clause de déni des avantages formulée après la saisie du tribunal[1185]. Ils ont tout de même admis que si l'Etat avait annoncé son intention d'exclure un investisseur de la protection d'un traité, après la réalisation par ce dernier de son investissement, une telle annonce devait être prise en compte mais uniquement de manière prospective. Or, pour qu'elle puisse être considérée comme effective, elle devait être portée à la connaissance de l'investisseur concerné, soit individuellement, soit par le biais d'une communication de portée générale, en l'incorporant par exemple dans le cadre d'une réglementation faisant l'objet d'une publication.

939. Tout en s'inscrivant dans la même ligne de raisonnement, le tribunal saisi dans l'affaire *Yukos c. Russie* a, en revanche, refusé d'admettre que l'exercice du droit de déni de l'Etat défendeur vis-à-vis de l'investisseur-demandeur dans la procédure, pouvait résulter des termes d'une disposition conventionnelle prévue par un accord international autre que celui applicable en l'espèce. En l'occurrence, il s'agissait d'une disposition prévue par le traité de coopération conclu entre la Russie et l'Union européenne. Celle-ci prévoyait que les sociétés créées en vertu de la législation de la Russie ou bien de l'un des Etats membres de l'UE, ne seraient pas considérées comme ayant la nationalité de

[1184] *Plama c. Bulgarie*, décisions sur la compétence, *op.cit.*, § 161.
[1185] *Ibid.*, § 162.

leur Etat d'incorporation si elles ne justifiaient pas d'un lien réel et continu avec l'économie de ce dernier. Selon l'Etat défendeur, l'existence de cet accord constituait une preuve que la demanderesse connaissait la position de la Russie à ce sujet consistant à refuser d'accorder une protection aux investisseurs n'étant que fictivement rattachés au territoire de l'un des Etats membres de l'Union européenne. Le tribunal a pourtant rejeté cet argument en considérant que le traité sur la Charte de l'énergie, sur la base duquel *Yukos* avait introduit sa requête en l'espèce, et l'accord de partenariat invoqué par la Russie, même s'ils traitaient des questions connexes, étaient deux traités autonomes, et aucune disposition de l'un d'entre eux ne faisait référence à l'autre[1186].

940. L'interprétation retenue par les tribunaux *Plama* et *Yukos* de la clause de déni, fondée dans les deux cas sur le texte de l'article 17(1) du traité sur la Charte de l'énergie, ne nous semble pas justifiée au regard des termes employés par la disposition applicable. Rien dans la formulation de cet article, comme c'est d'ailleurs le cas pour la grande majorité de ces clauses dans les autres traités, ne fait obstacle à ce que l'exercice du droit de déni intervienne après la saisie du tribunal avec un effet rétroactif. Le principe de droit international de non-rétroactivité d'une disposition conventionnelle ne s'y oppose pas non plus. En vertu de l'article 28 de la Convention de Vienne sur le droit des traités :

> « […] les dispositions d'un traité ne lient pas une partie en ce qui concerne un acte ou fait antérieur à la date d'entrée en vigueur de ce traité au regard de cette partie ou une situation qui avait cessé d'exister à cette date »

En vertu de cette règle, la clause de déni des avantages prévue par un traité de protection des investissements peut produire ses effets à l'égard de tout investisseur de l'un des Etats parties à celui-ci ayant réalisé son investissement sur le territoire de l'autre Etat contractant, après l'entrée en vigueur de la convention. Le principe de non-rétroactivité exclut donc uniquement l'application de la clause de déni vis-à-vis des investissements réalisés avant l'entrée en vigueur du traité. Permettre à un Etat de décider de retirer la protection d'un traité vis-à-vis d'un investisseur après le dépôt de la part de ce dernier d'une requête arbitrale devant un tribunal arbitral à l'encontre de cet Etat, ne porte donc atteinte à aucun principe général du droit international.

941. Une telle possibilité accordée à l'Etat défendeur d'une procédure arbitrale se concilie

[1186] *Yukos c. Russie*, décision sur la compétence et la recevabilité, *op.cit.*, § 457.

aussi avec le choix de formulation de ladite disposition conventionnelle qui « réserve » ce droit aux parties contractantes. L'application de la clause n'a rien d'automatique, l'Etat étant toujours libre de ne pas recourir à celle-ci, s'il souhaite notamment continuer à entretenir des relations économiques avec la société requérantes à l'issue du litige qui les oppose.

942. Dans le cadre des affaires *Plama* et *Yukos*, les tribunaux ont donc ajouté une condition pour la mise en œuvre de la clause de refus des avantages, selon laquelle selon laquelle le déni doit intervenir avant la saisine du tribunal pour qu'il soit effectif, condition qui n'est nullement prévue par le texte des traités. Pour justifier une telle modification de la lettre de ces derniers[1187], les arbitres ont eu recours au principe, facilement maniable, du respect des attentes légitimes de l'investisseur. Or, en se référant à celui-ci, ils n'ont guère tenu compte de l'effet, que devrait pourtant avoir sur les attentes de l'investisseur, la présence même d'une disposition susceptible de le priver des avantages d'un traité qu'il invoque pour réclamer un traitement privilégié en faveur de son investissement. Dans un tel sens, les attentes d'un investisseur peuvent difficilement être considérées comme trahies lorsque l'Etat décide finalement de se prévaloir de la possibilité que le traité lui avait expressément réservée. Il est ainsi utile de rappeler qu'en vertu d'une définition jurisprudentielle, les attentes que peut avoir un investisseurs peuvent être qualifiées de légitimes et donc de protégées « *if the investor received an explicit promise or guaranty from the host-State, or il implicitly, the host-State made assurances or representations that the investor took into account in making the investment* »[1188]. Tel aurait été notamment le cas si un Etat avait préalablement donné des garanties à un investisseur de ne pas exercer son droit de déni en ce qui le concerne.

943. Les deux tribunaux ont enfin justifié leur solution par des arguments invoquant les objectifs poursuivis par les traités en matière d'investissements. Selon eux, la décision d'un Etat de priver un investisseur étranger de la protection d'un traité ne pouvait pas avoir une portée rétroactive sous peine d'aller à l'encontre des objectifs du traité sur la Charte de l'énergie qui étaient ceux d'établir « *un cadre juridique destiné à promouvoir la coopération à long terme dans le domaine de l'énergie, et fondé sur la*

[1187] Selon le tribunal dans l'affaire *Plama*: « *The language of Article 17(1) ECT is not by itself clear on this important point* », § 159.
[1188] CIRDI, *Parkerings-Compagniet AS c. Lituanie*, sentence arbitrale du 11 septembre 2007, Aff. n° ARB/05/8, § 331.

complémentarité et les avantages mutuels […] »[1189].

944. Il est pourtant curieux d'observer que c'était également sur la base d'une interprétation téléologique du traité de la Charte de l'énergie que le tribunal saisi dans l'affaire *AMTO c. Ukraine* a rendu une solution allant dans le sens opposé. Les arbitres avaient cette fois-ci considéré que si les conditions d'application de l'article 17 (1) du TCE étaient réunies, le droit de l'Etat défendeur de refuser l'application du traité à l'égard des investisseurs visés par cette disposition devenait opérant automatiquement et avait un effet rétroactif. Selon ce tribunal les investisseurs entrant dans le champ d'application de la clause de déni ne disposaient que de droits de protection révocables, dans la mesure où l'Etat d'accueil de leurs investissements pouvait, à tout moment, décider de les priver de leurs capacité de se prévaloir des garanties du traité, s'il estimait notamment que ces entités étaient structurées de manière à ne pas répondre aux objectifs d'une « *coopération à long terme* » ou de manière ne permettant pas d'établir une *« complémentarité* » ou de tirer des « *avantages mutuels* » [1190]. Cette divergence dans les analyses des tribunaux, fondées pourtant sur les objectifs annoncés par le même traité, pose la question, de manière plus générale, de l'utilité d'avoir recours aux intentions des Etats parties à ce type d'accords, vaguement décrites dans les préambules ou les dispositions préliminaires de ceux-ci. Pour rependre les termes d'un auteur :

> « on peut se demander si ces préambules vagues et généraux, qui nécessitent d'ailleurs une interprétation et qui admettent un sens et son contraire, peuvent réellement aider l'interprète pour déterminer la signification des règles prévues dans les traités d'investissement »[1191].

945. D'autres instances arbitrales saisies ultérieurement ont également admis le caractère rétroactif de l'application de la clause de déni des avantages, qui n'était invoquée par l'Etat défendeur à la procédure qu'après le dépôt de la requête à son encontre par l'investisseur. Ainsi le tribunal constitué à l'occasion de l'affaire *Ulysseas c. Equateur* a déclaré que rien dans la formulation de la clause de déni des avantages prévue par le traité bilatéral d'investissements entre les Etats-Unis et l'Equateur n'exclut que l'Etat défendeur exerce utilement son droit de refus au moment où il présente ses exceptions

[1189] Extrait de l'article 2 du traité sur la charte de l'énergie. V. *Plama c. Bulgarie*, décision sur la compétence, *op.cit*., § 161 et *Yukos c. Russie*, décision sur la compétence et la recevabilité, *op.cit.*, § 458.
[1190] Institut d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm, sentence arbitrale du 26 mars 2008, *Limited Liability Company Amto c. Ukraine*, , Affaire n°080/2005, § 61
[1191] BEN HAMIDA (W.), « La clause relative à l'exclusion des avantages (Denial of benefits clause) », partie de la chronique FADLALLAH (I.), LEBEN (Ch.), TEYNIER (E.) (dir.), « Investissements internationaux et arbitrage », *Cahiers de l'arbitrage*, 2010, vo. 4, p. 1064.

préliminaires à la compétence du tribunal[1192].

946. De même, le tribunal constitué sous les auspices du CIRDI dans l'affaire *Pac Rim c. Salvador*, a considéré qu'en vertu de l'article 41 du règlement d'arbitrage qui lui a été applicable, tout déclinatoire de la compétence du Centre ou de celle du tribunal saisi devait être soulevé le plus tôt possible mais dans tous les cas « au plus tard avant l'expiration du délai fixé pour le dépôt du contre-mémoire »[1193]. Pour les arbitres c'était donc au plus tard à ce moment là que l'Etat défendeur pouvait efficacement exercer son droit de déni, qui, dans un tel cas, et si les conditions d'application de celui-ci étaient réunies, aurait pour effet d'empêcher l'investisseur de se prévaloir des termes du traité, et ce de manière rétroactive.

947. Cette dernière solution est d'autant plus intéressante que la clause de refus des avantages qui faisait l'objet du différend en l'espèce était celle prévue par l'article 10.12.2 de l'Accord de libre-échange de l'Amérique Centrale (ci-après ALEAC). Cette disposition était du même type que celle prévue par l'ALENA citée un peu plus haut. Autrement dit, elle subordonnait l'exercice du déni à une notification préalable par l'Etat souhaitant s'en prévaloir à l'Etat sur le territoire duquel l'entité visée a été enregistrée, ainsi qu'à une obligation de consultation entre les deux Etats si l'Etat ayant reçu la notification le réclamait. En l'espèce, l'Etat défendeur a notifié son intention de refuser l'application du traité de protection vis-à-vis du demandeur, aux Etats-Unis, l'Etat de l'enregistrement de ce dernier, 12 mois après le dépôt de la requête auprès du CIRDI[1194]. Selon l'investisseur, une notification aussi tardive de la part du Salvador de son intention de se prévaloir de la clause de déni, avait pour effet d'empêcher les Etats-Unis d'engager des consultations utiles avec le premier Etat au sujet du bien fondé d'une telle prétention. Le requérant a alors soutenu que l'invocation de cette disposition ne devait pas être acceptée par le tribunal à un stade aussi avancé de la procédure[1195]. Selon lui :

> « *State-to-State consultations would be of little utility (if any) if, as appears to have been the case when the Respondent sent its notice to the USA, the*

[1192] Tribunal arbitral *ad hoc*, CNUDCI, *Ulysseas INC c. Equateur*, sentence partielle du 28 septembre 2010, § 172.
[1193] CIRDI, *Pac Rim Cayman LLC c. Salvador*, décision sur les objections à la compétence du 1er juin 2012, Aff. n° ARB/09/12, § 4.85.
[1194] *Pac Rim Cayman LLC c. Salvador*, *op.cit.*, § 4.17.
[1195] *Ibid.*, § 4.38.

denying Party has already made up its mind and was already firmly committed to its position »[1196].

948. Or, en vertu de la position exprimée par les Etats-Unis eux mêmes qui sont intervenus en tant partie non directement impliquée dans la procédure, l'Etat défendeur ne devait pas être obligé d'invoquer la clause de déni vis-à-vis d'un investisseur, avant que ce dernier ne déclenche une procédure arbitrale à son encontre. Selon les Etats-Unis une interprétation différente de cet article de l'ALEAC constituerait une charge injustifiée pour les Etats parties à cet accord et les obligeraient :

> « *to monitor the ever-changing business activities of all enterprises in the territories of each of the other six CAFTA-DR Parties that attempt to make, are making, or have made investments in the territory of the respondent [citing Ms Kinnear's NAFTA Commentary]. This would include conducting, on a continuing basis, factual research, for all such enterprises, on their respective corporate structures and the extent of their business activities in those countries. To be effective, such monitoring would in many cases require foreign investors to provide business confidential and other types of non-public information for review. Requiring CAFTA-DR Parties to conduct this kind of continuous oversight in order to be able to invoke the denial of benefits provision under Article 10.12.2 before a claim is submitted to arbitration would undermine the purpose of the provision* »[1197].

949. En tenant compte de cette opinion, le tribunal saisi a alors conclu que rien dans la manière dont l'article 10.12.2 de l'ALEAC avait été formulée ne justifiait d'imposer à l'Etat défendeur l'obligation de notifier son intention de se prévaloir de la clause de déni à un moment précédant le dépôt de la requête arbitrale par le demandeur[1198].

950. Ces dernières affaires témoignent d'une évolution de la jurisprudence arbitrale en la matière. Il en découle que comme pour toute autre objection mettant en cause l'allégation d'un investisseur concernant sa nationalité, l'Etat défendeur à un litige peut, au moment du stade préliminaire d'une procédure, refuser de reconnaitre au demandeur sa qualité pour agir au motif qu'il relève de la catégorie d'entités visées par la clause de déni. Une telle démarche revient là encore à priver la société requérante de tous les avantages qu'elle aurait pu tirer de sa qualité de « nationale » de l'Etat de son enregistrement.

[1196] *Ibid.*, § 4.43.
[1197] *Ibid.,* § 4.56.
[1198] *Ibid.,* § 4.85.

951. Le fait en revanche que c'est l'Etat partie à la procédure qui doit dans tous les cas invoquer cette clause pour qu'elle puisse produise ses effets a son importance pour la charge de la preuve concernant les conditions nécessaires pour sa mise œuvre.

PARAGRAPHE 3

LA RÉPARTITION DE LA CHARGE DE LA PREUVE POUR L'APPLICATION DE LA CLAUSE DE DÉNI ET L'INCIDENCE DE CETTE QUESTION SUR LE MODE DE DÉTERMINATION DE LA NATIONALITÉ DES SOCIÉTÉS EN DROIT INTERNATIONAL

952. Le fait que la clause de déni des avantages est prévue par une disposition séparée de celle portant définition de la catégorie des personnes morales capables de se prévaloir d'un traité de protection des investissements étrangers a des conséquences sur la répartition de la charge de la preuve entre les parties à un litige.

953. Lorsqu'une requête arbitrale est déposée par un investisseur privé sur la base d'un traité interétatique à l'encontre de l'un des Etats parties à ce dernier, il incombe à la personne privée de démontrer qu'elle est nationale d'un autre Etat partie au même traité, et que c'est en cette qualité qu'elle s'adresse au premier Etat[1199]. De manière générale, les traités de protection des investissements qui comportent une clause de déni, prévoient que les personnes morales enregistrées sur le territoire de l'un des Etats parties ont *a priori* la capacité de se prévaloir des garanties conventionnellement prévues vis-à-vis d'un autre Etat partie. C'est par exemple le cas de l'article 2.1 de l'ALEAC qui prévoit que « *enterprise of a Party' means an enterprise constituted or organised under the law of a Party […]* ». Sur la base de cette disposition, le tribunal dans l'affaire *Pac Rim c. Salvador* précitée a considéré que la demanderesse avait démontré sa qualité pour agir car elle avait été constituée en vertu de la législation des Etats-Unis, un Etat partie à l'ALEAC autre que l'Etat défendeur. En vertu des termes utilisés par les arbitres : « *it cannot here be disputed that the party which alleges something positive has ordinarily to prove it to the satisfaction of the Tribunal. At this jurisdictional level, in other words, the Claimant has to prove that the Tribunal has jurisdiction.* »[1200]. Pourtant, ils ont tout de suite après ajouté la chose suivante : « *Of course, if there are positive objections to*

[1199] DOLZER (R.), SCHREUER (Ch.), *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, 2ème édition, 2012, p. 252.
[1200] CIRDI, *Pac Rim Cayman LLC c. Salvador*, décision sur les objections à la compétence, *op.cit.*, § 2.11.

jurisdiction, the burden lies on the Party presenting those objections, in other words, here the Respondent. »[1201]. Pour le tribunal, ce dernier constat ne constituait pas une exception au premier, mais l'application du même principe général qui veut qu'une partie qui soumet une allégation au tribunal a l'obligation de démontrer son exactitude, principe qui s'impose aux deux parties opposées à la procédure[1202]. Or, comme la mise en œuvre de la clause de déni des avantages nécessite une action positive de part de l'Etat défendeur, il s'en suivait que « *it is primarily for the Respondent to establish, both as to law and fact, its positive assertion* »[1203], autrement dit c'était à l'Etat défendeur de démontrer qu'une société agissant à son encontre n'avait pas la capacité pour le faire car elle n'exerçait pas d'activités commerciales substantielles sur le territoire de son enregistrement et était contrôlée par des intérêts étrangers.

954. Cette répartition de la charge de la preuve est susceptible de remettre en cause le rôle que nous prétendons attribuer à la clause de déni pour la redéfinition des critères de détermination de la nationalité des sociétés en droit international. Il pourrait en effet s'avérer très difficile pour un Etat de démontrer l'existence d'un contrôle étranger exercé sur une société, surtout si son capital est détenu directement et indirectement par plusieurs entités établies en vertu des législations nationales différentes. Dans une telle configuration, le lieu de constitution de l'entité demanderesse resterait décisif, car à défaut d'une preuve supplémentaire par l'Etat défendeur remettant en cause la réalité de ce rattachement, c'est finalement le seul critère dont les tribunaux tiendraient compte aux fins de l'établissement de leur compétence *ratione personae*.

955. Néanmoins, la manière dont les tribunaux arbitraux appréhendent et appliquent concrètement la règle *actor incombit probatio* en la matière nuance fortement cette dernière perspective. Le raisonnement mené par les arbitres dans l'affaire *CCL Oil c. Kazakhstan* de 2003[1204] est à ce titre particulièrement intéressant. En vertu du traité conclu entre le Kazakhstan et les Etats-Unis qui était applicable en l'espèce, toutes les sociétés créées en vertu de la législation de l'un de ces Etats avaient la qualité pour agir à l'encontre de l'autre. Le même traité prévoyait cependant que les Etats parties pouvaient refuser l'application de celui-ci à des investisseurs n'exerçant pas des

[1201] *Ibid.*
[1202] *Ibid.*, § 2.13.
[1203] *Ibid.*, § 4.60.
[1204] Institut d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm, *CCL c. Kazakhstan*, décision sur la compétence du 1er janvier 2003, Aff. n° 122/2001. Des extraits de la décision sur la compétence de cette affaire sont reproduits dans *Stockholm International Arbitration Review*, 2005, vol.1, pp. 129-153.

activités sur le territoire de son enregistrement et contrôlés par des intérêts d'Etats tiers. Au moment du dépôt de sa requête la demanderesse s'est limitée à présenter un justificatif au tribunal attestant qu'elle a été créée conformément à la législation américaine. Les arbitres ont estimé que si la qualité pour agir de la requérante dépendait avant toute chose de son lieu d'enregistrement, d'autres dispositions du traité applicable faisaient référence également au critère du contrôle pour le besoin de la détermination de la nationalité des sociétés. Par conséquent, concernant les éléments qui devaient être communiqués au tribunal, les arbitres ont considéré que :

> « *it must be a procedural requirement that a Claimant party, requesting arbitration on the basis of the Treaty, provides the necessary information and evidence concerning the circumstances of ownership and control, directly or indirectly, over Claimant-investor at all relevant times. This is especially the case when reasonable doubt has been raised as to the actual ownership of and control over the company seeking protection* »[1205].

