

## CHAPITRE 4

# NATIONALITÉ DES INVESTISSEURS PERSONNES PHYSIQUES ET NATIONALITÉ DES INVESTISSEURS PERSONNES MORALES, ACTIONNAIRES (MINORITAIRES)

MATHIAS FORTEAU\*

Historiquement, le droit international des investissements « se présente comme un prolongement du droit de la *condition des étrangers* »<sup>1</sup>. Aussi les expressions de « droit international des investissements » et de « droit des investissements étrangers » ont-elles pu être et sont-elles encore souvent employées de manière interchangeable. De fait, le droit international des investissements (en ce compris les mécanismes de règlement des différends qui lui sont accolés) voit en principe son champ d'application limité, *ratione personae*, aux « étrangers » : les Etats ne sont, en principe toujours, tenus au respect de ses règles qu'envers des personnes, physiques ou morales, dotées d'une *nationalité étrangère*.

Classique dans sa formulation, la condition dite de la nationalité de la réclamation a toutefois évolué dans son contenu et son régime en raison de son passage du droit coutumier de la protection diplomatique au droit conventionnel de la protection des investissements.

### L'évolution de la notion

Entendue dans son sens le plus classique, la « nationalité » constitue un « lien d'allégeance » entre l'individu et l'Etat manifestant « un fait social de rattachement, une solidarité effective d'existence, d'intérêts, de sentiments jointe à une réciprocité de droits et de devoirs », selon la formule bien connue de l'arrêt *Nottebohm* de la Cour internationale de Justice<sup>2</sup>. Pareille définition ne correspond toutefois que très infidèlement aujourd'hui à la pratique internationale dans le domaine du traitement des étrangers, pour trois séries de raisons en particulier.

---

\* Mathias Forteau, professeur à l'Université Paris Ouest-Nanterre La Défense, Membre de la Commission du droit international

<sup>1</sup> D. CARREAU, P. JUILLARD, *Droit international économique*, Paris, Dalloz, 2010, p. 412, n° 1116.

<sup>2</sup> CIJ, *Liechtenstein c. Guatemala*, arrêt du 6 avril 1955, *CIJ Recueil* 1955, pp. 23-24.

PARTIE I – CHAPITRE 4

Le substrat politique qui fonde la nationalité paraît tout d'abord très mal adapté aux personnes morales en général et aux entreprises en particulier qui constituent la plus grande part de la cohorte des investisseurs étrangers. La « nationalité » des personnes morales « diffère totalement de celle de la nationalité proprement dite, qui n'appartient qu'aux individus »<sup>3</sup>. 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 États. La nationalité n'est utilisée à leur égard que par « analogie », « encore que dans une mesure limitée » a précisé la Cour internationale de Justice en 1970 dans l'affaire de la *Barcelona Traction*<sup>4</sup>. Fondamentalement, elle sert à désigner, « à l'instar de la nationalité de personnes physiques, leur rattachement à l'ordre juridique d'un Etat »<sup>5</sup>. L'utilisation à leur égard de la notion de nationalité a d'ailleurs été longtemps contestée en doctrine<sup>6</sup>. Même si ce débat est de nos jours largement apaisé<sup>7</sup>, il n'en demeure pas moins que la « nationalité » des personnes morales reste à l'origine de plusieurs difficultés tenant à la fois à la facilité avec laquelle les personnes morales peuvent changer de nationalité, à la difficulté d'en définir les critères dans une économie mondialisée ainsi qu'à la relativité qui en affecte la notion lorsqu'elle leur est appliquée<sup>8</sup>. C'est sans compter par ailleurs sur le fait qu'un même investissement peut impliquer un groupe de personnes morales distinctes dont l'établissement de la nationalité sera alors compliqué d'un degré supplémentaire<sup>9</sup>.