956. Le tribunal s'est finalement déclaré incompétent pour juger l'affaire au motif que la requérante « *has not provided any degree of probability, let alone proof, that U.S. citizens or companies have any degree of control, directly or indirectly, over Claimant-investor* »[1206]. Il suffit donc pour l'Etat défendeur à une procédure d'apporter un commencement de preuve suscitant des doutes raisonnables quant au contrôle étranger auquel est soumis une société requérante, pour que le tribunal impose ensuite à l'investisseur l'obligation de communiquer toutes les informations utiles relatives à la nationalité des personnes qui détiennent son capital, sous peine de voir sa demande rejetée.

957. De manière semblable, le tribunal constitué dans l'affaire *Plama c. Bulgarie* a admis l'allégation de l'Etat défendeur selon laquelle une fois qu'il avait démontré que le capital de la société demanderesse avait été détenu par une personne morale étrangère, la charge de la preuve devait passer du côté de la requérante pour démontrer que les personnes qui la contrôlaient réellement étaient bien des ressortissants de l'un des Etats parties au traité[1207]. L'idée sous-jacente a été là aussi de dire qu'à partir du moment où l'Etat défendeur indique que le capital de la requérante est détenu par une personne

[1205] *Ibid.*, p. 152. C'est nous qui soulignons.
[1206] *Ibid.* La demanderesse en l'espèce était une société créée en vertu de la législation des Etats-Unis.
[1207] CIRDI, *Plama c. Bulgarie,* décision sur la compétence du 8 février 2005, *op.cit.* § 166. Le même tribunal a clairement annoncé dans le cadre de sa décision sur le fond que : « *the burden of proof to establish ownership and control is on Claimant* », CIRDI, *Plama c. Bulgarie*, sentence arbitrale du 27 août 2008, Aff. n° ARB/03/24, § 89.

morale étrangère, c'est vers la demanderesse qu'il faut se tourner pour lui demander des informations concernant sa structure corporative et l'identité des personnes exerçant des pouvoir de direction et de contrôle sur celle-ci.

958. Enfin, le tribunal saisi dans l'affaire *AMTO c. Ukraine* a lui aussi imposé l'essentiel du fardeau à l'investisseur. Tout en annonçant qu'il incombait en principe à l'Etat défendeur invoquant la clause de déni de démontrer que la société demanderesse relevait de la catégories des personnes visées par cette disposition, le tribunal a tout de même admis que les éléments factuels nécessaires pour une telle preuve étaient finalement plus accessibles pour l'investisseur que pour l'Etat partie à la procédure. Les arbitres ont alors reconnu le droit en faveur de l'Etat d'exiger de l'investisseur l'accès à certains documents internes de l'entreprise, lorsque notamment l'information relative à la détention du capital de cette dernière ainsi qu'aux endroits d'exercice des activités commerciales de celle-ci n'étaient pas accessible autrement. Toute réticence ou défaillance de la part de la requérante de produire de telles informations devrait par conséquent être prise en compte par le tribunal dans le cadre de son appréciation de la véracité des allégations des parties[1208].

959. S'il est donc indéniable que c'est l'Etat qui, par le biais de son exercice du droit de déni, doit faire actionner la clause d'exclusion, il ressort de la pratique arbitrale que la charge qui pèse sur lui c'est celle d'apporter des éléments de preuve *prima facie.* Autrement dit, si l'Etat réussit à apporter des éléments créant des doutes quant à la nationalité des personnes exerçant un contrôle sur la demanderesse ou bien quant à la réalité de l'exercice par celle-ci d'activités commerciales sur le territoire de son enregistrement, le fardeau se déplacera du côté de l'investisseur pour dissiper ces doutes. A titre d'exemple, dans l'affaire *Pic Rim* précitée l'allégation étatique mettant en doute l'exercice par la demanderesse d'activités réelles sur le territoire de son enregistrement, ont obligé cette dernière de s'en expliquer, et c'est finalement sur la base des témoignages de deux de ses représentants que le tribunal a forgé sa conclusion :

> « *It is not possible from the evidence of Ms McLeod Selzer and Mr Shrake (including contemporary documentary exhibits) for the Tribunal to identify any material difference between the Claimant's activities as a company*

[1208] Institut d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm, *Limited Liability Company Amto c. Ukraine*, sentence du 26 mars 2008, n°080/2005, § 65.

established in the Cayman Islands and its later activities as a company established in the USA… such activities were equally insubstantial. »[1209].

960. Tout cela démontre que les critères du contrôle et d'activités réelles sont devenus aujourd'hui deux éléments dont les tribunaux tiennent régulièrement compte en pratique pour la détermination de la nationalité des personnes morales en contentieux d'investissements étrangers.

*

961. L'un des motifs de la contestation de plus en plus forte exprimée par une partie de la société civile à l'encontre du régime de protection des investissements étrangers et de l'arbitrage mis en place aujourd'hui par les différents traités, essentiellement de nature bilatérale, consiste à affirmer que c'est un système qui permet à toute entreprise multinationale d'organiser de telle sorte ses opérations transfrontalières que de pouvoir opposer des droits d'origine internationale à l'encontre de n'importe quel Etat en cas de litige avec ce dernier en lien avec un investissement. De nombreux instruments conventionnels attribuent, en effet, le titre d'investisseur protégé à toute société incorporée sur le territoire de l'un des Etats contractants de ceux-ci, qui réalise un investissement sur le territoire d'un autre Etat contractant. Sur la base de telles définitions, de tribunaux arbitraux sont saisis de manière récurrente par des filiales, faisant partie d'un groupe d'entreprises international, qui, sur la base de leur simple incorporation sur le territoire de l'un des Etats parties à un traité de protection, cherchent à se prévaloir des garanties prévue par une telle convention concernant un investissement réalisé en réalité par des ressortissants d'un Etat tiers. Cette pratique de *treaty shopping* combattue ouvertement aujourd'hui par des Etats venant de tout bord a donné naissance à la clause de déni des avantages. Malgré toutes les incertitudes entourant l'application et les effets de cette disposition conventionnelle relativement récente, son essor finira sans doute à modifier durablement les conditions de protection des sociétés en droit international, en garantissant une protection uniquement en faveur de personnes morales exerçant réellement des activités commerciales ou économiques sur le territoire de l'Etat où elles sont établies, et en empêchant des sociétés *relais* contrôlées par des intérêts d'un Etat tiers de pouvoir se prévaloir des droits instaurés par un traité interétatique.

[1209] CIRDI, *Pac Rim Cayman LLC c. Salvador*, décision sur les objections à la compétence, *op.cit.*, § 4.73. C'est nous qui soulignons.

CONCLUSION DU TITRE 4

962. L'étude de la pratique interne des Etats concernant les circonstances dans lesquelles ils sont prêts à accorder leur protection diplomatique au profit d'une société créée conformément à leur législation, ainsi que de leur pratique internationale fixant les conditions devant être remplies par une personne morale afin de se prévaloir de la nationalité de l'un d'entre eux vis-à-vis d'un autre Etat ayant causé un préjudice à cette dernière, démontre que le critère du contrôle, a joué, et occupe toujours un rôle de premier plan dans l'établissement des règles en la matière. Contrairement à la position inchangée de la Cour internationale de Justice à ce sujet qui considère que la règle coutumière prévoit que la nationalité d'une société, pour le besoin de sa protection au niveau international, dépend exclusivement de l'ordre juridique étatique qui l'a vue naître, nous sommes d'avis qu'il existe aujourd'hui des fondements juridiques suffisants remettant en cause la validité d'un tel principe.

963. La consécration de la règle générale ayant limité l'étendu de la compétence personnelle que certains Etats souhaitaient pouvoir exercer vis-à-vis des sociétés contrôlées par leurs ressortissants, mais créées en vertu de la législation d'un autre Etat, se justifiait probablement en raison du contexte géopolitique spécifique de la période qui a immédiatement suivi la fin de la deuxième guerre mondiale. Les années 50 et 60 du XXème siècle se caractérisaient par la cristallisation d'un « intense conflit de systèmes et d'intérêts »[1210] entre les pays industrialisés qui voulaient imposer aux Etats nouvellement créés l'obligation de respecter pleinement le droit à la propriété privée des ressortissants étrangers, et ces jeunes Etats, mais aussi, et de manière plus générale de l'ensemble des Etats en développement, qui revendiquaient la reconnaissance à leur profit du droit de réguler souverainement les activités économiques menées sur leurs territoires et disposer librement de leurs ressources naturelles.

964. Au fur et à mesure du développement du droit conventionnel de protection des investissements étrangers, cette deuxième catégorie d'Etat a accepté cependant de s'engager de garantir une protection juridique des biens et avoirs possédés ou contrôlés, directement ou indirectement, par des nationaux étrangers. Ces Etats ont accepté, en outre, à nombreuses reprises dans le cadre de leurs relations conventionnelles, de considérer des sociétés créées sur leurs territoires comme des nationales d'un autre Etat

[1210] CIJ, *Barcelona Traction*, arrêt de 1970, *op.cit.*, § 89.

en raison du contrôle étranger exercé sur elles. Compte tenu de cette évolution, rien n'empêchait à notre avis la Cour internationale de Justice d'admettre, en 2007, à l'occasion de l'affaire *Diallo*, que le principe général énoncé dans le cadre de l'affaire de la *Barcelona Traction* en 1970, selon lequel le droit de protection d'une société en droit international revenait uniquement à l'Etat de sa constitution, n'avait plus lieu d'être. Elle ne l'a pas fait.

965. Si le critère du contrôle est largement utilisé aujourd'hui pour la détermination de la nationalité d'une société, mais aussi pour refuser de reconnaître la nationalité de celle-ci lorsqu'elle est créée en vertu de la législation d'un Etat mais n'exerce pas d'activités substantielles sur le territoire de ce dernier et lorsque son capital est simultanément détenu par des ressortissants d'un Etat tiers, il est regrettable de constater que ce critère est mal défini et que de nombreuses incertitudes entourent encore son application. Les titulaires du contrôle exercé sur une société sont ceux qui détiennent une partie suffisante du capital de celle-ci pour imposer leur volonté pour la prise des décisions stratégiques au sein des organes de la personne morale. Or, lorsque le capital d'une société est détenu par une autre personne morale, il nous semble logique d'admettre que ce soient en fait les individus détenant de manière ultime les titres sociétaux de toutes les entités successives faisant partie de la chaîne de contrôle de la première société, qui exercent véritablement le contrôle sur l'ensemble de ces dernières. Dans les cas où ces titres sociétaux sont détenus par plusieurs individus ayant des nationalités différentes, et aucune groupe national ne peut être considéré comme disposant d'un pourcentage suffisant du capital du groupe pour imposer sa volonté aux autres associés, la nationalité d'une société devrait être déterminée en fonction de l'Etat où est situé le siège réel de la maison-mère du groupe. Ce dernier critère de détermination de la nationalité d'une société devrait être déterminant également lorsque c'est dans cet Etat que résident de manière habituelle les associés détenant un pourcentage suffisant du capital du groupe pour exercer un contrôle sur ce dernier, même si leur nationalité est celle d'un autre Etat. Enfin, lorsque les actions d'une société font l'objet d'un *trust*, les bénéficiaires de celui-ci doivent être considérés comme les titulaires du contrôle ultime sur cette société, lorsque le *trust* est de nature éphémère et révocable.

CONCLUSION DE LA DEUXIEME PARTIE

966. Les traités de protection des investissements étrangers ont, dans une large mesure, modifié la manière de perception de la notion de société par le droit international. Celle-ci n'est plus traitée comme un seul être juridique mononational, mais comme disposant de plusieurs facettes et capable potentiellement de se prévaloir de plusieurs allégeances étatiques à la fois. Cela est devenu possible principalement en raison de deux aspects qui caractérisent l'évolution du régime applicable aux investisseurs-personnes morales opérée par les Etats parties à ces traités.

967. Le premier est celui qui consiste à accorder aux détenteurs du capital d'une société des droits sur les biens et avoirs faisant partie du patrimoine juridique de cette dernière. Toute personne, nationale d'un Etat partie à un traité, qui « contrôle » ou « possède » directement ou indirectement un investissement réalisé sur le territoire d'un autre Etat partie au même traité, se voit conférer le droit d'agir en protection de celui-ci à l'encontre de ce deuxième Etat partie en cas d'une atteinte portée par les autorités de ce dernier à la valeur économique de ce bien ou avoir. Contrairement cependant à la position adoptée par certains tribunaux arbitraux, ce droit conféré par une règle spécifique aux associés d'une société, ne constitue pas un droit d'office dont disposeraient ces derniers dans le cadre du système conventionnel ou le contentieux mixte en matière de protection des investissements étrangers. Autrement dit, la distinction établie par la Cour internationale de Justice dans l'affaire de *la Barcelona Traction*, entre droits appartenant à la société et ceux appartenant à ses actionnaires reste pertinente en contentieux arbitral, et devrait s'appliquer en l'absence d'une règle conventionnelle qui déroge à ce principe général. Les exceptions à ce dernier, prévues explicitement par un nombre important d'accords bi- ou plurilatéral confirment notre affirmation.

968. La reconnaissance conventionnelle au profit des détenteurs des parts sociales d'une capacité pour agir à la place des sociétés qu'ils contrôlent, ne leur confère cependant pas un droit de demander une réparation pour le préjudice subi par la société. Ils ne se substituent pas à cette dernière et ne peuvent réclamer une compensation de la part de l'Etat auteur de la mesure ayant porté atteinte à l'investissement qu'ils possèdent indirectement, qu'en fonction du dommage qu'ils ont subi personnellement du fait

d'une telle mesure.

969. Le but de la mise en place de ces mécanismes conventionnels était de garantir une protection aux *véritables* investisseurs placés derrière le voile social de la société vecteur de l'opération. Pour arriver à cette fin, les rédacteurs des traités ont fait des personnes qui « contrôlent » indirectement un investissement, des titulaires des droits sur ce dernier. Or, par le biais de l'interposition de sociétés intermédiaires entre l'associé ultime et l'entité vecteur de l'opération, perçues pour chacune d'entre elles comme une personne juridique à part ayant la nationalité de l'Etat de son incorporation, le nombre des titulaires potentiels des droits sur un investissements peut, dans certains cas, s'étendre à l'infini. Pour remédier à ce résultat insatisfaisant par rapport à l'objectif initialement poursuivi, et donnant lieu à des situations récurrentes d'abus menaçant l'équilibre et l'existence même du système de protection des investissements étrangers, une interprétation du terme « contrôle » lui attribuant un sens ne tenant compte que des personnes exerçant réellement une influence sur la gestion et la conduite des affaires de la société vecteur d'un investissement, nous semble devoir être adoptée de manière uniforme par la jurisprudence.

970. Le deuxième aspect important de l'évolution du régime juridique applicables aux sociétés est que leur allégeance étatique, condition pour leur protection en droit international, est déterminée de plus en plus souvent, non pas en fonction du seul lieu d'incorporation de ces entités, mais en tenant compte de la nationalité des personnes qui exercent un contrôle sur elles. Là encore, deux cas de figures principaux doivent être distingués. Le premier est celui des sociétés créées en vertu de la législation de l'Etat d'accueil de l'investissement dont elles sont le vecteur. Leur nationalité est souvent déterminée en fonction de l'origine de leur capital, moyennant le recours au même critère de contrôle. Afin d'éviter de rattacher une telle société à un autre Etat sur le territoire duquel est implantée une entité relais détentrice de la majorité des parts sociales de la première, nous préconisons de nouveau, mais en l'occurrence la jurisprudence semble aller aussi dans ce sens-là, de chercher toujours à identifier les personnes exerçant le contrôle effectif sur la personne morale via laquelle l'investissement litigieux a été réalisé.

971. Le deuxième cas de figure est celui dans lequel un Etat partie à un traité se voit accorder le droit de ne pas reconnaître la nationalité d'une société créée en vertu de la législation

d’un autre Etat partie qui porte une réclamation internationale à l’encontre du premier, au motif que celle-ci est une simple entité fantôme, fictivement rattachée au territoire de l’Etat de son enregistrement, et sert en réalité de relais d’investisseurs ayant la nationalité d’un Etat tiers.

CONCLUSION GENERALE

972. La capacité accordée aux personnes privées d'engager directement la responsabilité internationale des Etats devant un tribunal arbitral a considérablement dynamisé le contentieux relatif à la protection des biens privés en droit international. Le mécanisme de la protection diplomatique qui permet à un Etat de prendre fait et cause pour l'un de ses nationaux et d'agir à l'encontre d'un autre Etat ayant porté atteinte aux droits, personnels ou économiques, de cet individu ou société, a perdu, en grande partie, son utilité aujourd'hui. La prolifération des accords bilatéraux d'investissements peut d'ailleurs être vue comme une réaction aux conditions strictes posées par la Cour internationale de Justice dans l'affaire de *la Barcelona Traction* concernant la protection des droits d'une personne morale contrôlée par des intérêts étrangers. En beaucoup d'aspects, l'évolution en la matière opérée par le réseau existant d'instruments conventionnels, peut être décrite comme répondant de manière plus adaptée aux besoins des opérateurs économiques. Cette évolution va dans le sens de plus d'effectivité concernant d'une part la détermination des véritables investisseurs d'une opération transfrontalière, et d'autre part l'application en leur faveur du régime négocié conventionnellement par l'Etat au territoire duquel ces derniers sont rattachés, et qui a également un intérêt de voir la propriété de leurs biens et avoirs pleinement respectée par les autres Etats.

973. La recevabilité de la demande d'une personne privée est toutefois toujours conditionnée à son statut de ressortissant de l'un des Etats parties à la convention qui sert de fondement à sa réclamation. Une première évolution intéressante opérée par certains accords, concernant ce prérequis, est celle consistant à étendre leur application non seulement aux nationaux des Etats contractants, mais également aux individus ayant établi leur résidence régulière et habituelle sur le territoire de ces Etats. La nationalité n'est donc plus le titre juridique forcément le plus adapté pour désigner la population étatique à laquelle « un individu « est, en fait plus étroitement rattaché […] qu'à celle de tout autre Etat »[1211]. Cette extension de la catégorie des personnes éligibles à une protection concernant leurs droits économiques au niveau international est sans doute dictée par les nouvelles réalités de notre société dans laquelle la question de savoir quelle est la nationalité d'un homme d'affaires est releguée au deuxième plan, après

[1211] CIJ, *Affaire Nottebohm*, arrêt du 6 avril 1955, *op.cit.*, p. 23.

celle de savoir quels sont ses projets d'investissement et capacités financières. Le critère de rattachement, fondé sur le lieu de résidence, devient ainsi un moyen pour les Etats d'attirer des investisseurs vers leurs territoires, en garantissant à ces derniers une protection complète pour leurs intérêts et opérations, y compris pour ceux placés ou réalisés sur le territoire d'Etats tiers.

974. Dans l'hypothèse où un individu acquiert la nationalité de l'Etat dans lequel il a choisi de s'installer, tout en gardant la nationalité de son Etat d'origine, son lieu de résidence pourrait, parfois, lui permettre de protéger ses droits relatifs à un investissement réalisé dans son Etat d'origine. C'est le cas notamment lorsqu'un traité de protection des investissements conclu entre ce dernier et son nouvel Etat de nationalité prévoit qu'un tribunal ne doit tenir compte que de la nationalité prépondérante de l'individu. Le caractère plus effectif de l'une de ses nationalités par rapport à l'autre dépendra avant toute chose de son lieu de résidence habituel. Cette option reste cependant fermée pour un investisseur qui décide de déposer une requête devant le CIRDI, car l'article 25 de la Convention de Washington exclut la possibilité pour une personne physique qui dispose de la nationalité de l'un des Etats contractants de cet accord d'agir à l'encontre de celui-ci, même s'il possède également la nationalité d'un autre Etat contractant.

975. En revanche, il est selon nous regrettable que lorsqu'un traité en matière d'investissements étrangers étend sa protection vis-à-vis des personnes physiques qui résident de manière permanente sur le territoire de l'un des Etats parties à celui-ci, la jurisprudence arbitrale admet qu'un tel individu, qui a aussi la nationalité d'un autre Etat, mais dont les liens avec ce dernier ne sont pas aussi forts par rapport à ceux que cette personne physique a créés avec son Etat de résidence, puisse se prévaloir de sa nationalité pour engager la responsabilité internationale de l'Etat où il a choisi de s'établir, et dont il a fait de son plein gré, le centre de sa vie, aussi bien personnelle que professionnelle[1212].

976. Concernant, en deuxième lieu, le régime de protection des personnes morales, en contentieux de la protection diplomatique la Cour internationale de Justice accorde uniquement à l'Etat où est constituée la société, le titre pour agir en sa faveur à l'encontre d'un autre Etat. Cette règle a été très critiquée au motif que souvent l'Etat

[1212] CIRDI, *Marvin Roy Feldman Karpa c. Mexique*, décision intérimaire sur la compétence du 6 décembre 2000, Aff. n° ARB(AF)/99/1

d'incorporation d'une société, contrôlée par des ressortissants d'un autre Etat, n'a pas toujours un intérêt suffisant pour défendre les droits de celle-ci vis-à-vis d'un troisième Etat auteur d'une mesure préjudiciable pour cette société. L'Etat réellement intéressé par un recours en protection diplomatique serait plutôt celui de nationalité des associés de la personne morale lésée.

977. Dans le contexte du contentieux arbitral mixte, les enjeux se présentent toutefois différemment en raison de la non intervention, dans la procédure, de l'Etat national de l'investisseur ayant subi un préjudice à l'étranger. La question de l'intérêt pour agir d'un Etat en faveur d'une société constituée sur son territoire ne se pose donc plus. Cela explique sans doute pourquoi les Etats ont massivement repris, dans le cadre de leurs rapports conventionnels, la règle générale selon laquelle la nationalité d'une société doit être déterminée, avant toute chose, en fonction de l'ordre juridique étatique de sa constitution. Dans un premier temps, les conventions bilatérales de protection des investissements étrangers étaient conclues exclusivement entre, d'une part, des Etats industrialisés exportateurs d'investissements, et d'autre part des Etats en développements importateurs de capitaux étrangers. Les Etats développés soumettaient des modèles de tels traités aux Etats en développement dont le rôle se limitait souvent à celui d'accepter ou refuser de signer le texte qui leur avait été proposé. Dans le cadre du processus d'élaboration de ces instruments, les Etats du Nord ne se posaient pas la question de savoir s'ils seraient prêts à intervenir diplomatiquement au nom de certaines sociétés créées en vertu de leur législation, mais qui seraient contrôlées par des intérêts d'un Etat tiers. Leur objectif premier était de garantir une protection au profit de tous les opérateurs économiques réalisant des investissements à partir de leur territoire, sur le territoire des Etats en développement. Le fait que certains opérateurs opportunistes allaient profiter d'un tel système en créant une société *relais* sur le territoire de l'un des Etats développés partie à un traité bilatéral, via laquelle ils réaliseraient leur investissement sur le territoire d'un Etat en développement afin de bénéficier d'une protection conventionnelle, n'était pas la principale préoccupation pour les rédacteurs des modèles de ces instruments. Qui plus est, nous pouvons citer l'exemple du Royaume des Pays-Bas qui a adopté délibérément une politique attractive pour l'établissement sur son territoire des sociétés *holding* dont les activités économiques sont situées exclusivement à l'étranger, et qui assurait, et maintient encore aujourd'hui, dans le cadre des conventions qu'il négocie et conclut au niveau international, une

protection pour les investissements détenus par de telles entités dans des Etats tiers[1213].

978. Les Etats développés souhaitaient, en revanche, garantir, par le biais des traités qu'ils mettaient progressivement en place, une protection étendue pour les intérêts de leurs ressortissants réalisant des investissements par le truchement des personnes morales créées en vertu de la législation d'un Etat tiers, ou bien constituées sur le territoire de l'Etat d'accueil d'une opération économique. Deux types de dispositions avaient été conçus et introduits de manière systématique, à cette fin, dans le cadre de ces accords. Il s'agit d'une part des clauses accordant la qualité de national de l'un des Etats contractants d'un traité aux sociétés constituées sur le territoire d'un Etat tiers, ou bien sur celui de l'Etat d'accueil de l'investissement, mais contrôlées par les ressortissants du premier Etat. En conférant la capacité à ces personnes morales d'agir pour la protection de leurs biens et avoirs sur le fondement des normes conventionnelles négociées par l'Etat de nationalité des associés de celles-ci, en faveur de ses ressortissants, ces accords garantissaient en réalité, et avant toute autre chose, la protection des intérêts de ces mêmes associés. L'acceptation par la jurisprudence arbitrale de ce mode alternatif de détermination de la nationalité des personnes morales, par rapport à celui prévu par la règle générale établie en la matière par la Cour internationale de Justice, avait été, dans une large mesure, anticipée, grâce à la précision faite par les Etats rédacteurs de la Convention de Washington de 1965 ayant donné naissance au CIRDI, selon laquelle une société pouvait être considérée comme ayant la nationalité de l'Etat d'origine du contrôle exercé sur elle pour le besoin de la recevabilité d'une requête déposée auprès du Centre, si les parties au litige s'étaient mis préalablement d'accord de traiter ainsi un tel groupement.

979. Ce premier type de dispositions a perdu toutefois rapidement une partie de son intérêt, car une autre clause relative à la définition non pas du terme « investisseur » mais de celui d' « investissement » a commencé à être simultanément et régulièrement incorporée dans les traités. Selon celle-ci, entraient dans le champ de protection de ces instruments, aussi bien les investissements réalisés sur le territoire d'un Etat contractant qui étaient détenus directement, que ceux qui étaient détenus ou contrôlés indirectement, par des ressortissants d'un autre Etat contractant. De cette manière, a été accordé un droit propre au profit des associés, nationaux d'un Etat partie à un traité, et

[1213] V. *supra* la partie introductive du Chapitre 8.

exerçant un contrôle sur des personnes morales constituées dans un Etat tiers ou sur le territoire d'un autre Etat partie au traité, sur les actifs de celles-ci.

980. Ces deux traits caractéristiques des conventions de protection des investissements étrangers constituent l'une des raisons principales pour la forte contestation dont fait l'objet tout ce système conventionnel aujourd'hui de la part d'une partie de la société civile, mais également, et de plus en plus, de la part des responsables politiques d'un nombre croissant d'Etats. Le défaut d'origine consiste dans le fait d'admettre que les associés dont la nationalité devient, grâce à ces mécanismes, déterminante pour la protection des biens et des avoirs d'une société constituée à l'étranger, peuvent être aussi bien des individus que des personnes morales, perçues, dans ce deuxième cas de figure, comme des personnes juridiques distinctes par rapport à leurs détenteurs du capital. La nationalité des associés – personnes morale est alors de nouveau déterminée conformément à la règle générale en la matière, c'est-à-dire en fonction uniquement de leur lieu d'incorporation, sans considération du contrôle potentiellement exercé sur eux par des intérêts d'un autre Etat. Cela a permis une forte instrumentalisation du réseau des traités existant. Etant, dans leur grande majorité de nature bilatérale, ceux-ci sont censés par principe garantir une protection des droits des seuls nationaux des Etats parties. De nombreux opérateurs privés et des entreprises multinationales ont cependant profité de la liberté et la facilité d'établissement devenues un trait commun des droits nationaux en matière de création de sociétés, pour se doter des *holdings* ou des filiales constituées sur le territoire d'un Etat partie à une ou à plusieurs conventions de protection, via lesquelles ils ont réalisé leurs investissement dans d'autres Etats contractants de ces instruments.

981. Les effets néfastes de ces aménagements se font ressentir de plus en plus. Des Etats comme la Bolivie, l'Equateur et le Venezuela, estimant qu'ils sont devenus la cible de plusieurs recours effectifs et potentiels injustifiés de la part de multinationales étrangères, ont décidé de dénoncer la Convention de Washington ayant institué le CIRDI[1214]. Par ailleurs, le fait que la responsabilité internationale des Etats traditionnellement exportateurs de capitaux, comme par exemple la France[1215] ou

[1214] Voir en général sur cette question CNUCED, « Denunciation of the ICSID Convention and BITs : Impact on Investor-State Claims », *IIA Issue Note*, n°2, 13 avril 2012.
[1215] Voir notamment la requête déposée par un investisseur turque à l'encontre de la France, CIRDI, *Erbil Serter c. France*, Aff. n° ARB/12/22.

l'Allemagne[1216], avait été récemment engagée dans le cadre de procédures arbitrales a possiblement contribué pour la formation d'un sentiment général, exprimé y compris par des responsables politiques de ces deux pays, de méfiance, voire même d'hostilité, à l'égard du système d'arbitrage mixte[1217]. Ce dernier est présenté comme une échappatoire pour les entreprises étrangères pour se soumettre à la compétence des juridictions internes, leur permettant de présenter leurs réclamations devant des tribunaux internationaux considérés comme beaucoup plus favorables pour la défense des intérêts privés face aux droits légitimes des Etats de pouvoir réguler les activités économiques menées sur leurs territoires[1218]. Enfin, les débats politiques actuels fortement médiatisés concernant la signature et la ratification potentielle de l'Accord de libre échange entre l'UE et le Canada (CETA), et les négociations en cours concernant le traité transatlantique (TTIP) entre l'UE et les Etats-Unis, qui prévoient tous les deux la possibilité pour les investisseurs de recourir à un arbitrage[1219], sont menés là encore sur fond d'une certaine adversité mal dissimulée, et plutôt partagée par les différents commentateurs, vis-à-vis de tels systèmes.

982. Comme pour répondre à toutes ces critiques, plus ou moins fondées, les tribunaux arbitraux adoptent progressivement une attitude moins libérale concernant la recevabilité de certaines demandes qui leur sont adressées par des sociétés constituées conformément à la législation d'un Etat partie à un traité, lorsqu'elles n'exercent pas d'activités réelles et/ou n'ont pas une présence physique sur le territoire de celui-ci. Les récents débats en jurisprudence concernant la nécessité pour une société d'avoir son

---

[1216] A la suite de l'accident de Fukushima, le gouvernement allemand a décidé de fermer toutes les centrales nucléaires dans le pays au plus tard en 2022. La licéité de cette décision est contestée par la société suédoise Vattenfall qui gère certaines de ces centrales par rapport aux obligations souscrites par l'Allemagne dans le cadre du traité sur la Charte de l'énergie, CIRDI, *Vattenfall AB et all c. Allemagne*, Aff. n° ARB/12/12 ; voir aussi sur cette question SCHEU (J.), « L'Allemagne, le traité transatlantique et la remise en question de l'arbitrage international d'investissement », *Revue de droit allemand*, 2016, article disponible à l'adresse suivante : http://www.droit-allemand.org/revue/p4/

[1217] V. notamment « Tribunaux d'arbitrage : « il faut inventer quelque chose de neuf » selon Matthias Fekl » (ancien secrétaire d'Etat au commerce extérieur de la France), *Le Monde*, 4 mars 2015 ; « Naissance d'un front franco-allemand contre l'arbitrage dans le cadre du TTIP », *Euroactiv.fr*, 14 janvier 2015 ;

[1218] V. aussi sur ce sujet GAILLARD (E.), « L'avenir des traités de protection des investissements », *in Ch. LEBEN (dir), Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, *op.cit.*, pp. 1027-1047, spéc. p. 1029.

[1219] Il faut, par ailleurs souligner dans le cadre du CETA les affaires vont être jugées non plus par des tribunaux arbitraux constitués à l'occasion de chaque litige, mais par un tribunal permanent composée de 15 arbitres, nommés pour des mandats de cinq ou dix ans par les autorités canadiennes ou européennes, ce qui est censé constituer une garantie pour la mise en place d'une juridiction plus impartiale et soucieuse des intérêts publics des Etats (v. art. 8.23-8.27). Un système d'appel comparable à celui prévu par les accords de l'OMC est également prévu (v. art. 8.28).

siège social réel sur le territoire de l'Etat de son incorporation, pour qu'elle soit reconnue comme nationale de ce dernier, peuvent également être cités comme exemple d'un point de bascule potentiel de la position des tribunaux sur ces questions[1220]. En outre, la tendance qui se dégage consistant pour les arbitres de chercher à déterminer quels sont les véritables titulaires d'un contrôle exercé sur une société lorsque sa nationalité est définie en fonction de celle des personnes détenant son capital, doit également être soulignée[1221].

983. Du côté de la pratique conventionnelles, les Etats ont pris l'habitude aujourd'hui de rajouter, dans le cadre des nouveaux traités qu'ils concluent, la clause de déni des avantages qui a pour effet d'empêcher les sociétés créées en vertu de la législation de l'un des Etats parties à ces accords de pouvoir agir à l'encontre d'un autre Etat partie, si elles sont contrôlées par des intérêts d'un Etat tiers, ou par des intérêts de l'Etat contre lequel elles souhaitent déposer une réclamation, et si elles n'exercent pas d'activités substantielles sur le territoire de leur incorporation. Cette deuxième condition est systématiquement prévue, même si comme nous avons eu l'occasion de l'indiquer précédemment[1222], certaines clauses de déni ne retiennent que la condition relative au contrôle étranger.

984. Toute cette évolution concernant les conditions de protection des investisseurs en droit international, et plus particulièrement des sociétés, est indispensable pour lutter contre les abus du système conventionnel existant, mais nous paraît insuffisante aux fins de garantir la viabilité et peut-être même la survie de ce dernier. Une redéfinition complète de la perception de la notion de personne morale en droit international, guidée par le prérequis selon lequel elle n'est qu'un « moyen d'atteindre les objectifs économiques de ses membres, les actionnaires, et que ceux-ci constituent la réalité qu'abrite la façade morale »[1223], doit être engagée. Une telle réflexion ne doit pas forcément aboutir au résultat que pour seul Etat de nationalité d'une société doit être désigné l'Etat de nationalité de ses ultimes associés. Une personne morale peut très bien être considérée comme juridiquement rattachée à plus d'un seul. Nous pensons plus particulièrement à

[1220] V. *supra*, Chapitre 3, Section 2, Par. 1, B). Il est également utile de rappeler ici que l'article X.3 a) du CETA définit la notion d'entreprise protégée comme étant toute société constituée ou organisée conformément à la législation de l'une des Partie à l'accord qui exerce des activités commerciales substantielles sur le territoire de cette Partie.
[1221] V. *supra*, Chapitre 7, Section 1, Par 2, B).
[1222] V. *supra*, Chapitre 8, Secion 1, Par 2, A).
[1223] C'était l'un des arguments présentés par la Belgique dans l'affaire de *la Barcelona Traction*, CIJ, arrêt de 1970, *op.cit.*, p. 35, § 45.

celui où elle est incorporée et où elle exerce une activité économique réelle d'une part, mais aussi à l'Etat de nationalité ou de résidence des personnes qui exercent un contrôle sur elle, d'autre part. Lorsque les titres d'une telle société sont répartis entre les mains de plusieurs individus ayant des nationalités différentes, l'Etat où se situe le centre de décision de l'ensemble du groupe dont cette société fait partie pourrait également être désigné pour l'un des Etats d'allégeance de celle-ci. Toutefois, dans le cadre d'un groupe d'entreprises multinational, l'une de ses composantes, même si elle est incorporée et exerce des activités économiques réelles sur le territoire d'un Etat partie à un traité, ne devrait pas pouvoir s'appuyer sur son rattachement au territoire de ce dernier pour agir en protection d'un investissement qu'elle détient sur le territoire d'un autre Etat partie au traité, lorsqu'il découle de la manière dont cet investissement est réalisé et est géré, que cette société a été choisie pour être titulaire de celui-ci uniquement pour pouvoir invoquer la protection d'une convention conclue entre l'Etat de son incorporation et l'Etat d'accueil d'un tel investissement en cas de la survenance d'un litige concernant cette opération.

Bibliographie

I. DOCTRINE
Ouvrages et monographies
Articles et contributions
II. JURISPRUDENCE
Cour permanente de Justice internationale
Cour internationale de Justice
Autres juridictions internationales
Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements
Arbitrage sous règlement CNUDCI
Institut d'arbitrage de la Chambre de Commerce de Stockholm
Tribunal irano-américain des réclamations
Arbitrages autres
Juridictions françaises
III. SOURCES NORMATIVES
Sources internationales
Sources nationales
IV. TRAVAUX, RAPPORTS ET PROJETS
Rapports de la CNUCED
Travaux de la Commission du droit international
CIRDI
Institut de droit international
OCDE
UE
Sénat français
Autres textes normatifs internationaux

I. DOCTRINE

Ouvrages et monographies

- A -

AGHAHOSSEINI (M.), *Claims of Dual Nationals and the Development of Customary International Law*, Leiden, Pays-Bas, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, 302 p.

ALVAREZ (J.E.), *The Public International Law Regime Governing International Investment*, La Haye, Hague Academy of International Law, 2011, 502 p.

ANDENAS (M.), WOOLDRIDGE (F.), *European Corporative Company Law*, United Kingdom, Cambridge University Press, 2009, 561 p.

ARAKELLIAN (R.), *La notion de contrôle*, Thèse dactylographiée, Université Paris V, Paris, 2000, n°1, 496 p.

- B -

BAR-YAACOV (N.), *Dual Nationality*, Londres, Stevens and Sons, 1961, 297 p.

BASTID (S.), DAVID (R.), DROBNING (U.), LUCHAIRE (F.) [et al.], *La personnalité morale et ses limites*, p. VI., Paris, 1960, L.G.D.J., 286 p.

BELLO (A.), *Derecho internacional*, Caracas, Ministerion de Educacion, 1954, 689 p.

BEN HAMIDA (W.), *L'arbitrage transnational unilatéral : réflexions sur une procédure réservée à l'initiative d'une personne privée contre une personne publique,* Paris, 2003, thèse de doctorat soutenue à l'Université Paris 2 Panthéon-Assas, 728 p.

BENABENT (A.), *Droit civil. Les obligations*, Montchrestien, Paris, 12ème édition, 2010, 718 p.

BOGERT (G.G.), *Handbook on the Law of Trusts*, St. Paul (USA), West Publishing Co., 3ème édition, 1952, 804 p.

BORCHARD (E.), *Diplomatic Protection of Citizens Abroad*, New York, The Banks Law Publishing Co., 1927, 988 p.

BROCHES (A.), *Selected Essays: World Bank, ICSID, and Other Subjects of Public and Private International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, 1995, 545 p.

BROWER (Ch.N.), BRUESCHKE (J.D.), *The Iran-United States Claims Tribunal*, La Haye, Pays-Bas, Martinus Nijhoff Publishers, 1998, 931 p.