S'y ajoute encore le fait que les personnes morales susceptibles de se voir attribuer une nationalité ne se limitent pas à la catégorie des personnes privées. Une entité publique, possédée ou contrôlée par l'Etat, peut en effet elle aussi être considérée aux fins du droit des investissements étrangers comme un investisseur étranger par rapport à un autre Etat. Sa qualité publique n'y fait pas obstacle dès lors en tout cas que celle-ci ne s'accompagne pas de l'exercice par ladite entité de prérogatives de puissance publique :

*« the question whether a company qualifies as a “national of another Contracting State” (...) does not depend upon whether or not the company is partially or wholly owned by the government. Instead, the accepted test for making this determination has been formulated as follows: “... for purposes of*

<sup>3</sup> G. de La PRADELLE, M.-L. NIBOYET, *Droit international privé*, Paris, LGDJ, 2011, p. 847.

<sup>4</sup> CIJ, *Belgique c. Espagne*, arrêt du 5 février 1970, *CIJ Recueil* 1970, p. 42, § 70.

<sup>5</sup> CJCE, *Commission c. France*, arrêt du 28 janvier 1986, affaire 270/83, *Rec.* p. 304, pt. 18.

<sup>6</sup> V., sur la question, L. MAZEAUD, « De la nationalité des sociétés », *JDI (Clunet)* 1928, pp. 30-68.

<sup>7</sup> D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé*, tome 2, Paris, PUF, 2007, p. 431.

<sup>8</sup> V. N. CASTEL, G. de La PRADELLE, « Les entreprises », in *Droit de l'économie internationale*, P. DAILLIER *et alii* (dir.), Paris, Pedone, 2004, p. 70 : « En revanche, la “nationalité” des sociétés est affectée d'une certaine relativité. Par exemple, s'agissant de l'assujettissement à un impôt, le Tribunal des conflits a jugé que cette “nationalité... ne peut être déterminée qu'au regard des dispositions... dont l'application ou la non application à la société intéressée dépend du point de savoir si celle-ci est ou n'est pas française... ” (T.C., 23 novembre 1959, *Mayol Arbona*). Un tribunal français pourrait donc déclarer qu'une même entreprise est française à certains égards et belge ou turque à d'autres égards (...) tandis que, s'agissant des personnes physiques, il n'existe, en France, qu'une seule nationalité française ; aux Pays-Bas, une seule nationalité néerlandaise, etc. ».

<sup>9</sup> V., sur la question, V. PIRONON, « L'arbitrage des différends entre une *joint venture* et l'Etat d'accueil de l'investissement : à la recherche de la nationalité de l'investisseur », *Rev. arb.*, 2010, pp. 235-252.

NATIONALITÉ DES INVESTISSEURS PERSONNES PHYSIQUES ET MORALES, ACTIONNAIRES

*the Convention a mixed economy company or government-owned corporation should not be disqualified as a 'national of another Contracting State' unless it is acting as an agent for the government or is discharging an essentially governmental function [A. Broches, The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, 135 Hague Rec. d. Cours 331, at 354-5 (1972)]" »<sup>10</sup>.*

La nationalité entendue comme concept politique tend inévitablement enfin à s'affadir au contact de la matière économique. La jurisprudence internationale a longtemps préféré utiliser la notion « plus large et moins restrictive de "ressortissants" »<sup>11</sup>, à l'instar du droit communautaire avant que soit instituée la citoyenneté européenne<sup>12</sup>. Si la jurisprudence de la Cour permanente de Justice internationale a définitivement consacré sur le plan coutumier la règle de la « nationalité » de la réclamation<sup>13</sup>, il reste qu'aujourd'hui encore les contours de la nationalité de la réclamation sont étroitement dépendants de considérations fonctionnelles propres à la matière du droit international économique et au libéralisme qui en domine le régime depuis 1945. Le droit des investissements n'échappe pas à la règle.

L'internationalisation des droits de l'actionnaire dans la pratique contemporaine introduit un facteur de complication supplémentaire. Personne physique titulaire d'une nationalité, l'actionnaire entretient un lien direct avec la personne morale dont il est propriétaire d'une partie du capital social, ce dont certaines législations nationales tirent les conséquences en fondant la nationalité de la personne morale sur celle de son actionnariat principal. Cet entrelacement, tout à fois, des droits et des nationalités des actionnaires et des sociétés n'a pu rester sans effet sur la définition de la condition de nationalité de la réclamation dans le contentieux des investissements étrangers<sup>14</sup>.

### La fragmentation des sources

Difficile à circonscrire dans son essence, la condition de nationalité est confrontée par ailleurs dans le domaine des investissements étrangers à une grande fragmentation des règles qui s'y appliquent.

<sup>10</sup> CIRDI, *COSB c. Slovaquie*, aff. n° ARB/97/4, décision sur les exceptions à la compétence du 24 mai 1999, § 17 [<http://italaw.com/>], traduction française non officielle : E. GAILLARD, *La jurisprudence du CIRDI*, vol. 1, Paris, Pedone, 2004, p. 577.

<sup>11</sup> S. TOUZÉ, *La protection des droits des nationaux à l'étranger. Recherches sur la protection diplomatique*, Paris, Pedone, 2007, pp. 339-343.

<sup>12</sup> V. J.-S. BERGÉ, S. ROBIN-OLIVIER, *Droit européen. Union européenne, Conseil de l'Europe*, Paris, PUF, 2011, pp. 140 et s.

<sup>13</sup> V. CPJI, *Chemins de fer Panevezys-Saldutiskis*, arrêt du 28 février 1939, série A/B n° 76, 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 ».

<sup>14</sup> V. toutefois l'approche restrictive retenue par la CIJ dans l'affaire *Diallo*, arrêt du 24 novembre 2007 (exceptions préliminaires), §§ 86 et s., discutée *infra*, I, A, 2, b. Sur la protection de l'actionnaire, v. en particulier D. MÜLLER, *La protection de l'actionnaire en droit international*, Paris, Pedone, 2015, 518 p.

PARTIE I – CHAPITRE 4

Il faut tenir compte tout d'abord de la nature fondamentalement bilatérale de la matière, régie aujourd'hui par près de trois milliers de conventions bilatérales susceptibles de retenir chacune de leur côté « aux fins de la présente convention » des définitions différentes de la nationalité des investisseurs protégés. La condition de nationalité se pose par ailleurs à deux niveaux successifs, qui ne sont pas nécessairement régis par les mêmes règles.

La doctrine s'est longtemps demandé si la règle de la nationalité de la réclamation était une règle de fond ou une règle de procédure (plus exactement, de compétence ou de recevabilité)<sup>15</sup>. Dans le droit contemporain des investissements étrangers, elle est l'une et l'autre à la fois :

« Si la nationalité est, au regard des règles relatives au traitement des étrangers ou de leurs investissements, une question de fond (car c'est d'elle que dépend l'application des règles pertinentes et, en définitive, le bien-fondé de la réclamation), le droit du procès lui donne un statut préliminaire, parfois au titre de la compétence (lorsque l'engagement juridictionnel le prévoit), généralement de la recevabilité »<sup>16</sup>.

Sur le plan du droit substantiel, les traités bilatéraux d'investissement définissent généralement en effet chacun pour ce qui le concerne leur champ d'application *ratione personae* en configurant à cet effet, en fonction de leurs besoins, la condition de nationalité<sup>17</sup>. Certains traités multilatéraux procèdent de la même manière. L'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 7, du Traité sur la Charte de l'énergie de 1994<sup>18</sup> et l'article 54 TFUE (ex-article 48 TCE)<sup>19</sup> en sont des exemples importants.

Sur le plan procédural, l'individu susceptible d'invoquer l'une des normes substantielles qui le protègent, parce qu'il en remplit les conditions d'application *ratione personae*, doit dans certains cas s'assurer également qu'il est habilité, toujours sur le terrain de la nationalité de la réclamation, à activer le mécanisme de règlement des différends devant lequel il entend porter sa réclamation. La

<sup>15</sup> Sur ce débat, v. S. TOUZÉ, *La protection des droits des nationaux à l'étranger. Recherches sur la protection diplomatique*, op. cit., pp. 343-348.