BROWNLIE (I.), *Principles of Public International Law*, New York, Oxford University Press, 7ème édition, 2008, 784 p.

BUNGENBERG (M.), GRIEBEL (J.), HOBE (S.), REINISCH (A.), *International Investment Law. A Handbook*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2015, 1952 p.

BURRIEZ (D.), *Le droit d'action individuelle sur le fondement des traités de promotion et de protection des investissements*, thèse de doctorat de l'Université Paris 2 soutenue en 2014, 547 p.

- C -

CALVO (C.), *Le droit international théorique et pratique*, Paris, Rousseau, 5ème édition, vol. 1, 1896, 595 p.

CARABIBER (C.), *Les juridictions internationales de droit privé*, Neuchâtel, Editions de la Baconnière, 1947, 374 p.

CARREAU (D.), JUILLARD (P.), *Droit international économique*, 5e éd., Paris, Dalloz, 2013, 802 p.

CARREAU (D.), MARRELLA (F.), *Droit international*, Paris, Pedone, 11ème édition, 2012 , 733 p.

CHENG (B.), *General Principles of Law as applied by International Courts and Tribunals*, RU, Cambridge University Press, 1994, 490 p.

COLAS (B.), *L'OCDE et l'évolution du droit international de l'économie et de l'environnement*, Editions OCDE, 398 p.

COMBACAU (J.), SUR (S.), *Droit international public*, Paris, Montchrestien, 10ème édition, 2012, 820 p.

CORBISIER (I.), *Droit des sociétés. Tableau comparatif des droits luxembourgeois, belge et français et textes légaux luxembourgeois*, Bruxelles, Bruylant, 2000, 733 p.

CORNU (G.), sous la direction de, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 11ème édition, 2016, 1101 p.

COUVEINHES (F.), *L'effectivité en droit international public*, 2011, thèse de doctorat soutenue à l'Université Paris II « Panthéon-Assas », sous la direction de ALLAND (D.), 798 p.

- D -

DAILLER (P.), FORTEAU (M.), PELLET (A.), *Droit international* public, Paris, L.G.D.J., 8ème édition, 2009, 1709 p.

DOLZER (R.), SCHREUER (Ch.), *Principles of International Investment Law*, 2e éd., Oxford, Oxford University Press, 2012, 417 p.

DOLZER (R.), STEVENS (M.), *Bilateral Investment Treaties*, La Haye, Martinus Nijhoff, 1995, 330 p.

DOUGLAS (Z.), *The International Law of Investment Claims*, Cambridge University Press, 2009, 616 p.

DUPUY (P.-M.), KERBRAT (Y.), *Droit international public*, Paris, Dalloz, 10ème édition, 2010, 916 p.

- G -

GAILLARD (E.), *La jurisprudence du CIRDI*, Vol II, Paris, Pedone, 2010, 750 p.

GERMAIN (M.), MAGNIER (V.), *Traité du droit des affaires. Les sociétés commerciales*, L.G.D.J., Paris, 20ème édition, 2011, p. 140, 1082 p.

GOLDMAN (B.), FRANCESCAKIS (Ph.), *L'entreprise multinationale face au droit*, Paris, Librairies techniques, 1977, 453 p.

- H -

HAINNAUTH-HAMMENDE (P.), RAUCQ (G.), *Les sociétés anonymes : La constitution de la société*, Bruxelles, Larcier, 1994, p. 195, 399 p.

HENNEBEL (L.), *La convention américaine des droits de l'homme : Mécanismes de protection et étendue des droits et libertés*, Bruylant, Bruxelles, 2007, 737 p.

HOCHEPIED (J-P. de), *La protection diplomatique des sociétés et des actionnaires*, Paris, Pedone, 1965, 274 p.

- J -

JENNINGS (R.Y.), WATTS (A.) (sous la direction de), *Oppenheim's International Law*, Londres, Longman, 9ème édition, 1992, 1575 p.

JENKS (C.W.), *The Prospects of International Adjudication*, Londres, Stevens and sons, 1964, 805 p.

JOSEPH (C.), *Diplomatic Protection and Nationality : The Commonwealth of Nations*, Gateshead, Nortumberland Press, 1968, Thèse de doctorat, Université de Genève, 298 p.

- K -

KOLB (R.), *La bonne foi en droit international public. Contribution à l'étude des principes généraux de droit*, Paris, PUF, 2000, 756 p.

- L -

LA FONTAINE (H.), *Paisicrisie internationale (1794-1900)*, La Haye, Martinus Nijhoff Publishers (réédition avec une préface de P.M. EISEMANN), 1997, 670 p.

LAPRADE (F.M.), *Concert et contrôle*, Paris, Joly, 2007

LAPRADELLE (A.G. de) et POLITIS (N.), *Recueil des arbitrages internationaux,* 1923, vol. II, 1051 p.

LAVIEC (J-P.), *Protection et promotion des investissements. Etude de droit international économique*, Paris, PUF, 1985, 331 p.

LEBEN (Ch.) (dir.), *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement. Nouveaux développements*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2006, 396 p.

LE CANNU (P.), DONDERO (B.), *Droit des sociétés,* Montchrestien, Paris, 4ème édition, 2012, 1072 p.

LEVY (L.), *La nationalité des sociétés*, Paris, L.G.D.J., 1984, 319 p.

LUFF (D.), *Le droit de l'Organisation mondiale du commerce. Analyse critique*, Bruxelles, BRUYLANT/L.G.D.J., 2004, 1277 p.

- M -

MARTIN (A.), *Estoppel en droit international public : précédé de la théorie de l'estoppel en droit anglais*, Paris, Pedone, 1979, 384 p.

MOORE (J.B.), *A Digest of International Law*, vol. VI, Washington, Government Printing Office, 1906, 1064 p.

MOORE (J.B.), *International Arbitrations*, t. III, 1898

MÜLLER (D.), *La protection de l'actionnaire en droit international. L'héritage de la Barcelona Traction*, Paris, Pedone, 2015, 517 p.

- N -

NANTEUIL (A. de), *Droit international de l'investissement*, Paris, Pedone, 2014, 432 p.

- O -

O'CONNEL (D.P.), *International Law*, Londres, Stevens & Sons Ltd, 2ème édition, 1970, 2 volumes, 1278 p.

ONGUENE ONANA (D.E.), *La compétence en arbitrage international relatif aux investissements et de nationalité devant le CIRDI*, Bruylant, Bruxelles, 2012, 660 p.

- P -

PANICO (P.), *International Trust Laws*, New York, Oxford University Press, 2010, 609 p.

- R -

REUTER (P.), *Le développement de l'ordre juridique international*, Economica, Paris, 1995, 643 p.

RIPINSKY (S.), WILLIAMS (K.), *Damages in International Investment Law*, British Institute of international and comparative law, Londres, 2008, 561 p.

RIVIER (R.), *Droit international public*, Paris, PUF, 2ème édition, 2012, 623 p.

ROUSSEAU (Ch.), *Droit international public*, Paris, Sirey, 1963, 752 p.

- S -

SALEILLES (R.), *De la personnalité juridique : histoire et théories : vingt-cinq leçons d'introduction à un cours de droit comparé sur les personnes juridiques*, paru en 1910 et réédité en 2003 par Éditions la Mémoire du Droit, Paris, 678 p.

SALMON (J.), (dir), *Dictionnaire de droit international public*, Bruylant, Bruxelles, 2001, 1198 p.

SANTULLI (C.), *Droit du contentieux international*, Paris, Montchrestien, 2005, 584 p.

SANTULLI (C.), *Irrégularités internes et efficacité internationale de la nationalité*, Paris, L.G.D.J., 1995, 97 p.

SANTULLI (C.), *Le statut international de l'ordre juridique étatique*, Paris, Pedone, 2001, 540 p.

SCELLE (G.), *Précis de droit des gens : principes et systématique*, Paris, Dalloz, 2008, réédition du volume I paru initialement en 1932 aux éditions Sirey, 312 p.

SERAGLINI (Ch.), ORTSCHEIDT (J.), *Droit de l'arbitrage interne et international*, Paris, Montchrestien, 2013, 948 p.

SCHREUER (Ch.), MALINTOPPI (L.), REINISCH (A.), SINCLAIR (A.), *The ICSID Convention : A commentary*, UK, Cambridge, 2ème édition, 2009, 1596 p.

SERAGLINI (Ch), ORTSCHEIDT (J.), *Droit de l'arbitrage interne et international*, Paris, Montchrestien, 2013, 948 p.

SORNARAJAH (M.), *The international law on foreign investment*, New York, Cambridge University Press, 2ème édition, 2004, 525 p.

SUBEDI (S.P.), *International Investment Law. Reconciling Policy and Principle*, Hart Publishing, Portland, Oregon, Etats-Unis d'Amérique, 2012, 2ème édition, 232 p.

- T -

TOURNIER (A.), *La protection diplomatique des personnes morales*, Paris, L.G.D.J., 2013, 645 p.

- V -

VANDEVELDE (K.J.), *U.S. International Investment Agreements,* New York, Oxford University Press, 2009, 884 p.

VAN PANHUYS (H.F.), *The Role of Nationality in International Law*, Leyden, A.W. SUTHOFF , 1959, 256 p.

VATTEL (E. de), *Le Droit des gens ou principes de la loi naturelle appliqués à la conduite & aux affaires des Nations & des Souverains,* Londres, 1758 rééditée, Genève, Slatkine Reprints,1983, t. 1, L.II

VERHOEVEN (J.), *Droit international public*, Larcier, Bruxelles, 2000, 856 p.

VISSCHER (Ch. de), *Les effectivités du droit international public*, Paris, Pedone, 1967, 692 p.

VISSCHER (Ch. de), *Théories et réalités en droit international public*, Paris, Pedone, 1953, 467 p.

- W -

WEIS (P.), *Nationality and Statelessness in International Law*, Alphen den Rijn, Sijthoff a. Noordhoff, 1979, 321 p.

WYLER (E.), *La règle dite de la continuité de la nationalité*, Paris, Presses Universitaires de France, 1990, 295 p.

Articles et contributions

- A -

ACCONI (P.), « Determininig the Internationally Relevant Link between a State and a Corporate Investor : Recent Trends concerning the Application of the « Genuine Link » Test », *Journal of World Investment & Trade*, 2004, pp. 139-175

AGUIRRE LUZI (R.), LOVE (R.), « Individual Nationality in Investment Treaty Arbitration: the Tension between Customary International Law and « lex specialis », in BJORKLAND (A.K.), LAIRD (I.A.), RIPINSKI (S.), (sous la direction de) *Investment Treaty*

Law: Current Issues III, Londres, *British Institute of International and Comparative Law*, 2008, pp. 181-207

ALEXANDROV (S.), « The "Baby boom" of Treaty-Based Arbitrations and the Jurisdiction of ICSID Tribunals : Shareholders as "Investors" and Jurisdiction *Ratione Temporis* », *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, Koninklijke Brill NV, Leiden, Pays-Bas, vol. 4, n° 1, 2005, pp. 19-59

ALVAREZ (J. E.), « Contemporary Foreign Investment Law : an "Empire of Law" or the "Law of an Empire" ?», *American University International Law Review*, 2009, pp. 811-842

ASCENSIO (H.), « Abuse of Process in International Investment Arbitration », *Chinese Journal of International Law*, vol.13, n°4, 2014, pp. 763-785

ASCENSIO (H.), Rapport introductif, *in* GHERARI (H.), KERBRAT (Y.) (sous la direction de), *L'entreprise dans la société internationale*, Les journées du CERIC – Aix-en-Provence, Colloque des 11 et 12 décembre 2008, Paris, Pedone, 2010, pp. 13-41

- B -

BANIFATEMY (Y.), JACOMY (E.), « Compétence et recevabilité dans le droit de l'artbitrage en matière d'investissements », *in Charles LEBEN (dir) Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Paris, Pedone, 2015, pp. 773-812

BASTID (S.), « La décision de la Commission de conciliation italo-américaine dans l'affaire Flegenheimer (Etats-Unis c. Italie), *Annuaire français de droit international*, vol. 5, 1959, pp. 313-321

BASTID (S.), « L'affaire Nottebohm devant la Cour internationale de Justice », *Revue critique de droit international privé*, 1956, pp. 607-633

BASTID (S.) et LUCHAIRE (F.), « La condition juridique internationale des sociétés constituées par des étrangers », *La personnalité morale et ses limites. Etudes de droit comparé et de droit international public*, Paris, L.G.D.J, 1960, pp. 159-167

BECKETT (W.), « Diplomatic Claims in Respect of Injuries to Companies », *Transactions of the Grotius Society*, 1931, pp. 175-194

BEDERMAN (D.J.), « Eligible Claimants Before the Iran-United States Claims Tribunal », *in LILLICH (R.B.) et MAGRAW (D.B) (dir) The Iran-United States Claims Tribunal : Its Contribution to the Law of State Responsibility*, Irvington-on-Hudson, Etat de New York, Transnational Publishers, pp. 47-79

BEN HAMIDA (W.), « Investissements internationaux et arbitrage », *Cahiers de l'arbitrage*, 2010, n°4, pp.390-399

BEN HAMIDA (W.), « La clause relative à l'exclusion des avantages (Denial of benefits clause) », in FADLALLAH (I.), TEYNIER (E.) (dir.) « Investissements internationaux et arbitrage », *Cahiers de l'arbitrage*, vol. 4, 2010, pp. 1056-1069

BEN HAMIDA (W.), « La notion d'investisseur : les nouveaux défis de l'accès des personnes physiques au CIRDI », *Cahiers de l'Arbitrage.* 2007, pp. 17-23

BEN HAMIDA (W.), « L'arbitrage Etat-investisseur face à un désordre procédural : la concurrence des procédures et les conflits de juridiction », *Annuaire français de droit international*, vol. 51, 2005, pp. 564-602

BERLIA (G.), « Contribution à l'interprétation des traités », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 114, 1965, pp. 287-331

BINDSCHEDLER (R.L.), « La protection de la propriété privée en droit international public », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1956-II, vol. 90, pp. 173-306

BORCHARD (E.M.), « La protection diplomatique des nationaux à l'étranger », rapport à l'Institut de droit international, *in Annuaire de l'Institut de droit international*, 1931-II, Session de Cambridge, pp. 256-435

BOTTINI (G.), « Indirect claims under the ICSID Convention », *University of Pennsylvania* Journal *of International Law*, 2008, vol. 29, pp. 563-639

BRIGGS (H.G.), « La protection diplomatique des individus en droit international : la nationalité des réclamations », *Annuaire de l'Institut de droit international*, 1965, vol. 51-1, pp. 5-225

BROCHES (A.), « The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 136, 1972, pp. 331-410

BROWER (Ch.), SHARPE (J.), « Multiple and Conflicting International Arbitral Awards », *Journal of World Investment & Trade*, 2003, pp. 211-222

BROWNLIE (I.), « The Relations of Nationality in Public International Law », *British Yearbook* of *International Law,* vol. 39, 1963, pp. 284-364

BURDEAU (G.), « Nouvelles perspectives pour l'arbitrage dans le contentieux économique intéressant les Etats », *Revue de l'arbitrage*, 1995, pp. 3-37

BURGSTALLER (M.), « Nationality of Corporate Investors and International Claims Against the Investor's own State », *Journal of World Investment & Trade*, 2006, pp. 857-881

BURRIEZ (D.), « La clause de déni des avantages et l'accès à l'arbitrage en matière d'investissement », *in Arnaud de Nanteuil (dir) L'accès de l'investisseur à la justice arbitrale. Réflexions sur la procéduralisation du droit international de l'investissement*, Paris, Pedone, 2015, pp. 61-90

- C -

CAFLISCH (L.), « La pratique suisse de la protection diplomatique, *in* FLAUSS (J.-F.), (dir.) *La protection diplomatique – Mutations contemporaines et pratiques nationales*, Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 73-87

CAFLISCH (L.), *La protection des sociétés commerciales et des intérêts indirects en droit international public*, Nijhoff, La Haye, 1969, 287 p.

CARABIBER (C.), « L'arbitrage international entre gouvernements et particuliers », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1950-I, vol. 76, pp. 217-318

CASTEL (N.), LAPRADELLE (A.G. de), « Les entreprises », *in Droit de l'économie internationale*, Paris, Pedone, 2004, pp. 67-76

CAZALA (J.), « La défiance étatique à l'égard de l'arbitrage investisseur-Etat exprimée dans quelques projets et instruments conventionnels récents », *Journal du droit international*, 2017, n°1, p. 81-98

CAZALA (J.), « La dénonciation de la convention de Washington établissant le CIRDI », *Annuaire français de droit international*, 2012, pp. 551-565

COMBACAU (J.), « L'opposabilité et la preuve de la nationalité de l'Etat en droit international », *Droit international et nationalité*, Colloque organisé par la SFDI à Poitiers du 9 au 11 juin 2011, Paris, Pedone, 2012, pp. 94-118

CONDORELLI (L.), *in* PETTITI (L.-E.), DECAUX (E.), IMBERT (P.-H.) (dirs), *La convention européenne des droits de l'homme : commentaire article par article*, Economica, Paris, 2ème éd., 1999, 1230 p.

COURET (A.), « Retour sur la notion de contrôle », *Revue de jurisprudence de droit des affaires*, 1998

- D -

DAILLIER (P.), BENLOLO (M.), DUMEE (M.), ROBERT (A.), MÜLLER (D.), « Tribunal irano-américain des réclamations », Chronique n°2, *Annuaire français de droit international*, 2000, pp. 326-379

DAILLIER (P.), SZUREK (S.), GHERARI (H.), MÜLLER (D.), « Tribunal irano-américain de réclamations », *Annuaire français de droit international*, 1999, pp. 515-553

DAVID (R.), « Rapport général », *in La personnalité morale et ses limites. Etudes de droit* comparé *et de droit international public*, Paris, L.G.D.J., 1960, 25 p.

DAWSON (F.G), « The influence of Andrés Bello on Latin-American Perceptions of Non and State Responsability », *The British Yearbook of International Law*, 1986, pp. 253-315

DOUGLAS (Z.), « The Hybrid Foundations of Investment Treaty Arbitration », *British Yearbook of International Law*, vol. 74, n°1, 2003, pp. 151-289

DOUGLAS (Z.), « The Plea of Illegality in Investment Treaty Arbitration », *ICSID Review*, 2014, vol. 29, n°1, pp. 155-186

DUBIN (L.), « L'entreprise multinationale, de la fragmentation à la reconstruction par le droit international », Rapport introductif *in L'entreprise multinationale et le droit international*, Actes du colloque de la Société française de droit international qui s'est tenu à l'Université Paris 8 Vincennes-Saint Denis du 19 au 21 mai 2016, Paris, Pedone, 2017, pp. 13-56

DUCHESNE (M.), « The Continuos-Nationality-Of-Claims Principe : its historical Development and Current Relevance to Investor-State Investment Disputes », *George Washington International Law Review*, vol. 36, n°4, 2004, pp. 783-815

DUPUIS (C.), « Règles générales du droit de la paix », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1930, t. 32, pp. 5-290

- F -

FADLALLAH (I.), « La nationalité de l'investisseur dans l'arbitrage CIRDI », *Gazette du Palais*, 2008, pp. 2054-2058

FATOUROS (A.A.), « Problèmes et méthodes d'une réglementation des entreprises multinationales », *Journal du droit international*, 1974, pp. 495-521

FOCSANEANU (L.), « Les sociétés commerciales dans les projets et propositions de conventions internationales multilatérales tendant à la protection de la propriété étrangère », *in La personnalité morale et ses limites. Etudes de droit comparé et de droit international public*, Paris, L.G.D.J., 1960, pp. 243-269

FORTEAU (M.), « Nationalité des investisseurs personnes physiques et nationalité des investisseurs personnes morales, actionnaires (minoritaires), *in* Ch. LEBEN, (sous la direction de), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Paris, Pedone, 2015, pp. 161-197

FROUVILLE (O. de), « Affaire *Ahmadou Sadio Diallo* (République de Guinée *c.* République démocratique du Congo). Exceptions préliminaires : le romain inachevé de la protection diplomatique », *Annuaire français de droit international*, 2007, pp. 291-327

- G -

GAILLARD (E.), BANIFATEMI (Y.), « The meaning of "and" in Article 41(1), Second Sentence, of the Washington Convention: The Role of International Law in the ICSID choice of Law Process », *ICSID Review*, 2003, pp. 375-411

GAILLARD (E.), « L'avenir des traités de protection des investissements », *in* Ch. LEBEN (sous la direction de), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Paris, Pedone, 2015, pp. 1027-1047

GAILLARD (E.), MCNEILL (M.), « The Energy Charter Treaty », *Arbitration under international investment agreements. A Guide to the Key issues*, sous la direction de YANNACAY-SMALL (K.), Oxford, 2012, pp.37-62

GAUTRON (J-C.), « Les conventions d'établissement conclues par le Sénégal avec des entreprises », *Annuaire français de droit international*, vol. 14, 1968, pp. 654-670

GOLDMAN (B.), « La nationalité des sociétés dans la Communauté économique européenne », *Travaux du comité français de Droit international privé*, 1966-1969, pp. 215-243

- H -

HAERSOLTE VAN HOF (J.J.), HOFFMANN (A.K.), « The relationship between international tribunals and domestic courts », *in* MUCHLINSKI (P.), ORTINO (F.) et SCHREUER (Ch.) (sous la direction de), *Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford, OUP, 2008, pp. 962-1007

HIGGINS (R.), « The Taking of Property by the State : Recent Developments in International Law », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1982-III, vol. 176, pp. 263-391

- J -

JUILLARD (P.), « A propos du décès de l'A.M.I. », *Annuaire français de droit international*, vol. 44, 1998, pp. 595-612

JUILLARD (P.), « Les conventions bilatérales d'investissement conclues par la France », *Journal du droit international*, vol. 106, 1979, pp. 274 -325

JUILLARD (P.), « L'évolution des sources du droit des investissements », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 250, 1994, pp. 9-216

- K -

KARL (J.), « The Promotion and Protection of German Foreign Investment Abroad », *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, 1996, pp.1-36

KLEIN (P.), « La protection diplomatique des doubles nationaux » : reconsidération des fondements de la règle de non-responsabilité », *Revue belge de droit international*, 1988, pp. 184-221

KNAPP (B.), « Quelques considérations sur la jurisprudence de la Cour internationale de justice en matière de nationalité », *Annuaire suisse de droit international*, 1960, pp.147-178

- L -

LAGRANGE (E.), « L'application des accords relatifs à l'investissement dans les ordres juridiques internes », *in* ROBERT – CUENDET (S.) (sous la direction de), *Droit des investissements internationaux. Perspectives croisées*, Bruxelles, Bruylant, 2017, pp. 497-526

LALIVE (P.), « The First World Bank Arbitration », *British Yearbook* of *International Law*, 1980, pp. 123-161

LARROUMET (C.), « La loi du 19 février 2007 sur la fiducie. Propos critiques », *Recueil Dalloz*, 2007, n°20, pp.1350-1353

LATTY (F.), « Le point de vue du droit international des investissements », *in La mise en œuvre de la* lex specialis *dans le droit international contemporain*, Société Française pour le Droit International, Journée d'études de Lille du 16 novembre 2015, Pedone, Paris, 2017, pp. 117-132

LEBEN (Ch.), « Droit international des investissements : un survol historique », *in* Ch. LEBEN (sous la direction de) *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Paris, Pedone, 2015, pp. 1-82

LEBEN (Ch.), « La théorie du contrat d'Etat et l'évolution du droit international des investissements », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 302, 2003, pp. 197-386

LEBEN (Ch.), « Les investissements miniers dans les pays en développement », *Journal du droit international*, 1986, pp. 895-957

LEE (E.G.), « Canadian Practice in International Law during 1973 as Reflected Mainly in Public Correspondence and Statements of the Department of external Affairs », *Canadian Yearbook of International Law*, vol. 12, 1974, pp. 272-303

LEE (L.J.), « Barcelona *Traction* in the 21st Century : Revisiting its Customary and Policy Underpinnings 35 Years later », *Stanford Journal of International Law*, 2006, vol. 42, n°2, pp. 237-289

LILLICH (R.), « The rigidity of Barcelona », *American Journal of International Law*, vol. 65, 1971, pp. 522-532

LOUSSOUARN (Y.), « La condition des personnes morales en droit international privé », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 96, 1959-I, pp.443-552

LUTTER (M.), « Limited Liability Companies and Private Comanies », *in International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. XIII (Business and Privare Organizations), Mohr Siebeck, Tübingen, 1998, pp. 25-29

- M -

MAKAROV (A.N.), « Règles générales du droit de la nationalité », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 74, 1949, pp. 269-371

MANN (F.A.), « The Law Governing State Contracts », *British Yearbook of International Law*, 1994, pp. 11-33

MANCIAUX (S.), *Investissements étrangers et arbitrage entre Etats et ressortissants d'autres Etats*, Paris, Litec, 2004, 727 p.

MANIRUZZAMAN (A.F.M.), « The Relevance of public International Law in Arbitrations Concerning International Economic Development Agreements », *Journal of World Investment & Trade*, 2005, n°2, pp. 263-296

MAURY (J.), « Du conflit de nationalités et en particulier du conflit de deux nationalités étrangères devant les autorités et les juridictions françaises » *in Mélanges Georges Scelle*, Paris, L.G.D.J, 1950, t. 1, pp. 365-395

MAURY (J.), « L'arrêt Nottebohm et la condition de nationalité effective », *Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, vol. 23, 1958, pp. 515-534

MAYER (P.), HEUZE (V.), *Droit international privé,* Paris, Montchrestien, 10ème édition, 2010, 820 p.

MAYER (P.), SIMOES E SILVA (A.C.), « Le consentement à l'arbitrage », *in* Ch. LEBEN (sous la direction de) *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Paris, Pedone, 2005, pp. 671-726

MCLACHLAN (C.), « *Lis Pendens* in International Litigation », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye,* vol. 336, 2008, pp. 201-553

MENDELSON (M.), « The Runaway Train : the "Continuous Nationality Rule" From the *Panevezys-saldutiskis Railway* case to *Loewen* », *International Investment Law and Arbitration. Leading Cases from ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*, Londres, Cameron May Ltd, 2005, pp. 97-149

METZGER (S.), « Nationality of corporate investment under investment guaranty schemes : the relevance of Barcelona Traction », *American Journal of International Law*, vol. 65, 1971, pp. 532-541

MICHEL (R.), *Le contrôle économique des sociétés et ses rapports avec leur nationalité*, Thèse, Société Française d'Imprimerie, Poitiers, 1923, 198 p.

- N -

NANTEUIL (A. de), « La clause denial of benefits», partie de la chronique FADLALLAH (I.), LEBEN (Ch.), TEYNIER (E.) (dir.), « Investissements internationaux et arbitrage », *Les Cahiers de l'arbitrage*, 2012, n°4, pp.913-919

NASH LEICH (M.), « Contemporary practice of the United States relating to international law », *American Journal of International Law*, vol. 84, 1990, pp. 536-549

NIBOYET (J.-P.), « Existe-t-il vraiment une Nationalité des sociétés », *Revue de droit international privé*, vol. 22, 1927, pp. 402-417

NIKIEMA (S.H.), « Bonnes pratiques. Définition de l'investisseur », Institut international du développement durable, 2012, 24 p.

- O -

OHLY (D.Ch.), « A Functional Analysis of Claimants Eligibility », *in LILLICH (R.) (sous la direction de), State Responsibility for Injuries to Aliens* », Charlottesville, University Press of Virginia, 1983

- P -

PAULSSON (J.), « Arbitration without Privity », *ICSID Review*, 1995, pp. 232-257

PERRIN (G.), « Les conditions de validité de la nationalité en droit international public », *Recueil d'études de droit international en hommage à Paul Guggenheim*, Paris, Institut universitaire de hautes études, 1968, pp. 853-887

PELLET (A.), « Le projet d'articles de la C.D.I. sur la protection diplomatique : une codification pour (presque) rien », *in La promotion de la justice, des droits de l'homme et du règlement des conflits par le droit international.* Liber Amicorum *Lucius CAFLISCH*, dirigé par KOHEN (M.G.), Leiden, Pays-Bas, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, pp. 1133-1155

PETIT (N.), *Droit européen de la concurrence*, Montchrestien, Paris, 2013, 684 p.

PINSOLLE (Ph.), « Distinction entre le principe de l'estoppel et le principe de bonne foi », *Journal du droit international*, 1998, p. 905-932

PINSOLLE (Ph.), « The dispute resolution provisions of the Energy Charter Treaty », *International Arbitration Law Review*, 2007, vol.3, pp.82-91

PINTO (R.), « Les problèmes de nationalité devant le juge international à propos de l'affaire Flegenheimer », *Annuaire français de droit international*, vol. 9, n°1, 1963, pp. 361-375

POULAIN (B.), « La clause de déni des avantages du traité sur la Charte de l'énergie (TCE) : une disposition vidée de tout intérêt par la jurisprudence arbitrale », in FADLALLAH (I.), LEBEN (Ch.), TEYNIER (E.), (dir.), « Investissements internationaux et arbitrage », *Gazette du Palais,* 2009, n°349, pp. 37-40

- R -

RAMBAUD (P.), « Des obligations de l'Etat vis-à-vis de l'investisseur étranger (Sentence *AAPL C. SRI LANKA*) », *Annuaire français de droit international*, vol. 38, 1992, pp. 501-510

REUTER (P.), « Réflexion sur la compétence du centre créé par la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et Ressortissants d'autres Etats », *in Investissements étrangers et Arbitrage entre Etats et personnes privées*. *La Convention B.I.R.D. du 18 mars 1965*, Paris, Pedone, 1969, pp. 9-24

REZEK (J.-F.), « Le droit international de la nationalité », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 198, 1986-III, pp. 333-400

RIGAUX (F.), « Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale. Cours de droit international privé », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1989-I, p. 339, pp.9-407

RIVIER (R.), « La multiplication des recoures : consolidation, *res iudicata* et litispendance », *La procédure arbitrale relative aux investissements internationaux. Aspects récents*, Anthemis, Louvain-la-Neuve, Belgique, 2010, pp. 85-114

RODE (Z.R.), « Dual nationals and the doctrine of dominant nationality », *American Journal of International Law*, 1959, p. 139 -144

ROOT (V.E.), « The Basis of Protection to Citizens Residing Abroad », *American Journal of International Law*, 1910, pp. 517-528

ROUGEAUX (J.-P.), « Les renvois du droit international au droit interne », *Revue générale de droit international public*, 1977, pp. 361-385

RUBINS (N.), « Les pays exportateurs de capitaux comme défendeurs dans l'arbitrage relatif à l'investissement : l'affaire *Loewen c. Etats-Unis* », *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement*, sous la direction de Charles LEBEN, Louvain-la-Neuve, Anthémis, 2006, pp. 237-280

- S -

SALVIOLI (G.), « Les règles générales de la paix », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, t. 46, 1933, pp. 5-163

SCHLEMMER (E.C.), « Investment, Investor Nationality, and Shareholders », *in* MUCHLINSKI (P.), ORTINO (F.), SCHREUER (Ch.) (dir.), *The Oxford Handbook of International Investment* Law, Oxford, 2008, pp. 55-62

SCHMIDT (D.), « Les définitions du contrôle d'une société », *Revue de jurisprudence commerciale*, 1998, pp.9-14

SCHMIDT (D.), « Les opérations de portage de titres de sociétés », *in Les opérations fiduciaires*, Colloque de Luxembourg des 20 et 21 septembre 1984, Paris, L.G.D.J., 1985, pp. 31 et s.

SCHOLEFIELD (C.), « Le trust anglo-américain », *Revue de droit bancaire et de la bourse*, 1996, pp. 132-136

SCHREUER (Ch.), « Nationality of Investors : Legitimate Restrictions vs. Business Interests », *ICSID Review*, 2009, pp. 521-527

SCHREUER (Ch.), « Shareholder Protection in International Investment Law », *in* DUPUY (P.-M.), FASSBENDER (B.), SHAW (M.N.), SOMMERMANN (K.-P.) (dirs.), *Völkerrecht als Wertordnung : Festschrift für Christian Tomuschat*, N.P. Engel Verlag, Kehl, 2006, pp. 601-619

SCHWARZENBERGER (G.), « The Fundemental Principles of International Law », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1955, t. 87, pp. 195-385

SINCLAIR (A.), « ICSID's Nationality Requirement », *in* GRIERSON WEILER (T.J.) (sous la direction de), *Investment Treaty Arbitration and International Law*, Huntington (New York), JurisNet, 2008, pp. 85-118

SPOTA (D.G.), « Introductory Note to the Elettronica Sicula Case », *ICSID Review*, vol. 4, n°2, 1989, pp. 320-329

STERN (B.), « La protection diplomatique des investissements internationaux. De Barcelona Traction à Elettronica Sicula ou les glissements progressifs de l'analyse », *Journal du droit international,* 1990, pp. 897-948

STERN (B.), « Les questions de nationalité des personnes physiques et de nationalité et de contrôle des personnes morales devant le tribunal des différends irano-américains », *Annuaire français de droit international*, vol. 30, 1984, pp. 425-445

STORCK (M.), « Définition légale du contrôle d'une société en droit français », *Revue des sociétés*, 1986, pp. 385-404

STROOBANTS (J-P.), DUCOURTIEUX (C.), « Pourquoi les Wallons bloquent le CETA », *Le Monde*, 17 octobre 2016

- T -

THORN (R.), DOUCLEFF (J.), « Disregarding the Corporate Veil and Denial of Benefits Clauses : Testing Treaty Language and the Concept of Investor », *in* WAIBEL (M.) (sous la direction de), *The Backlash Against Investment Arbitration*, Alphen aan den Rijn, Kluwer law International, 2010, pp. 3-28

TOUZE (S.), « La notion de nationalité en droit international, entre unité juridique et pluralité conceptuelle. Rapport introductif », *Droit international et nationalité*, colloque de la SFDI à Poitiers du 9 au 11 juin 2011, Pedone, Paris, 2012, pp.11-37

TRAVERS (M.), « La nationalité des sociétés commerciales », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 33, 1930, pp. 1-109

- V -

VALASEK (M.J.), DUMEBRY (P.), « Developments in the Legal Standing of Shareholders and Holding Corporations in Investor-State Disputes », *ICSID Review*, vol. 26, n°1, 2011, pp. 34-75

VAN DER WEE (H.), « La politique d'investissement de la Société Générale de Belgique », 1822-1913 », *Histoire, économie et société*, vol.1, n°4, 1982, pp. 603-619

VAN HECKE (G.A. van), « Le projet de convention de l'OCDE sur la protection des biens étrangers », *Revue générale de droit international public*, 1964, pp. 641-664

VEEDER (V.V.), « The Lena Goldfields Arbitration : the Historical Roots of Three Ideas », *International & Comparative Law Quarterly*, vol. 47, n°4, 1998, pp. 747-792

VIGNES (D-H.), « Commission de conciliation italo-américaine, sentence du 10 juin 1955 : affaire Florence Mergé », *Annuaire français de droit international*, vol. 2, 1956, pp. 430-435

VIRALLY (M.), « Panorama du droit international contemporain. Cours général de droit international public », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 47, 1983, pp. 9-382

VISSCHER (Ch. de), « L'affaire Nottebohm », *Revue générale de droit international public*, vol. 60, 1956, pp. 238-266

VISSCHER (P. de), « Cours général de droit international public », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 136, 1972, pp. 1-202

VISSCHER (P. de), « La protection diplomatique des personnes morales », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 102, 1961, pp. 395-513

- W -

WALDE (Th.W.), SABAHI (B.), « Compensation, Damages and Valuation », *in* MUCHLINSKI (P.), ORTINO (F.), SCHREUER (Ch.) (dirs), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, 2008, pp. 1052-1123

WITENBERG (J.C.), « La recevabilité des réclamations devant les juridictions internationales », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 41, 1932-III, pp. 1-136

WITZ (C.), « La fiducie française face aux expériences étrangères et à la convention de La Haye relative au trust », *Recueil Dalloz*, 2007, n°20, pp. 1369-1374

WITZ (C.), « Rapport introductif », *Les opérations fiduciaires*, Colloque de Luxembourg des 20 et 21 septembre 1984, L.G.D.J., Paris, 1985, pp. 3 et s.

II. JURISPRUDENCE

Les affaires sont classées par ordre alphabétique

Cour permanente de Justice internationale

- *Certains intérêts allemands en Haute Silésie polonaise* (Allemagne c. Pologne), arrêt du 25 août 1925, Série A, n° 6
- *Chemin de fer Panevezys – Saldutiskis* (Estonie c. Lituanie), arrêt du 28 février 1939, Série AB, n°76
- *Compétence des tribunaux de Dantzig*, avis consultatif du 3 mars 1928, Série B, n° 15
- *Concessions Mavrommatis en Palestine* (Grèce c. Royaume-Uni), arrêt du 30 avril 1924, Série A, n°2, Recueil, 1924
- *Emprunts Brésilien* (France c. Brésil), arrêt du 12 juillet 1929, Série A, n° 20/21
- *Phosphates du Maroc*, arrêt sur les exceptions préliminaires du 14 juin 1938, Série A/B n° 74
- *Service postal polonais à Dantzig*, avis du 16 mai 1925, Série B, n° 11
- *Usine de Chorzow*, arrêt du 13 septembre 1928, Série A, n°17

Cour internationale de Justice

- *Ahmadou Sadio Diallo* (République de Guinée c. République Démocratique du Congo),
  - arrêt portant sur les exceptions préliminaires du 24 mai 2007, Recueil, 2007, p. 582.
  - arrêt portant sur le fond du 30 novembre 2010, Réc., 2010, p. 639
- *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgique c. Espagne)*, arrêt du 5 février 1970, Recueil, 1970, p. 3 et s.
- *Différend territorial entre la Libye et le Tchad*, arrêt du 3 février 1994, Rec., 1994, p. 6.
- *Nottebohm (Liechtenstein c. Gutemala)*, arrêt du 6 avril 1955, Recueil, 1955, p. 4 et s.
- *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)* (États-Unis d'Amérique c. Italie), arrêt du 20 juillet 1989, Recueil, 1989
- *Plates-formes pétrolières (Iran c. Etats-Unis)*, arrêt du 12 décembre 1996 sur les exceptions préliminaires, Rec. 1996, p. 803

Autres juridictions internationales

Cour de Justice de l'Union européenne

- *Zhu et Chen*, Affaire N° C-200/02, arrêt de l'assemblée plénière du 19 octobre 2004, Affaire N° C-200/02

Cour européenne des droits de l'homme

- *Agrotexim et autres c. Grèce*, arrêt du 24 octobre 1995, n° 14807/89, A330-A
- *Bramelid & Malström c. Suède*, décision du 12 octobre 1982, n°8588/79, Décisions et rapports, 29
- *Capital Bank AD c/ Bulgarie*, arrêt du 24 novembre 2005, requête n° 49429/99, Recueil des arrêts et décisions 2005-XII
- *OAO Neftyanaya kompaniya Yukos c. Russie*, n° de la requête 14902/04.
  - décision sur la recevabilité du 29 janvier 2009
  - arrêt sur le fond du 20 septembre 2011
  - arrêt sur la satisfaction équitable du 31 juillet 2014
- *Olczak c. Pologne*, décision du 7 novembre 2002, n°304217/96, Recueil des arrêts et décisions, 2002-X
- *Société S. et T. c. Suède*, décision du 11 décembre 1986, n° 11189/84, Décisions et Rapports, 50
- *Sovtransavto Holding c. Ukraine*, décision du 25 juillet 2002, Recueil des arrêts et décisions, 2002-VII
- *Sporrong et Lönnroth c. Suède*, arrêt du 23 septembre 1982, série A, n°52
- *Stankov et Organisation macédonienne unie Ilinden c/ Bulgarie*, 29 juin 1998, *décision sur la recevabilité, requête n°s 29221/95 et 29225/95*

De manière générale, les affaires arbitrales relatives au droit des investissements étrangers peuvent être consultées sur le site : www.italaw.com.

Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements

- *Abaclat et autres c. Argentine, Aff. n° ARB/07/5,* décision sur la compétence et la recevabilité du 4 août 2011
- *ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited c. Hongrie*, Aff. n° ARB/03/16, sentence arbitrale du 2 octobre 2006
- *African Holding company of Amercia c. République démocratique du Congo*, Aff. n° ARB/05/21, sentence sur les déclinatoires de compétence et la recevabilité du 29 juillet 2008
- *Aguas del Tunari S.A. c. Bolivie*, Aff. n° ARB/02/3, décision sur la compétence du 21 octobre 2005
- *Alpha Projektholding GmbH c. Ukraine*, Aff. n° ARB/07/16, sentence arbitrale du 8 novembre 2010
- *Antoine Goetz et consorts c. Burundi*, Aff. n° ARB/95/3, sentence du 10 février 1999
- *Amco Asia c. Indonésie*, Aff. n° ARB/81/1, sentence du 20 novembre 1984, *ILM*, 1984, vol. 23, pp. 351-383
- *Asian Agricultural Products Ltd (AAPL) c. Sri Lanka*, Aff. n° ARB/87/3, sentence du 27 juin 1990
- *Autopista Concesionada de Venezuela (Aucoven) c. Venezuela*, Aff. CIRDI n° ARB/00/5, décision sur la compétence du 27 septembre 2001
- *Azurix c. Argentine*, Aff. n° ARB/01/12, décision sur la compétence du 8 décembre 2003
- *Burimi SRL et Eagle Games SH.A c. Albanie*, Aff. n° ARB/11/18, sentence arbitrale du 29 mai 2013,
- *Camuzzi c. Argentine*, Aff. n°ARB/03/2, décision sur la compétence du 11 mai 2005
- *Cargill Inc c. Mexique*, Aff. n° ARB(AF)/05/2, sentence du 18 septembre 2009
- *CEAC Holdings Limited c. Monténégro*, Aff. n° ARB/14/8, sentence du 26 juillet 2016
- *Cemex Caracas Investments B.V. and Cemex Caracas II Investments B.V. c. Venezuela*, Aff. n° ARB/08/15, décision sur la compétence du 30 décembre 2010
- *Champion Trading Company Ameritrade International, Inc. James T. Wahba, John B. Wahba, Timothy T. Wahba c. Egypte*, Aff. n° ARB/02/9, décision sur la compétence du 21 octobre 2003
- *CMS Gaz Transmission Company c. Argentine*, Aff. n° ARB/01/8
  - décision sur la compétence du 17 juillet 2003
  - sentence arbitrale du 12 mai 2005
- *Compania de Aguas del Aconquija et Vivendi c. Argentine*, Aff. n° ARB/97/3, décision sur la compétence du 14 novembre 2005,

- *Consortium Groupement LESI-DIPENTA c. Algérie*, Aff. n° ARB/03/08, sentence du 10 janvier 2005
- *ConocoPhillips Petrozuata B.V., ConocoPhillips Hamaca B.V. et ConocoPhillips Gulf of Paria B.V. c. République bolivarienne du Venezuela [ConocoPhillips c. Venezuela], c. Venezuela*, Aff. n°ARB/07/30, décision sur la compétence et le fond du 3 septembre 2013
- *Corn Products International, Inc. c. Mexique*, Aff. n° ARB(AF)/04/01, décision sur la responsabilité du 15 janvier 2008
- *Electrabel c. Hongrie*, Aff. n° ARB/07/19, décision sur la compétence, le droit applicable et la responsabilité du 30 novembre 2012
- *El Paso c. Argentine*, Aff. n° ARB/03/15, sentence du 31 octobre 2011
- *Emilio Agustin Maffezini c. Royaume d'Espagne*, Aff. n° ARB/97/7, décision sur la compétence du 25 janvier 2000, *ICSID Review*, vol. 16, 2001, p. 16
- *Enron Corporation Ponderosa Assets, L.P. c. Argentine*, Aff. n° ARB/01/3
  - décision sur la compétence du 14 janvier 2004
  - sentence arbitrale du 22 mai 2007
- *Eudoro Armando Olguin c. Paraguay*, Aff. n° ARB/98/5, sentence arbitrale du 26 juillet 2001
- *Franck Charles Arif c. Moldavie*, Aff. n° ARB/11/23, sentence du 8 avril 2013
- *Gas Naturel c. Argentine*, Aff. n° ARB/03/10, décision sur la compétence du 17 juin 2005
- *Generation Ukraine c. Ukraine*, Aff. n° ARB/00/9, sentence arbitrale du 16 septembre 2003
- *Helnan International Hotels A/S c. Egypte*, Aff. n°ARB/05/19, décision sur la compétence du 17 octobre 2006
- *Hochetief c. Argentine*, Aff. n° ARB/07/31, décision sur la compétence du 24 octobre 2011
- *Holiday Inns SA c. Maroc*, Affaire n° ARB/72/1, sentence du 13 janvier 1972
- *Hussein Nuaman Soufraki c. L'Etat des Emirats arabes unis,* Aff. n°ARB/02/7
  - décision sur la compétence du 7 juillet 2004
  - décision du Comité ad hoc du 5 juin 2007 relative au recours d'annulation
- *Impregilo c. Argentine*, Aff. n° ARB/07/17, sentence du 21 juin 2011
- *Impregilo c. Pakistan,* Aff. n° ARB/03/3, décision sur la compétence du 22 avril 2005
- *Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A., S.C Starmill S.R.L. et S.C. Multipack S.R.L c. Roumanie,* Aff. n°ARB/05/20, décision sur la compétence et la recevabilité du 24 septembre 2008
- *Ioannis Kardassopoulos c. Georige*, Aff. n° ARB/05/18, décision sur la compétence du 6 juillet 2007
- *Jan de Nul N.V. et Dredging International N.V. c. République arabe d'Egypte*, Aff. n° ARB/04/13, décision sur la compétence du 16 juin 2006

- *Joseph Charles Lemire c. Ukraine*, Aff. n° ARB/06/18, sentence du 28 mars 2011
- *Kloeckner c. Cameroun*, Aff n° ARB/81/2, sentence du 21 octobre 1983,
- *Lanco International Inc. c. Argentine*, Aff. n° ARB/97/6, décision sur la compétence du 8 décembre 1998
- *Lao Holdings N.V. c. Laos*, Aff. n° ARB(AF)/12/6, décision sur la compétence du 21 février 2014
- *LG&E c. Argentine*, Aff. n° ARB/02/1, sentence du 25 juillet 2007
- *Libananco Holdings Co c. Turquie*, Aff. n° ARB/06/8, sentence arbitrale du 2 septembre 2011
- *Loewen Group, Inc. and Raymond L.Loewen c. Etats-Unis d'Amérique*, Aff. n° ARB/98/3, sentence arbitrale du 26 juin 2003
- *Marvin Roy Feldman Karpa c. Mexique*, Aff. n° ARB(AF)/99/1, décision intérimaire sur la compétence du 6 décembre 2000
- *Metalclad c. Mexique*, Aff. n° ARB (AF), 97/1, sentence du 30 août 2000
- *Metalpar c. Argentine*, Aff. n° ARB/03/5, décision sur la compétence du 27 avril 2006
- *Mihaly International Corporation c. Sri Lanka*, Aff. n° ARB/00/2, sentence arbitrale du 15 mars 2002
- *Mobil Corporation et autres c. Venezuela*, Aff. n° ARB/07/27, décision sur la compétence du 10 juin 2010
- *Mondev Intenational Ltd c. Etats-Unis d'Amérique*, Aff. n° ARB(AF)/99/2, sentence du 11 octobre 2002
- *Noble Energy c. Equateur*, Aff. n° ARB/05/12, décision sur la compétence du 5 mars 2008
- *National Gas S.A.E. c. Egypte*, Aff. n° ARB/11/7, sentence arbitrale du 3 avril 2014
- *Orascom c. Algérie*, Aff. n° ARB/12/35, sentence du 31 mai 2017
- *Pac Rim Cayman LLC c. République du Salvador*, Aff. n° ARB/09/12, décision sur les exceptions préliminaires du 1er juin 2012
- *Parkerings-Compagniet AS c. Lituanie*, Aff. n° ARB/05/8, sentence arbitrale du 11 septembre 2007
- *Phoenix Action Ltd c. République tchèque*, Aff. n°ARB/06/5, sentence arbitrale du 15 avril 2009
- *Plama Consortium Limited c. Bulgarie*, Aff. n° ARB/03/24, décision sur la compétence du 8 février 2005.
- *Postova Banka c. Grèce*, Aff. n° ARB/13/8, sentence du 9 avril 2015
- *Railroad Development Corporation c. République du Guatémala*, Aff. n° ARB/07/23, deuxième décision sur les objections à la compétence du 18 mai 2010
- *Renée Rose Levy et Gremcitel S.A. c. Pérou*, Aff. n° ARB/11/17, sentence arbitrale du 9 janvier 2015

- *RREEF Infrastructure (G.P.) Limited et RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux S.à r.l. c. Espagne*, Aff. n° ARB/13/30, décision sur la compétence du 6 juin 2016
- *Saba Fakes c. Turquie*, Aff. n° ARB/07/20, sentence arbitrale du 14 juillet 2010
- *Salini Construttori c. Maroc*, Aff. n° ARB/00/4, décision sur la compétence du 23 juillet 2001
- *S.A.R.L Benvenuti & Bonfantl c. Congo*, Aff. ARB/77/2, sentence du 8 août 1980, *ILR*, vol. 67, pp. 345-385
- *SAUR International c. Argentine*, Aff. n° ARB/04/4,
  - décision sur la compétence du 27 février 2006
  - décision sur la compétence et la responsabilité du 6 juin 2012
- *Sempra Energy c. Argentine*, Aff. n° ARB/03/10, décision sur la demande d'annulation du 29 juin 2010
- *SGS Société Générale de Surveillance SA c. République des Philippines*, Aff. n° ARB/02/6, décision sur les objections à la compétence du 29 janvier 2004,
- *S.I.B.G. c. République de Guinée*, Aff. n° ARB/12/8, sentence du 21 mai 2014
- *Siemens A.G. c. Argentine*, Aff. n° ARB/02/8, décision sur la compétence du 3 août 2004
- *Société Ouest Africaine des Bétons industriels c. Sénégal [SOABI c. Sénégal]*, Aff. n° ARB/82/1, décision sur la compétence du 1er août 1984
- *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited c. Egypte [SPP c. Egypte]*, Aff. n° ARB/84/3, décision sur la compétence du 14 avril 1988
- *Standard Chartered Bank c. Tanzanie*, Aff. n° ARB/10/12, sentence du 2 novembre 2012
- *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. et Vivendi Universal, S.A. c. Argentine*, Aff. n° ARB/03/19
  - décision sur la compétence du 3 août 2006
  - décision sur la responsabilité du 30 juillet 2010
- *Swisslion c. Macédoine*, Aff. n° ARB/09/16, sentence du 6 juillet 2012
- *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. c. Mexique*, Aff. n° ARB(AF)/00/2, sentence du 29 mai 2003
- *Telefanica c. Argentine*, Aff. n° ARB/03/20, décision sur la compétence du 25 mai 2006
- *Tenaris et Talta c. Venezuela*, Aff. n° ARB/11/26, sentence de 29 janvier 2016
- *The Rompetrol Group N.V. c. Roumanie*, Aff. n° ARB/06/03, décision sur les exceptions préliminaires relatives à la compétence et à la recevabilité du 18 avril 2008
- *Tidewater Inc., Tidewater Investment SRL, Tidewater Caribe, C.A., Twenty Grand Offshore, L.L.C., Point Marine, L.L.C., Twenty Grand Marine Service, L.L.C., Jackson Marine, L.L.C. et Zapata Gulf Marine Operators, L.L.C. c. Venezuela [Tidewater c. Venezuela]*, Aff. n°ARB/10/5, décision sur la compétence du 8 février 2013

- *Tokios Tokélès c. Ukraine*, Aff. n° ARB/02/18, décision sur la compétence du 29 avril 2004
- *Total SA c. Argentine*, Aff. n° ARB/04/1, décision sur la compétence du 25 août 2006
- *TSA Spectrum Argentina S.A. c. Argentine*, Aff. n° ARB/05/5, sentence arbitrale du 19 décembre 2008
- *Tza Yap Shun c. Pérou*, Aff. n° ARB/07/6, décision sur la compétence du 19 juin 2009
- *Quiborax et autres c. Bolivie*, Aff. n° ARB/06/2, décision sur la compétence du 27 septembre 2012
- *Vacuum Salt c. Ghana*, Aff. n° ARB/92/1, sentence arbitrale du 16 février 1994
- *Venezuela Holding, B.V., Mobil Cerro Negro Holding, LTD c. Venezuela*, Aff. n° ARB/07/27, sentence du 9 octobre 2014
- *Victor Pey Casado and President Allende Foundation c .Chili*, Aff. n° ARB/98/2, *sentence arbitrale du 8 mai 2008*
- *Waguih Elie George Siag et Clorinda Vecchi c. Egypte*, *Aff n° ARB/05/15, décision sur la compétence du 11 avril 2007*

Arbitrage sous règlement CNUDCI

- *Alps Finance and Trade AG c. la Slovaquie*, sentence arbitrale du 5 mars 2011, Vienne
- *AWG Group Ltd c. Argentine*, CIRDI
  - décision sur la compétence du 3 août 2006
  - décision sur la responsabilité du 30 juillet 2010
- *Chevron Corporation c. Equateur*, sentence préliminaire du 1er décembre 2008, CPA Aff. n° 34877
- *CME Czech Republic B.V. c. République Tchèque*, sentence partielle du 13 septembre 2001, Stockholm
- *EnCana Corporation c. Equateur*, sentence du 3 février 2006
- *GAMI c. Mexique*, sentence du 15 novembre 2015, Tribunal ad hoc (ALENA)
- *Hesham T.M. Al Warraq c. Indonésie*, London Court of International Arbitration, sentence finale du 15 décembre 2014
- *HICEE c. Slovaquie*, sentence partielle du 23 mai 2011, Aff. CPA n° 2009-11
- *Hulley c. Russie,* décision intérimaire sur la compétence et la recevabilité du 30 novembre 2009, affaire CPA n° AA 226
- *International Thunderbird Gaming Corporation c. Mexique*, sentence arbitrale du 26 janvier 2006
- *Investments BV c. République Tchèque*, sentence arbitrale du 17 mars 2006
- *Philip Morris Asia Limited c. Australie*, décision sur la compétence et la recevabilité du 17 décembre 2015, Aff. CPA n° 2012-12
- *Ronald S. Lauder c. République Tchèque*, sentence arbitrale du 3 septembre 2001

- *Saluka Investments c. République tchèque*, sentence partielle du 17 mars 2006
- *Sanum c. Laos, décision sur la compétence du 13 décembre 2013*, affaire CPA n° 2013-13
- *Serafin Garcia Armas et Karina Garcia Gruber c. Venezuela*, affaire CPA n° 2013-3, décision sur la compétence du 15 décembre 2014
- *Sergei Paushok, CJSC Golden East Company, CJSC Vostokneftegaz Company c. Mongolie*, décision sur la compétence et la responsabilité du 28 avril 2011
- *ST-AD GmbH c. Bulgarie, sentence sur la compétence du 18 juillet 2013*, affaire CPA n° 2011-06 (ST-BG)
- *Ulysseas INC c. Equateur*, sentence partielle du 28 septembre 2010
- *Veteran Petroleum Limited c. Russie*, sentence intérimaire sur la compétence et la recevabilité du 30 novembre 2009, CPA, Aff. AA 28
- *Veteran Petroleum Limited L c. Russie [VPL c. Russie]*, décision intérimaire sur la compétence et la recevabilité du 30 novembre 2009, affaire CPA n°AA 228
- *Yukos Universal Limited (Ile de Man) c. Fédération de Russie [YUL c. Russie]*, affaire CPA n° AA 227, décision intérimaire sur la compétence et la recevabilité du 30 novembre 2009

Institut d'arbitrage de la Chambre de Commerce de Stockholm

- *Anatolie Stati, Gabriel Stati, Ascom Group SA et Terra Raf Trans Traiding Ltd c. Kazakhstan*, sentence du 19 décembre 2013, Aff. n° V (116/2010)
- *CCL c. Kazakhstan*, décision sur la compétence du 1er janvier 2003, Aff. n° 122/2001
- *Iurii Bogdanov c. Moldavie*, sentence du 22 septembre 2005
- *Limited Liability Company Amto c. Ukraine [AMTO c. Ukraine]*, sentence du 26 mars 2008, n°080/2005
- *Nykomb Synergetics Technology Holding AB c. Lettonie*, sentence du 16 décembre 2003, Aff. n° 118/2001
- *Renta 4 S.V.S.A, Ahotto Corporacion Emergentes F.I., Ahorro Corporación Eurofondo F.I., Rovime Inversiones SICAV S.A., Quasar de Valors SICAV S.A., Orgor de Valores SICAV S.A., GBI 9000 SICAV S.A.*, Aff. n° 24/2007
    - décision sur les exceptions préliminaires du 20 mars 2009
    - sentence du 20 juillet 2012
- *RosInvest c. Russie*, sentence finale du 12 septembre, 2010, Aff n° V079/2005
- *Vladimir Berschader et Moïse Berschader c. Russie*, sentence arbitrale du 21 avril 2006, Aff. n°080/2004

Tribunal irano-américain des réclamations

- *A/18*, décision d'interprétation du 6 avril 1984, Chambre plénière, *IUSCTR*, 1984-I, vol. 5, p. 265
- *Albert Berokhim c. Iran*, sentence du 27 décembre 1990, n° 499-269-1, *IUSCTR*, vol. 25, 1990-II, p. 278, p. 283