<sup>16</sup> C. SANTULLI, *Droit du contentieux international*, Paris, Montchrestien, 2005, p. 217.

<sup>17</sup> V., sur la pratique correspondante, *infra*, II.A.

<sup>18</sup> « Investisseur » désigne « 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 ».

<sup>19</sup> « Les sociétés constituées en conformité de la législation d'un Etat membre et ayant leur siège statutaire, leur administration centrale ou leur principal établissement à l'intérieur de l'Union sont assimilées, pour l'application des dispositions du présent chapitre [relatif au droit d'établissement], aux personnes physiques ressortissantes des Etats membres ». Sur le régime de cette disposition, v. en particulier CJCE (grande chambre), *Cartesio Oktató és Szolgáltató bt*, 16 décembre 2008, aff. C-210/06, pt. 109 : « Partant, conformément à l'article 48 CE, en l'absence d'une définition uniforme donnée par le droit communautaire des sociétés qui peuvent bénéficier du droit d'établissement en fonction d'un critère de rattachement unique déterminant le droit national applicable à une société, la question de savoir si l'article 43 CE s'applique à une société invoquant la liberté fondamentale consacrée par cet article, à l'instar, d'ailleurs, de celle de savoir si une personne physique est un ressortissant d'un Etat membre pouvant, à ce titre, bénéficier de cette liberté, constitue une question préalable qui, dans l'état actuel du droit communautaire, ne peut trouver une réponse que dans le droit national applicable ».

NATIONALITÉ DES INVESTISSEURS PERSONNES PHYSIQUES ET MORALES, ACTIONNAIRES

question ne se pose pas lorsque l'instrument régissant la compétence de l'instance arbitrale ne pose aucune condition de nationalité additionnelle. C'est le cas, en particulier, du règlement d'arbitrage de la CNUDCI ou de celui de la CPA pour les différends entre deux parties dont l'une seulement est un Etat. Il en va différemment pour le CIRDI dont la convention fondatrice de 1965 intègre une condition (que l'on peut qualifier de juridictionnelle) de nationalité. En vertu de son article 25, dédié à la « compétence du Centre », dont il convient de citer ici le texte complet en raison de l'importance de cette disposition dans le contentieux contemporain des investissements étrangers,

« (1) La compétence du Centre s'étend aux différends d'ordre juridique entre un Etat contractant (ou telle collectivité publique ou tel organisme dépendant de lui qu'il désigne au Centre) et le ressortissant d'un autre Etat contractant qui sont en relation directe avec un investissement et que les parties ont consenti par écrit à soumettre au Centre. Lorsque les parties ont donné leur consentement, aucune d'elles ne peut le retirer unilatéralement.

(2) "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 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 conformément à l'article 28, alinéa (3), ou à l'article 36, alinéa (3), 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 ;

(b) 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 ».

Il résulte de l'applicabilité cumulée des dispositions substantielle et juridictionnelle relatives à la nationalité de la réclamation qu'un investisseur répondant aux conditions de l'une peut très bien, dans certains cas, ne pas répondre pourtant aux conditions de l'autre. En d'autres termes, un investisseur internationalement protégé peut être privé de droit de recours devant le CIRDI en raison de sa nationalité, et réciproquement<sup>20</sup>. Une nuance doit être apportée toutefois dans la mesure où, le plus souvent, l'appréciation de la compétence *ratione personae* devant le CIRDI suppose de renvoyer au champ d'application personnel du TBI. A certains égards, les deux niveaux auxquels intervient la condition de nationalité sont donc interdépendants<sup>21</sup>. Par ailleurs, dans la mesure où la condition substantielle comme la condition juridictionnelle de nationalité

<sup>20</sup> Dans ce qui suit, la condition « substantielle » de nationalité désignera le fait qu'une norme de fond est limitée par une condition de nationalité dans son champ d'application *ratione personae* ; la condition « juridictionnelle » de nationalité visera, quant à elle, la situation où la compétence du juge international ou la recevabilité de la réclamation est conditionnée à un élément tenant à la nationalité du demandeur.

<sup>21</sup> V. *infra*, II, A, 2.

PARTIE I – CHAPITRE 4

conditionnent l'applicabilité même du droit des investissements étrangers, il est légitime de considérer que ni l'une, ni l'autre ne sont soumises en principe au jeu de la clause de la nation la plus favorisée (autrement dit, que celle-ci ne peut pas être invoquée pour bénéficier d'un régime plus favorable de nationalité). L'investisseur doit être en effet en droit d'invoquer le bénéfice des règles applicables (en particulier sur le terrain de l'applicabilité *ratione personae*) avant de pouvoir en solliciter l'application (par exemple en réclamant le bénéfice du traitement de la nation la plus favorisée)<sup>22</sup>.

En tant qu'ils en complexifient le régime, les divers éléments qui précèdent exigent de procéder à un examen serré de la condition de nationalité, et, à travers elle, de celle du champ d'application *ratione personae* du droit international des investissements envisagé du côté de ceux qu'il vise à protéger, tant au plan substantiel qu'au plan juridictionnel<sup>23</sup>. Cela suppose de cerner d'abord la substance de la condition de nationalité (I) avant d'en préciser le régime (II).

I. LA CONDITION DE NATIONALITÉ : SUBSTANCE

Afin de bien comprendre le rôle exact joué par la condition de nationalité dans le droit international des investissements contemporain, il faut partir du fait, primordial, que cette branche du droit établit, pour l'essentiel, des rapports entre un individu, personne physique ou morale, titulaire de droits, et un Etat, titulaire d'obligations. L'individu peut réclamer la protection de ses droits sur le plan international soit directement devant une juridiction internationale si son prétoire lui est ouvert, soit, à défaut, par l'intermédiaire de son Etat de nationalité si celui-ci accepte d'endosser sa réclamation en exerçant la protection diplomatique<sup>24</sup>.

Afin que le droit *international* ait vocation à intervenir dans cette relation juridique, il faut (en principe, donc sous réserve d'exceptions) qu'un élément d'extranéité soit présent. Dans cette mesure-là, la condition de nationalité joue un double rôle : un rôle négatif, tout d'abord, en ce qu'elle conduit dans certains cas à exiger que l'individu ait la nationalité d'un Etat *autre* que l'Etat à qui il est demandé de respecter le droit international (A) ; un rôle positif, ensuite, dans la mesure où le même individu est souvent tenu d'établir par ailleurs qu'il est le national de l'Etat envers les ressortissants duquel l'Etat débiteur s'est conventionnellement engagé à respecter un certain nombre d'obligations internationales (B).

<sup>22</sup> V. en ce sens CIRDI, *Metal-Tech Ltd. c. Ouzbékistan*, aff. n° ARB/10/3, sentence du 4 octobre 2013, § 145. Sur la clause de la nation la plus favorisée, v. chap. 19 pp. 727-758.

<sup>23</sup> Nous n'envisagerons ici la nationalité que comme facteur de délimitation du champ d'intervention du droit et du contentieux des investissements étrangers. Il convient toutefois de garder à l'esprit que la nationalité joue également un rôle de premier plan dans la mise en œuvre substantielle du principe du traitement national, du traitement de la nation la plus favorisée et du principe de non-discrimination (v. *infra* chapitre 7, J. CAZALA « Les standards indirects de traitement – Traitement de la nation la plus favorisée et traitement national »).

<sup>24</sup> L'investisseur peut aussi avoir recours au juge interne. Il revient alors au droit interne de régler la condition de nationalité, compte dûment tenu des engagements internationaux éventuels de l'Etat concerné.