- *Alex Arjad c. Iran*, sentence du 22 avril 1991, Aff n° 508-413-3, *IUSCTR*, vol. 26, 1991-I, p. 190
- *August Frederick Benedix c. Iran*, sentence partielle du 22 février 1989, n° 412-256-2, *IUSCTR*, vol. 21, 1989-I, p. 20
- *Benedix c. Iran*, sentence partielle du 22 février 1989, n° 412-256-2, *IUSCTR*, vol. 21, 1989-1, p. 20
- *Benny Diba and Wilfred J. Gaulin c. Iran*, sentence du 31 octobre 1989, n°444-940-2, *IUSCTR*, vol. 23, 1989-III, p. 268
- *Chas T. Main International c. Khuzestan Water and Power Authority*, sentence interlocutoire du 27 juillet 1983, n°ITL 23-120-2, *IUSCTR*, vol. 3, 1983-II, p. 161
- *David Harounian c. Iran*, sentence du 27 novembre 1989, n°450-447-3, *IUSCTR*, vol. 23, 1989-III, p. 282
- *Ebrahimi c. Iran*, Sentence interlocutoire du 16 juin 1989, n°ITL-71-44/45/46/47-3, *IUSCTR*, vol. 22, 1989-II, p. 138
- *Esphahanian c. Bank Tejarat*, décision n° 157 du 29 mars 1983, Chambre deux, *I-USCTR*, 1983-I, vol. 2, p. 157
- *Faith L. Khosrowshani c. Iran*, sentence du 30 juin 1994, n°558-178-2, *IUSCTR*, 1994, vol. 30, p. 98
- *Foremost Tehran, Inc c. Iran*, sentence du 11 avril 1986, n°220-27/231-1, *IUSCTR*, 1986-1, vol. 10, p. 229.
- *Harounian c. Iran*, sentence du 27 novembre 1989, n°450-447-3, *IUSCTR*, vol. 23, 1989-1, p. 282
- *Hidetemo Shinto c. Iran*, sentence du 31 octobre 1988, n°399-10273-3, *IUSCTR*, vol. 19, 1988-II, p. 324
- *Housing and Urban Services Internationl, Inc c. Iran*, sentence du 22 novembre 1985, n° 201-174-1, *IUSCTR*, vol. 9, 1985-II, p. 313
- *Ian L. McHarg c. Iran*, sentence du 17 décembre 1986, n°282-10853/10854/10855/10856-1, *IUSCTR*, vol. 13, 1986-IV, p. 286
- *Italie c. Cuba*, Tribunal *ad hoc*, sentence préliminaire du 15 mars 2005
- *Lili Tour c. Iran*, sentence du 1er mars 1989, n°413-483-2, *IUSCTR*, vol. 21, 1989-I, p. 25
- *Lilly Mythra Fallah Lawrence c. Iran*, sentence interlocutoire du 5 octobre 1990, n°ITL 77-390/391/392-1, *IUSCTR*, vol. 25, 1990-II, p. 190, p. 193
- *Mobil Oil Iran, Inc c. Iran*, sentence partielle du 14 juillet 1987, n° 311-74/76/81/150-3, *IUSCTR*, vol. 16, 1987-III, p. 14
- *Morteza Khatami c. Iran*, sentence du 13 décembre 1994, n° 562-767-3, *IUSCTR*, vol. 30, 1994, p. 267
- *Motamed c. Iran*, sentence du 3 mars 1989, n°414-770-2, *IUSCTR*, vol. 21, 1989-I, p. 28
- *Nahid (Danielpour) Hemmat c. Iran*, sentence interlocutoire du 16 juin 1989, n°70-170-3, *IUSCTR*, vol. 22, 1989-II, p. 129

- *Perry-Rohani c. Iran*, sentence du 30 juin 1989, n°427-831-3, *IUSCTR*, vol. 22, 1989-II, p. 194
- *Rana Nikpour c. Iran*, sentence interlocutoire du 18 février 1993, n°ITL 81-336-1, *IUSCTR*, vol. 29, 1993, p. 67
- *Refusal to file claim of Abdol Hamid Johani*, décision du 16 juin 1982, n° DEC 9-Ref 16-2, *IUSCTR*, vol.1, 1982, p. 168.
- *Reza Said Malek c. Iran*, sentence interlocutoire n°ITL-68-193-3 du 23 juin 1988, *IUSCTR*, vol. 19, 1988-II, p. 48
- *Saghi c. Iran*, sentence interlocutoire du 12 janvier 1987, n° ITL 66-298-2, *IUSCTR*, vol. 14, 1987-1, p. 4
- *Schott c. Iran*, sentence du 14 mars 1990, n°474-268-1, *IUSCTR*, 1990-1, vol. 24, p. 203
- *Thomas Earl Payne c. Iran*, sentence du 8 août 1986, n°245-335-2, *IUSCTR*, vol. 12, 1986-III, p. 3
- *Tippets, Abbett, McCarthy, Straaton c. TAMS-AFFA Consulting*, sentence du 29 juin 1984, n° 141-7-2, *IUSCTR*, vol. 6, 1984-II, p. 225
- *United Painting Co, Inc. c. Iran*, sentence du 20 décembre 1989, n°458-11286-3, *IUSCTR*, vol. 23, 1989-III, p. 355
- *Zaman Azar Nourafchan c. Iran*, décision interlocutoire du 15 décembre 1989, n°ITL75-412/415-3, *IUSCTR*, vol. 23, 1989-III, p. 307

Arbitrages autres

- *Adolph Deutz and Charles Deutz (A Co-partnership)* (Etats-Unis c. Mexique), sentence rendue le 17 avril 1927, *RSA*, vol. IV, p. 472.
- *Alexander*, Commission Royaume-Uni – Etats-Unis d'Amérique, *in* MOORE (J.B.), *International Arbitrations*, 1898, t. III, p. 2531
- *Brewer, Moller & Co. (Second Case)* (Allemagne c. Venezuela), sentence rendue en 1903, *RSA*, vol. X, pp. 433-435
- *Canevaro* (Italie c. Pérou), CPI, sentence du 3 mai 1912, *RSA*, vol. XI, pp. 397-410
- *Cestra*, Commission de conciliation Italie-Etats-Unis, décision n°165 du 28 février 1957, *RSA*, vol. XIV, pp. 307-309 ;
- *Compagnie universelle du Canal de Suez c. Vice-Roi d'Egypte*, sentence du 21 avril 1864, LA FONTAINE (H.), *Paisicrisie internationale (1794-1900)*, La Haye, Martinus Nijhoff Publishers (réédition avec une préface de P.M. EISEMANN), 1997, pp. 122-129
- *Crisanto Medina et fils c. Costa Rica*, Commission mixte établie en vertu de la convention conclue entre les Etats-Unis d'Amérique et le Costa Rica le 2 juillet 1860, décision du Surarbitre Commandant Bertinatti du 31 décembre 1862, RSA, vol. XXIX, pp. 75-78.

- *Daniel Blumenthal c. Etat allemand*, Tribunal arbitral mixte franco-allemand, décision du 24 avril 1923, *Recueil des décisions des tribunaux mixtes*, 1924, vol. 3, pp. 616-621
- *Différend concernant l'interprétation de l'article 79, par. 6, lettre c du traité de paix*, Collège arbitral franco-italien, décision n°136 du 25 juin 1952, *RSA*, vol. XIII, pp. 389-439
- *Flegenheimer*, Commission de conciliation Etats-Unis-Italie, décision du 20 septembre 1958, Aff. n° 182, *RSA*, XIV, 327-390
- *Flutie*, Commission de conciliation Etats-Unis-Venezuela, sentence arbitrale rendue entre 1903 et 1905, *RSA,* IX, pp. 148-155
- *Fond Pieux des Californies*, sentence du 14 octobre 1902, *CPA, RSA*, vol. IX, pp. 11-14
- *Ganapini*, Commission de conciliation Italie-Etats-Unis, décision n° 196, du 30 avril 1959, *RSA*, vol. XIV, pp. 400-402
- *Georges Pinson*, Commission mixte France-Mexique, décision du 19 octobre 1928, *RSA*, Volume V, pp. 327-466
- *Heirs of Jean Maninat*, Commission mixte France-Venezuela, décision du 31 juillet 1905, RSA, vol. X, pp. 55-83
- Heirs of Massiani, Commission mixte France-Venezuela, décision du 31 juillet 1905, *RSA*, vol. X, pp. 159-184
- *Île de Palmas*, (Etats-Unis c. Pays-Bas), sentence du 4 avril 1928, *RSA*, vol. II, p. 829
- *Les Petits-Fils de C.J. Bonnet et Tessitura Serica Piemontese*, Commission de conciliation franco-italienne, décision n°17 du 16 mars 1949, *RSA*, vol. XIII, pp. 75-87
- *Mathison*, Commission mixte Grande Bretagne-Venezuela, décision de 1903, *RSA*, vol. IX, pp. 485-494.
- *Mergé*, Commission de conciliation Italie – Etats-Unis, sentence du 10 juin 1955, *RSA*, vol. XIV, pp. 236-248
- *Minnie Stevens Eschauzier (Grande-Bretagne c. Mexique)*, sentence du 24 juin 1931, *RSA*, vol. V, p. 210
- *Puccini*, Commission de conciliation Italie-Etats-Unis, décision n°173 du 17 mai 1957, *RSA*, vol. XIV, pp. 323-325.
- *Ruden & Co*, sentence rendue le 26 février 1870, in LAPRADELLE (A. de) et POLITIS (N.), *Recueil des arbitrages internationaux*, Tome deuxième, 1856-1872, Paris, Pedone, pp. 589-593
- *Ruspoli-Droutzkoy*, Commission de conciliation Italie-Etats-Unis, décision n°170 du 15 mai 1957, *RSA*, vol. XIV, pp. 314-320
- *Salem* (Egypte c. Etats-Unis d'Amérique), décision du 8 juin 1932, *RSA*, vol. II, pp. 1161-1237
- *Shufeldt* (Guatemala c. Etats-Unis d'Amérique), sentence rendue le 24 juillet 1930, *RSA*, vol. II, p. 1097

- *Stevenson* (Grande-Bretagne c. Venezuela), sentence de 1903, *RSA*, vol. IX, p. 506
- *Stirling*, (Chili c. Royaume Uni), sentence rendue le 30 septembre 1895, *in* RALSTON, *The Law and Procedure of International Tribunals, Stanford*, 1926, p. 149
- *William A. Parker c. Mexique*, Commission des réclamations Etats-Unis-Mexique, décision du 31 mars 1926, *RSA*, vol IV, pp. 35-41
- *Zangrilli*, Commission de conciliation Italie-Etats-Unis, décision n° 149, du 30 avril 1959, *RSA*, vol. XIV, pp. 294-296

Juridictions françaises

- Cour de cassation française, Première Chambre civile, *Affaire de la Caisse centrale de réassurance des mutuelles agricoles*, arrêt du 30 mars 1971
- Cour de cassation, Première Chambre Civile, arrêt du 18 avril 1972, *JDI*, 1973, t. 100, p. 219, 2ème espèce
- Cour de cassation, Chambre civile 1, Affaire *Martinelle*, arrêt du 15 mai 1974, *JDI*, 1975, vol. 102, pp. 298-300
- Cour de cassation française, Assemblée Plénière, Affaire *Roval*, arrêt du 21 décembre 1990
- Cour de cassation française, Assemblée plénière, arrêt du 21 déc. 1990, *Rev. Crit. DIP*, 1992, p. 70
- Cour d'appel de Paris, aff. *Fruehauf*, arrêt du 22 mai 1965
- Décision AMF du 16 février 2005, n°205C0262

III. SOURCES NORMATIVES

Sources internationales

De manière générale, tous les accords relatifs à la protection des investissements peuvent être consultés sur : http://investmentpolicyhub.unctad.org/.

- **Traités plurilatéraux relatifs à la protection et à la promotion des investissements étrangers** *(par ordre chronologique)*
  - Traité sur la Charte de l'énergie du 17 décembre 1990
  - Accord de libre-échange nord américain du 7 octobre 1992
  - Accord de libre-échange de l'Amérique Centrale (ALEAC) du 17 décembre 2003
  - Accord de libre-échange conclu entre les Etats membres de l'ASEAN du 27 février 2009
  - Accord économique et commercial global (AECG ou CETA en anglais) entre le Canada et l'UE du 30 octobre 2016

- **Traités bilatéraux relatifs à la protection et à la promotion des investissements étrangers** *(par ordre chronologique)*
  - Traité entre l'Italie et l'Argentine du 22 mai 1990
  - Traité entre l'Union économique belgo-luxembourgeoise et l'Argentine du 28 juin 1990
  - Traité entre le Royaume-Uni et le Burundi du 13 septembre 1990
  - Traité entre la Suisse et la Jamaïque du 11 décembre 1990
  - Traité entre la Suisse et l'Argentine du 12 avril 1991
  - Traité entre les Pays-Bas et la Slovaquie du 29 avril 1991
  - Traité entre la France et l'Argentine du 3 juillet 1991
  - Traité entre les Emirats arabes unis et la Malaisie du 11 octobre 1991
  - Traité entre les Etats-Unis d'Amérique et la République tchèque du 22 octobre 1991
  - Traité entre les Pays-Bas et le Venezuela du 22 octobre 1991 (n'est plus en vigueur)
  - Traité entre les Etats-Unis et l'Argentine du 14 novembre 1991
  - Traité entre l'Egypte et l'Argentine du 11 mai 1992
  - Traité entre la Suède et la Lituanie du 17 mars 1992
  - Traité entre la France et l'Estonie du 14 mai 1992
  - Traité entre la Pologne et la Lituanie du 28 septembre 1992
  - Traité entre les Pays-Bas et l'Argentine du 20 octobre 1992
  - Traité entre la Chine et le Laos du 31 janvier 1993
  - Traité entre le Pérou et la Roumanie du 16 mai 1994
  - Traité entre le Portugal et le Venezuela du 17 juin 1994
  - Traité entre les Etats-Unis d'Amérique et l'Albanie du 11 janvier 1995
  - Traité entre la France et le Hong Kong du 30 novembre 1995
  - Traité entre la France et la Qatar du 8 juillet 1996
  - Traité entre l'Allemagne et le Burkina Faso du 22 octobre 1996
  - Traité entre la Suisse et la Croatie du 30 octobre 1996
  - Traité entre la France et la Géorgie du 3 février 1997
  - Traité entre la l'Egypte et les Emirats arabes unis du 10 mai 1997
  - Traité entre les Etats-Unis d'Amérique et l'Azerbaïdjan du 1er août 1997
  - Traité entre l'Union économique belgo-luxembourgeoise et le Venezuela du 17 mars 1998
  - Traité entre la Suisse et le Koweït du 31 octobre 1998
  - Traité entre la Suisse et le Nicaragua du 4 novembre 1998

- Traité entre la France et le Mexique du 12 novembre 1998
- Traité entre l'Australie et la Lituanie 24 novembre 1998
- Traité entre le Royaume-Uni et le Sierra Leone du13 janvier 2000
- Traité entre le Mexique et la Grèce du 30 novembre 2000
- Traité entre l'Iran et la Bangladesh du 29 avril 2001
- Traité entre l'Australie et l'Egypte 3 mai 2001
- Traité entre l'Australie et l'Uruguay du 3 septembre 2001
- Traité entre les Pays-Bas et le Bénin du 13 novembre 2001
- Traité entre les Etats-Unis d'Amérique et le Rwanda du 19 février 2002
- Traité entre la France et l'Arabie saoudite du 26 juin 2002
- Traité entre l'Australie et le Sri Lanka du 12 novembre 2002
- Traité entre les Pays-Bas et l'Algérie du 20 mars 2003
- Traité entre la France et l'Ethiopie du 25 juin 2003
- Traité entre l'Allemagne et la Chine du 1er décembre 2003
- Traité entre la France et la Bosnie-Herzégovine du 12 décembre 2003
- Traité entre la Suisse et l'Algérie du 30 novembre 2004
- Traité entre l'Australie et la Turquie du 16 juin 2005
- Traité entre l'Australie et le Mexique du 23 août 2005
- Traité entre le Royaume-Uni et le Mexique du 12 mai 2006
- Traité entre la France et la Turquie du 15 juin 2006
- Traité entre les Pays-Bas et le Burundi du 24 mai 2007
- Traité entre la France et la Chine du 27 novembre 2007
- Traité entre la France et le Djibouti du 13 décembre 2007
- Traité entre les Etats-Unis et le Rwanda du 19 février 2008
- Traité entre la Chine et le Malte du 22 janvier 2009
- Traité entre la Chine et la Suisse du 27 janvier 2009
- Traité entre Royaume-Uni et la Colombie du 17 mars 2010
- Traité entre l'Allemagne et la République du Congo du 22 novembre 2010
- Traité entre le Canada et le Koweït du 26 septembre 2011
- Traité entre le Canada et la Chine du 9 septembre 2012
- Traité entre la Qatar et la Moldavie du 12 décembre 2012
- Traité entre la Servie et les Emirats arabes unis du 17 février 2013
- Accord de libre-échange entre la Corée du Sud et la Colombie du 21 février 2013

- Accord de libre-échange entre la Nouvelle Zélande et le Taïwan du 10 juillet 2013
- Traité entre le Canada et la Serbie du 1er février 2014
- Traité ente le Canada et le Cameroun du 3 mars 2014
- Traité entre le Canada et le Nigéria du 6 mai 2014 (pas encore entré en vigueur)
- Traité entre la Colombie et la Turquie du 28 juillet 2014
- Traité entre le Canada et la Serbie du 1er septembre 2014
- Accord de libre-échange entre l'Australie et le Japon du 8 juillet 2014
- Traité entre le Japon et le Kazakhstan du 23 octobre 2014
- Traité entre le Canada et le Sénégal du 27 novembre 2014
- Traité entre le Canada et le Mali du 28 novembre 2014
- Traité entre le Canada et le Côte d'Ivoire du 30 novembre 2014
- Traité entre le Japon et l'Uruguay du 26 janvier 2015
- Traité entre le Canada et le Burkina Faso du 20 avril 2015
- Traité entre le Canada et le Guinée du 27 mai 2015

▪ **Autres conventions internationales**

- Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales tells qu'amendée par les Protocoles n°11 et n°14 du 4 novembre 1950
- Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats du 18 mars 1965
- Pacte international relatif aux droits civils et politiques et le Protocole facultatif se rapportant à ce Pacte du 16 décembre 1966
- Les « Accords d'Alger » du 19 janvier 1981 ayant institué le Tribunal des réclamations irano-américain
- Convention de Vienne sur le droit des traités, 1969, *R.T.N.U*, vol. 1155, p. 331 et s.

▪ **Actes juridiques de l'Union Européenne**

- Directive 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004, disponible à l'adresse suivante :

http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:158:0077:0123:FR:PDF

- Directive 2004/109/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 décembre 2004 sur l'harmonisation des obligations de transparence concernant l'information sur les émetteurs dont les valeurs mobilières sont admises à la négociation sur un marché règlementé et modifiant la directive 2001/34/CE, disponible à l'adresse suivante :

http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:390:0038:0057:FR:PDF

- Directive 2003/49/CE du Conseil du 3 juin 2003 concernant un régime fiscal commun applicable aux paiements d'intérêts et de redevances

effectués entre des sociétés associées d'États membres différents, Journal officiel de l'UE, n° L157, du 26/06/2003, pp. 49-54.
http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32003L0049:fr:HTML

Sources nationales

- **Modèles de traités relatifs à la protection et à la promotion des investissements étrangers** *(par ordre alphabétique de l'Etat dont les autorités ont élaboré le modèle)*
  - Modèle de traité bilatéral des investissements du Canada de 2014
  - Modèle de traité bilatéral de la Colombie de 2007
  - Modèle de traité bilatéral des Etats-Unis d'Amérique de 1984
  - Modèle de traité bilatéral des Etats-Unis d'Amérique de 2012
  - Modèle de traité bilatéral de la France de 2006
  - Modèle de traité bilatéral de la Norvège de 2007
- **France**
  - Articles de 21.1 à 21.4 du Code civil
  - Article 2011 du Code civil
  - L233-16 du Code du commerce français
  - Article L121-2 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile
  - Circulaire n° NOR IMIM1000116C du 10 septembre 2010 relative aux conditions d'exercice du droit de séjour des ressortissants de l'Union européenne
- **Royaume des Pays-Bas**
  - Code civil
    - Article 2 :66-3
    - Article 2 : 177-3

IV. TRAVAUX, RAPPORTS ET PROJETS

Rapports de la CNUCED

- CNUCED, *World Investment Report 2014 – Investing in the SDGs: An Action Plan*, United Nations Publications, Genève, Nations Unies, 2014, 228 p.
- CNUCED, *Investor-State Dispute Settlement : Review of Developments in 2015, IIA Issues Note,* n°2*,* June 2016, 31 p.
- CNUCED, *World Investment Report 2016 – Investor Nationality: Policy Challenges*, United Nations Publications, Genève, Nations Unies, 215 p.
- CNUCED, *World Investment Report 2017*, *Investment and the Digital Economy*, United Nations Publications, Genève, Nations Unies, 2017, 237 p.

Travaux de la Commission du droit international

- ***Sur la fragmentation du droit international***
  - *Conclusions des travaux du Groupe d'étude de La fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international,* adoptées par la Commission du droit international à sa 58ème session en 2006.

- ***Sur la responsabilité des Etats***
  - *Rapport de la Commission sur les travaux de sa vingt-huitième session, Ann. Du droit international Annuaire CDI, 1976, vol. II, partie 2 (concernant la question de l'application dans le temps d'une obligation internationale à l'égard d'un Etat).*
  - Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs, *Annuaire de la Commission du droit international*, 2001, vol. II

- ***Sur la protection diplomatique***
  - **GARCIA-AMADOR (F.)**, « Premier rapport sur la responsabilité internationale des Etats », Ann. CDI, 1956, vol. II
  - **DUGARD (J.)**, « Premier rapport sur la protection diplomatique », rapport du 7 mars et 20 avril 2000, DOCUMENT A/CN.4/506 et Add., pp. 219-264.
  - **DUGARD (J.)**, « Quatrième rapport sur la protection diplomatique », rapport du 13 mars et 6 juin 2006, A/CN.4/530 et Add.1, pp. 3-31.
  - *Compte rendu analytique de la 2760e séance* de la Commission du droit international, document n° A/CN.4/SR.2760
  - *Compte rendu analytique de la 2761e séance* de la Commission du droit international, document n° A/CN.4/SR.2761
  - Projet d'articles sur la protection diplomatique de 2006, *Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa 58ème session (2006)*, document n° A/61/10, *Annuaire de la Commission du droit international*, 2006, vol. II

Tous ces documents peuvent être consultés sur le site internet de la CDI: http://www.un.org/law/ilc.

CIRDI

- *Documents Concerning the Origin and the Formulation of the Convention*, Washington, CIRDI, vol. II, 1968, 1088 p.
- *Documents Concerning the Origin and the Formulation of the Convention*, Washington, CIRDI, vol. III, 1968, 867 p.
- *Affaires du CIRDI – Statistiques*, n° 2017-2, 2017, 35 p.

Institut de droit international

- Résolution du 10 septembre 1965 sur le caractère national présenté par un Etat en raison d'un dommage subi par un individu, *Annuaire IDI*, 1965, vol. 51, disponible à l'adresse suivante : www.idi-iil.org
- Résolution sur les entreprises multinationales, adoptée lors de la Session d'Oslo, 1977, disponible à l'adresse suivante : www.idi-iil.org.

OCDE

- Résolution relative au projet de Convention sur la protection des biens étrangers, C/M(62)23(Final), *in* OCDE (1962) *Actes de l'Organisation*, vol. 2, p. 490 et s.
- Résolution relative au Projet de Convention sur la protection des biens étrangers, C(67)102 *in* OCDE (1967), *Actes de l'Organisation*, vol. 7, pp. 232-279.
- *Lutter contre l'érosion de la base d'imposition et le transfert des bénéfices*, OCDE, 2013, 95p. :

http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/taxation/lutter-contre-l-erosion-de-la-base-d-imposition-et-le-transfert-de-benefices_9789264192904-fr - .WgZJ6xPWzBI

UE

- Textes de négociation de l'UE dans le cadre du projet d'accord transatlantique de commerce et d'investissement (connu sous son acronyme en anglais TTIP ou TAFTA)

Sénat français

- **GAUDIN (Ch.)**, Rapport d'information au Sénat sur la notion de centre de décision économique et les conséquences qui s'attachent, en ce domaine, à l'attractivité du territoire national, n°347, Session ordinaire de 2006-2007.

TABLE DES MATIÈRES

REMERCIEMENTS i
SOMMAIRE iii
LISTE DES SIGLES ET ABREVIATIONS v

INTRODUCTION 1

I. Les modalités de protection des sociétés et de leurs associés ou actionnaires en droit international général 9
II. Les évolutions apportées en matière de protection des sociétés et de leurs associés ou actionnaires par le droit conventionnel des investissements étrangers 18
III. Le phénomène d'instrumentalisation des traités de protection des investissements étrangers par les entreprises multinationales 29
IV. Annonce du plan de l'étude 37

PARTIE I – L'INVESTISSEUR PROTEGE DANS SA SINGULARITE PAR LE DROIT INTERNATIONAL 41

TITRE 1 – LES INVESTISSEURS – PERSONNES PHYSIQUES ET LES LIENS DE RATTACHEMENT CONDITIONNANT LEUR PROTECTION EN DROIT INTERNATIONAL 45

CHAPITRE 1 – LA DETERMINATION DE LA NATIONALITE D'UN INVESTISSEUR – PERSONNE PHYSIQUE CONFORMEMENT AUX TRAITES DE PROTECTION DES INVESTISSMENTS ETRANGERS 47

Section 1 : Le renvoi au droit interne pour la détermination du statut conventionnel de national 48

Paragraphe 1 – Les modes d'attribution du statut de national et de celui de résident 48
A. Le statut de national 48
B. Le statut de résident 53

Paragraphe 2 – La preuve du statut de national ou de résident devant les tribunaux arbitraux 59
A. La force probante des certificats de nationalité 60
B. L'examen de l'authenticité des certificats de nationalité conformément au droit interne applicable 68

Section 2 : Les conditions d'opposabilité du statut de national ou de résident attribué à un individu par un Etat vis-à-vis des autres Etats 74

Paragraphe 1 – L'application de la règle de la continuité de la nationalité dans le cadre du contentieux arbitral mixte en matière d'investissements 75
A. Substance et fondements de la règle de la continuité de la nationalité 76
B. La version particulière de la règle de la continuité de la nationalité prévue par la Convention de Washington de 1965 80

Paragraphe 2 – La condition du caractère effectif de la nationalité d'un individu et son application en contentieux arbitral mixte en matière d'investissements 90
A. Le contenu de la règle d'effectivité de la nationalité et sa portée incertaine 90

B. L'extrême réticence des tribunaux arbitraux de contrôler l'effectivité de la nationalité d'un investisseur 98
1. Exemples de mise en cause de l'effectivité de la nationalité de l'investisseur par l'Etat défendeur au différend 99
2. Exemples de mise en cause par l'investisseur de la nationalité qui lui est accordée par l'Etat défendeur au différend 105

CHAPITRE 2 – LES MODALITES DE PROTECTION D'UN INVESTISSEUR – PERSONNE PHYSIQUE EN CAS DE PLURINATIONALITE 109

Section 1 : La règle de la nationalité la plus effective et son application en contentieux arbitral en matière d'investissements 111

Paragraphe 1 – La consécration de la règle de la nationalité la plus effective en cas de conflit direct de souverainetés 111
A. L'évolution jurisprudentielle ayant abouti à la consécration de la règle de la nationalité la plus effective 112
1. La règle de non-responsabilité 112
2. Le tournant jurisprudentiel d'après-guerre 117
B. La non-application de la règle de la nationalité la plus effective lorsque l'individu ne possède pas la nationalité de l'Etat visé par sa réclamation 122
Paragraphe 2 – Les fondements à la consécration de la règle de la nationalité la pluse effective 125
A. Les fondements juridiques de la règle de la nationalité la plus effective 126
B. Les raisons politiques de la règle de la nationalité la plus effective 128
Section 2 : Les critères d'application de la règle de la nationalité la plus effective 132

Paragraphe 1 – L'hétérogénéité apparente des critères permettant de déterminer la nationalité la plus effective d'un individu 132
Paragraphe 2 – L'importance décisive du critère de la résidence habituelle pour la détermination de la nationalité la plus effective d'un individu 135
A. La reconnaissance de la nationalité de la demande d'un individu systématiquement subordonnée à son lieu de résidence 135
B. La prépondérance systématique de la nationalité d'un individu sur son lieu de résidence pour le besoin de sa protection au niveau international 148
Conclusion du Titre 1 154

TITRE 2 – LES INVESTISSEURS – PERSONNES MORALES ET LES LIENS DE RATTACHEMENT CONDITIONNANT LEUR PROTECTION EN DROIT INTERNATIONAL 157

CHAPITRE 3 – L'AUTONOMIE DE LA SOCIETE PAR RAPPORT A SES ASSOCIES ET LA DETERMINATION DE SA 'NATIONALITE' EN DROIT INTERNATIONAL 159

Section 1 : Le renvoi au droit interne pour le besoin de la détermination de la capacité pour agir des sociétés en droit international 160

Paragraphe 1 – Les ordres juridiques étatiques de référence pour la reconnaissance de la capacité pour agir d'une société au niveau international 161
A. Les règles internationales en matière de reconnaissance d'une société créée en vertu d'un droit étatique 161
B. L'absence d'impact de la forme d'une société sur le régime juridique régissant les modes de protection de ses biens prévu par le droit international 166
Paragraphe 2 – La reconnaissance d'une existence légale aux groupements sans personnalité juridique de droit interne 170

A. Exemples de traités étendant leur protection au profit de groupements sans personnalité juridique 170
B. La capacité pour agir des personnes morales sans personnalité juridique propre devant les tribunaux arbitraux constitués sous les auspices du CIRDI 173
Section 2 : Les critères de détermination de la nationalité d'une société en droit international 178
Paragraphe 1 – Les définitions conventionnelles de nationalité des sociétés s'inscrivant dans la continuité du droit coutumier 181
A. La notion de nationalité appliquée aux personnes morales au même titre qu'aux individus 182
B. L'interprétation des critères du lieu de constitution et du lieu du siège social de la société pour le besoin de la détermination de sa nationalité 184
Paragraphe 2 – Les définitions conventionnelles subordonnant la nationalité des sociétés à un lien de rattachement effectif 195
A. La détermination de la nationalité d'une société en fonction du lieu de son activité économique 196
B. La détermination de la nationalité d'une société en fonction de la nationalité des personnes qui la contrôlent 202
CHAPITRE 4 – LES CONDITIONS D'OPPOSABILITE DE LA « NATIONALITE » D'UNE SOCIETE AU NIVEAU INTERNATIONAL 209
Section 1 : La reconnaissance systématique de la nationalité de la société ayant réalisé un investissement à un moment précédant l'apparition des éléments constitutifs d'un litige 210
Paragraphe 1 – Les incertitudes autour de l'existence d'une règle d'effectivité de la nationalité des sociétés en droit international 211
A. L'absence d'une consécration claire d'une obligation d'effectivité de la nationalité 212
B. La proposition de la Commission du droit international tenant compte du caractère nécessairement effectif de la nationalité d'une société pour le besoin de sa protection diplomatique 215
Paragraphe 2 – La non reconnaissance par les tribunaux arbitraux de l'existence d'une obligation générale d'effectivité de la nationalité des sociétés 217
A. Le rejet de l'argument du caractère fictif de la nationalité d'une société aux fins de la recevabilité de sa requête devant un tribunal arbitral 218
B. Le rejet de l'argument d'une pratique délibérée de *treaty shopping* aux fins de la mise en cause de la nationalité d'une société requérante 226
Section 2 : Le refus de reconnaître le titre pour agir d'une société ayant acquis un investissement après la naissance ou en prévision d'un différend avec un Etat étranger 232
Paragraphe 1 – Le principe de non-retroactivité des traités comme fondement de la non-acceptation du titre pour agir d'une société 233
A. La consécration du principe de non-retroactivité des traités par les tribunaux 234
B. Les modalités d'application de la règle de non-retroactivité des traités en cas de présence d'un fait illicite à caractère continu ou composite 236
Paragraphe 2 – Le principe de l'abus de droit comme fondement de la non-acceptation du titre pour agir d'une société 242
A. La condition de la survenance imminente d'un différend spécifique 244
B. La condition relative à la motivation de l'opérateur ayant procédé à la restructuration de son investissement 253
Conclusion du Titre 2 257
Conclusion de la première partie 258

PARTIE II – LE DROIT INTERNATIONAL A L'EPREUVE DE LA PLURALITE DES INVESTISSEURS 260

TITRE 3 – LA QUALITE D'INVESTISSEUR PROTEGE RECONNUE AUX DETENTEURS DU CAPITAL D'UNE SOCIETE 265

CHAPITRE 5 – LES ASSOCIES – TITULAIRES DES DROITS SUR LEURS TITRES DE SOCIETE 268

Section 1 : Les droits reconnus aux détenteurs de titres sociétaux par le droit international général 268

Paragraphe 1 – La notion des droits propres du détenteur de titres sociétaux par rapport aux droits de la société 269

A. La distinction des droits juridiquement protégés et simples intérêts des détenteurs de titres sociétaux 269

B. Le contenu des droits propres du détenteur de titres sociétaux 272

1. Le droit de propriété de l'associé ou de l'actionnaire sur son titre sociétal 273
2. Le droit des détenteurs de titres sociétaux de participer à la prise des décisions au sein de leur société 277
3. Les droits de nature pécuniaire reconnus aux détenteurs de titres sociétaux 279

Paragraphe 2 – L'intérférence des droits de la société avec ceux de ses détenteurs du capital 282

A. L'impossibilité d'une violation simultanée des droits d'une société et de ceux de ses détenteurs du capital 283

B. La possibilité d'une violation simultanée des droits d'une société et de ceux de ses détenteurs du capital 286

Section 2 : Les droits conférés aux détenteurs de titres sociétaux par les conventions de protection des investissements étrangers et par la jurisprudence arbitrale 291

Paragraphe 1 – Les fluctuations de la jurisprudence arbitrale en matière de distinction des droits appartenant à une société et ceux appartenant aux détenteurs de son capital 293

A. La confirmation jurisprudentielle du principe de distinction entre les droits appartenant à une société et de ceux appartenant aux détenteurs de son capital 293

B. La remise en cause du principe de distinction entre les droits appartenant à une société et de ceux appartenant aux détenteurs de son capital 299

Paragraphe 2 – L'extension conventionnelle des droits des détenteurs de titres sociétaux 302

CHAPITRE 6 – LES ASSOCIES – TITULAIRES DES DROITS SUR LES BIENS ET LES AVOIRS DES SOCIETES QU'ILS CONTROLENT 308

Section 1 : Les mécanismes conventionnels accordant des droits aux associés vis-à-vis des actifs de leur société 310

Paragraphe 1 – Les éléments permettant de conclure à une extension générale des droits des associés vis-à-vis des actifs de leur société 310

A. L'existence d'une clause conventionnelle dérogeant à la règle générale de séparation des patrimoines de la société et de ses associés 311

B. La nécessité pour les détenteurs étrangers de titres sociétaux d'exercer un contrôle sur la société à la place de laquelle ils souhaitent agir 317

Paragraphe 2 – La réparation due à un associé en cas d'une atteinte portée aux actifs de la société 323
A. L'évaluation du préjudice individuel subi par l'associé d'une société 324
B. La possibilité pour un associé d'agir en réparation pour le préjudice subi par la société qu'il contrôle 329

Section 2 : Les problèmes juridique résultant de l'extension des droits des associés vis-à-vis des actifs des sociétés qu'ils contrôlent 333

Paragraphe 1 – La multiplication des demandeurs potentiels pouvant agir pour la protection d'un investissement 335
A. La capacité conférée à toute personne exerçant un contrôle indirect sur une société 335
B. La détermination de la nationalité d'une société en fonction de celle de toute personne exerçant sur elle un contrôle direct ou indirect 339
Paragraphe 2 – La multiplication des recours possibles pour la protection du même investissement 343
A. Le rique des recours multiples introduits contre un Etat par plusieurs composantes du même groupe d'entreprises 343
B. Le risque des recours multiples introduits contre un Etat en raison de la reconnaissance du caractère licite de la pratique de *treaty shopping* 354
Conclusion du Titre 3 361

TITRE 4 – LA QUALTE D'INVESTISSEUR RECONNUE A UNE SOCIETE TRIBUTAIRE DE LA NATIONALITE DE SES DETENTEURS DU CAPITAL 363

CHAPITRE 7 – LA QUALITE D'INVESTISSEUR PROTEGE RECONNUE A UNE SOCIETE EN RAISON DE SON CONTROLE PAR DES INTERETS ETRANGERS 366

Section 1 : Les difficultés d'application du critère du contrôle aux fins du rattachement d'une société constituée sur le territoire d'un Etat à un autre Etat 368

Paragraphe 1 – Le critère du contrôle mal défini 369
A. Le contrôle exercé sur une société résulte de la détention de la majorité de ses titres assortis d'un droit de vote 372
B. La détérmination du titulaire du contrôle exercé sur une société en cas d'absence d'une participation majoritaire au sein de son capital 375
1. Le contrôle *de facto* résultant de la maîtrise sur la composition des organes de la société 376
2. L'impossibilité de désignation d'un titulaire de contrôle exercé sur une société en raison d'une répartition équilibrée des pouvoirs entre plusieurs associés 381
Paragraphe 2 – La détermination du sens de la notion de contrôle en fonction des objectifs poursuivis par la règle applicable 384
A. La détermination du rattachement étatique d'une société en fonction de la nationalité des associés capables d'exercer un contrôle sur celle-ci 385
B. La détermination du rattachement étatique d'une société en fonction de la nationalité du ou des associés exerçant un contrôle effectif sur celle-ci 389

Section 2 : Une souhaitable systématisation du recours et des modalités d'application du critère du contrôle aux fins de la détermination de la nationalité des sociétés en droit international 395

Paragraphe 1 – Critiques des fondements de la règle générale ne tenant pas compte du critère du contrôle pour la détermination de la nationalité des sociétés en droit international 396
A. Les fondements invoqués par la Cour internationale de Justice pour justifier sa solution dans l'affaire de la *Barcelona Traction* 397

B. Les fondements invoqués par la Cour internationale de Justice pour confirmer sa ligne jurisprudentielle dans l'affaire *Diallo* 403

Paragraphe 2 – Proposition pour une prise en compte généralisée et uniforme du critère du contrôle pour la détermination de la nationalité des sociétés en droit international 407

A. Les travaux doctrinaux proposant le critère du contrôle comme mode principal de détermination de la nationalité des sociétés 408

B. Les propositions doctrinales optant pour des modes de détermination *a priori* alternatifs de la nationalité des sociétés 412

CHAPITRE 8 – LA QUALITE D'INVESTISSEUR PROTEGE REFUSEE A UNE SOCIETE EN RAISON DE SON CONTROLE PAR DES INTERETS ETRANGERS 424

Section 1 : La clause de déni des avantages et les conditions de fond pour sa mise en œuvre 429

Paragraphe 1 – La condition du défaut d'activité substantielle développée par la société sur le territoire de son incorporation 430

A. L'appréciation de l'importance de l'activité menée par une société sur le territoire de son incorporation 430

B. La détermination du lieu d'exercice de l'activité développée par une société 435

Paragraphe 2 – La condition du contrôle étranger exercé sur la société incorporée sur le territoire de l'un des Etats parties au traité 437

A. Le contrôle tantôt une condition unique et tantôt un élément supplémentaire pour l'application de la clause de déni des avantages 437

B. La signification du terme « contrôle » aux fins de l'application de la clause de déni des avantages 443

Section 2 : L'effet de l'application de la clause de déni sur la qualité de nationale d'une société visée par cette disposition 462

Paragraphe 1 – La clause de déni – un moyen de défense ne remettant pas directement en cause la nationalité d'un investisseur 462

Paragraphe 2 – La nécessité pour l'Etat d'exercer son droit de refus afin d'empêcher un investisseur d'agir à son encontre 471

Paragraphe 3 – La répartition de la charge de la preuve pour l'application de la clause de déni et l'incidence de cette question sur le mode de détermination de la nationalité des sociétés en droit international 480

Conclusion du Titre 4 485

Conclusion de la deuxième partie 487

CONCLUSION GENERALE 490

BIBLIOGRAPHIE 499

TABLE DES MATIERES 533

VU : le Président du jury

VU : les Membres du jury

VU : permis d'imprimer : le Président de l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne