

La protection des individus binationaux par les traités et l'arbitrage d'investissement

Mathilde FRAPPIER, docteur en Droit de l'Université Panthéon-Assas Paris 2

- *Mohamed Abdel Raouf Bahgat c. République arabe d'Égypte*, CPA n° 2017-07, décision sur la juridiction, 30 novembre 2017 ;
- *Dawood Rawat c. République de Maurice*, CPA n° 2016-20, sentence sur la juridiction, 6 avril 2018 ;
- *David R. Aven et al. c. République du Costa Rica*, n° UNCT/15/3, sentence finale, 18 septembre 2018 ;
- *Michael Ballantine et Lisa Ballantine c. République dominicaine*, CPA n° 2016-17, sentence finale, 3 septembre 2019 ; opinion dissidente partielle de l'arbitre Marney Cheek, 3 septembre 2019 ;
- *Enrique Heemsen et Jorge Heemsen c. République bolivarienne du Venezuela*, CPA n° 2017-18, sentence sur la juridiction, 29 octobre 2019 ;
- *Manuel García Armas et al. c. République bolivarienne du Venezuela*, CPA n° 2016-8, sentence sur la juridiction, 13 décembre 2019 ;
- *Serafín García Armas et Karina García Gruber c. République bolivarienne du Venezuela*, aff. CPA no. 2013-3, décision sur la juridiction, 15 décembre 2014 ; opinion dissidente de l'arbitre Rodrigo Oremano Blanco, 15 décembre 2014 ;
- *République bolivarienne du Venezuela c. Serafín García Armas et Karina García Gruber*, Cour d'appel de Paris (Pôle 1 Chambre 1), n° 15/01040, 25 avril 2017 ; Cour de cassation (Civ. 1^e), 13 février 2019, n° A 17-25.851 ; Cour d'appel de Paris (Pôle 5 Chambre 16), n° 19/03588, 3 juin 2020.

1. La question de la protection des individus¹ doubles nationaux a surgi relativement récemment dans le contentieux arbitral fondé sur les traités de promotion et de protection des investissements. Mais déjà des solutions contradictoires ont été retenues par les arbitres. La double nationalité renvoie à la situation d'un individu possédant la nationalité de deux États distincts. Une telle situation découle de la compétence, bien établie en droit international², que possède chaque État de déterminer qui sont ses nationaux. Les critères et les conditions d'acquisition de la nationalité variant selon la législation de chaque État, il est inévitable que certains individus possédant des liens de rattachement avec plusieurs États distincts se

¹ Dans l'ensemble de cette contribution, le terme « individu » est utilisé comme synonyme de « personne physique ».

² Il est d'usage de renvoyer à l'article 1^{er} de la Convention concernant certaines questions relatives aux conflits de lois sur la nationalité qui énonce : « *Il appartient à chaque État de déterminer par sa législation quels sont ses nationaux* » (convention signée à La Haye le 12 avril 1930, publiée au *Recueil des traités* de la Société des Nations, vol. 179, p. 89).

retrouvent bi- voire pluri-nationaux. Les phénomènes actuels de migrations tendent à encourager de telles situations. Pourtant, il en résulte des difficultés. En effet, la nationalité, qui est traditionnellement perçue comme un lien d'allégeance entre un individu et l'État, s'accompagne d'un ensemble de droits et d'obligations³. L'existence de deux ou plusieurs nationalités peut alors entraîner des conflits d'allégeances et des conflits de droits et d'obligations pour les individus concernés. La question de la double nationalité est sensible surtout pour les personnes physiques : la nationalité d'une personne morale n'a jamais été perçue comme recouvrant le même lien d'allégeance et le même enjeu de souveraineté pour les États. D'ailleurs, les États s'accordent plus facilement par traité sur les facteurs de rattachement pertinents (le siège social, l'incorporation, le contrôle, la propriété) plutôt que de faire renvoi à la législation nationale de chaque État pour identifier « ses » personnes morales nationales⁴. Un tel renvoi est au contraire systématique pour les personnes physiques.

2. En ce qui concerne les investissements internationaux, le champ d'application personnel des traités de promotion et de protection des investissements est systématiquement conditionné, pour les personnes physiques, à la nationalité de l'une des parties contractantes. Par ailleurs, les binationaux sont des opérateurs particulièrement actifs dans les relations économiques internationales⁵. Il est donc inévitable que des binationaux réclament le bénéfice de la protection offerte par les traités de promotion et de protection des investissements internationaux dans ses aspects tant substantiels que juridictionnels. Plusieurs situations peuvent se présenter : un individu possède la nationalité de l'un des États contractants et d'un État tiers ; un individu possède la nationalité de plusieurs États contractants, mais pas de l'État sur le territoire duquel il réalise son investissement ; enfin, un individu possède la nationalité de plusieurs États contractants y compris celle de l'État sur le territoire duquel il réalise son investissement. Dans chacune de ces situations, l'individu peut-il prétendre à la protection du traité et de l'arbitrage d'investissement ?

3. La réponse à cette question n'est pas uniforme mais dépend des textes applicables. Trois grandes hypothèses doivent être distinguées. Les deux premières hypothèses sont les plus simples : les textes applicables prévoient expressément le traitement accordé aux binationaux, soit en les excluant purement et simplement de la protection conventionnelle (1), soit en les admettant au titre de leur seule nationalité dominante et effective (2). L'une comme l'autre de ces solutions n'est pas exempte de difficultés. L'hypothèse la plus délicate reste toutefois celle du silence des textes applicables : ni le traité de promotion et de protection des investissements ni le règlement d'arbitrage ne se réfèrent expressément aux investisseurs doubles nationaux (3). Les arbitres saisis doivent alors interpréter le traité de promotion et de protection des investissements, ce qui conduit à une fragmentation des solutions retenues.

1. Les textes applicables excluent expressément les individus binationaux

³ V. Guo S., « Advantages and Disadvantages of Dual Citizenship », in Mouton J.-D., Kovács P. (dir.), *Le concept de citoyenneté en droit international*, Centre de recherches de l'Académie de droit international de La Haye, Brill Nijhoff, 2018, pp. 131-167.

⁴ V. Vandeveld K. J., *Bilateral Investment Treaties : History, Policy, and Interpretation*, Oxford University Press, 2010, spéc. p. 168.

⁵ V. Lahnait F. (dir.), *The Role of Binational Entrepreneurs as Social and Economic Bridge Builders Between Europe and North Africa*, IOS Press, 2009, spéc. pp. 69-73.

4. Selon le recensement effectué par la CNUDCI, il existerait une centaine de traités⁶ de promotion et de protection des investissements excluant expressément les doubles nationaux de leur champ d'application. À titre d'exemple, l'article I(g) du traité bilatéral d'investissement (TBI) Venezuela / Canada signé en 1996 définit l'« investisseur » comme « *une personne physique qui, aux termes des lois canadiennes, est citoyenne du Canada [...] [et] qui effectue un investissement dans le territoire du Venezuela sans avoir la citoyenneté vénézuélienne* » ou comme « *une personne physique qui, selon les lois vénézuéliennes, est citoyenne du Venezuela [...] [et] qui effectue un investissement dans le territoire du Canada sans avoir la citoyenneté canadienne* » (soulignements ajoutés). Une telle pratique reste rare lorsque l'on sait que le nombre de traités d'investissement dépasse aujourd'hui les 2500. On relève par ailleurs que tous les individus binationaux ne sont pas privés de la protection conventionnelle, mais seulement ceux qui possèdent la nationalité des deux États contractants. Le binational d'un État contractant et d'un État tiers est couvert par le traité, à condition bien sûr de réaliser un investissement sur le territoire de l'autre État contractant.

5. Finalement, l'exclusion des individus binationaux la plus remarquable est celle prévue par la Convention CIRDI parce qu'elle se répercute sur tous les traités relatifs aux investissements qui proposent l'arbitrage CIRDI comme moyen de règlement des différends entre État hôte et investisseur. L'article 25(1) de la Convention CIRDI énonce les conditions qu'un différend doit remplir pour être soumis à l'arbitrage CIRDI : il doit s'agir d'un différend d'ordre juridique, en relation directe avec un investissement, entre un État contractant et le ressortissant d'un autre État contractant, que les parties ont consenti par écrit à soumettre au Centre. La notion de « *ressortissant d'un autre État contractant* » est précisée par la Convention CIRDI. Si le ressortissant est une personne physique, l'article 25(2)(a) dispose qu'est couverte « *toute personne physique qui possède la nationalité d'un État contractant autre que l'État partie au différend à la date à laquelle les parties ont consenti à soumettre le différend [...] 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'État contractant partie au différend* » (soulignement ajouté). Ce faisant, la Convention CIRDI exige, aux dates critiques, que l'individu dispose positivement de la nationalité d'un État contractant et ne dispose pas négativement de la nationalité de l'État contractant partie au différend. L'idée qu'il doit être un ressortissant d'un « *autre* » État contractant prend alors une double dimension. Rien n'est dit en revanche d'une personne physique qui serait la ressortissante de plusieurs autres États non parties au différend, que ces États soient contractants ou non à la Convention CIRDI. On note aussi que les deux dates critiques imposées par la Convention CIRDI, date du consentement et date d'enregistrement de la requête, tendent en pratique à se rapprocher lorsque le consentement à l'arbitrage est constitué par l'acceptation d'une offre conventionnelle de la part de l'investisseur, lors du dépôt de sa requête d'arbitrage.

6. Telle qu'elle est consacrée à l'article 25(2)(a), l'exclusion des binationaux ayant la nationalité de l'État hôte ne peut pas être écartée. La nationalité de l'État hôte, dès lors qu'elle

⁶ Le projet *Mapping IIA Content* recense 127 traités excluant les binationaux au sein de leur définition de l'investisseur. Cependant, parmi les traités recensés, certains n'excluent pas de manière absolue les binationaux, mais tiennent compte de leur résidence ou de leur nationalité dominante et effective. L'exclusion expresse et absolue des binationaux, en particulier de ceux possédant la nationalité des deux États contractants, est donc rare au sein des traités de promotion et de protection des investissements.

existe, fait obstacle au recours à l'arbitrage sous l'empire de la Convention CIRDI⁷. Ce traitement des personnes physiques binationales mérite d'être mis en perspective par rapport au traitement réservé par la même Convention CIRDI aux personnes morales. Selon l'article 25(2)(b), peut accéder à l'arbitrage CIRDI, « toute personne morale qui possède la nationalité d'un État contractant autre que l'État 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'État 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 État contractant en raison du contrôle exercé sur elle par des intérêts étrangers ». L'asymétrie est évidente. Alors que l'exclusion des personnes physiques ayant la nationalité de l'État hôte est absolue, la Convention CIRDI envisage au contraire de permettre aux personnes morales ayant la nationalité de l'État hôte d'accéder à l'arbitrage CIRDI, en tenant compte du contrôle exercé sur ces personnes morales. Dit autrement, la volonté des parties en litige (ou la volonté des parties contractantes à un traité relatif à l'investissement) ne peut s'opposer à l'exclusion des personnes physiques binationales du recours à l'arbitrage CIRDI, mais elle peut s'exprimer pour l'admission des personnes morales binationales⁸.

7. Cette exclusion absolue des individus binationaux possédant la nationalité de l'État hôte de l'arbitrage CIRDI peut apparaître sévère. Elle se comprend si l'on replace l'adoption de la Convention de Washington dans son contexte historique. Lorsque la Convention fut négociée, l'arbitrage d'investissement fondé sur les traités n'existait pas ; le but de la Convention était d'offrir un cadre neutre au règlement des différends contractuels en évitant le recours à la protection diplomatique. La protection diplomatique reste toutefois envisagée par l'article 27(1) de la Convention, comme ultime recours lorsque l'État hôte ne se conforme pas à la sentence rendue à l'occasion d'un différend. Il était alors logique de transposer à l'arbitrage CIRDI, la règle de non-responsabilité de l'État à l'égard de ses propres nationaux valant en matière de protection diplomatique et énoncée à l'article 4 de la Convention de La Haye de 1930 concernant certaines questions relatives aux conflits de lois sur la nationalité : « [u]n État ne peut exercer sa protection diplomatique au profit d'un de ses nationaux à l'encontre d'un État dont celui-ci est aussi le national ». Mais, depuis la rédaction de la Convention de Washington, les circonstances ont évolué : la règle de non-responsabilité de l'État à l'égard de ses propres nationaux a été remise en cause dans le cadre de la protection diplomatique, en faveur d'une meilleure protection des individus, ainsi qu'en témoigne l'article 7 du *Projet d'articles sur la protection diplomatique* de la Commission du droit international⁹. Par ailleurs, les traités sont aujourd'hui le principal

⁷ Cette exclusion absolue des binationaux ayant la nationalité de l'État hôte n'était pas prévue dans le projet préliminaire de Convention CIRDI mais elle gagna progressivement du soutien parmi les participants : v. Schreuer C. H., *The ICSID Convention : A Commentary*, 2^e édition, Cambridge University Press, 2009, spéc. p. 271.

⁸ Cette volonté ne peut toutefois pas tout : Frappier M., « Développements récents sur la qualité d'investisseur protégé des personnes morales », *Les Cahiers de l'arbitrage - The Paris Journal of International Arbitration*, 2015, p. 16, spéc. §§ 22-26.

⁹ Cet article 7 fait le choix d'admettre l'action en protection diplomatique d'un État dont l'individu a la nationalité prépondérante à l'encontre d'un État dont l'individu a également la nationalité. Il dispose : « Un État de nationalité ne peut exercer la protection diplomatique à l'égard d'une personne contre un État dont cette personne a également la nationalité, à moins que la nationalité prépondérante de celle-ci soit celle du premier État en question tant à la date du préjudice qu'à la date de la présentation officielle de la réclamation. » (*Projet d'articles sur la protection diplomatique*, 2006, reproduit dans l'Annuaire de la Commission du droit international, 2006, volume II(2)).

instrument fondant le consentement à l'arbitrage CIRDI¹⁰. Ces traités prévoient un traitement substantiel et juridictionnel qui dépasse largement le droit international général au profit d'une catégorie générale d'« investisseurs ». Tenant davantage compte de la réalité économique, ces traités consacrent le recours direct de l'investisseur devant un tribunal arbitral, en toute autonomie vis-à-vis de son ou ses États de nationalité, à tel point d'ailleurs que d'autres liens de rattachement avec un État partie, tels que la résidence, sont parfois prévus.

8. La pratique arbitrale montre les limites d'une exclusion absolue des binationaux ayant la nationalité de l'État hôte. Dans l'affaire *Champion Trading Company*, les trois demandeurs personnes physiques étaient nés et résidaient aux États-Unis, dont ils possédaient la nationalité ; ils avaient réalisé un investissement en Égypte qui prenait la forme de parts sociales au sein d'une société incorporée localement. Bien que n'ayant pas de lien particulier avec l'Égypte, les demandeurs possédaient aussi la nationalité égyptienne par filiation. Ils prétendaient toutefois agir devant un tribunal CIRDI sur le fondement du TBI États-Unis / Égypte. Face à l'exclusion absolue des binationaux consacrée à l'article 25(2)(a) de la Convention de Washington, et en l'absence d'un autre forum d'arbitrage prévu par le TBI, les demandeurs alléguaient l'ineffectivité et l'acquisition involontaire de leur nationalité égyptienne. Si le tribunal a alors reconnu qu'une nationalité transmise de génération en génération par filiation pouvait ne plus constituer une nationalité au sens de la Convention CIRDI, il s'est contenté de relever, en l'espèce, que les demandeurs s'étaient servis de leur nationalité égyptienne pour réaliser l'investissement. Dès lors, les demandeurs sont bien des binationaux au sens de la Convention CIRDI et ne peuvent pas l'invoquer¹¹. L'exclusion aboutit ici à priver les demandeurs de tout arbitrage international. En revanche, la pratique confirme qu'une binationalité n'impliquant pas la nationalité de l'État hôte de l'investissement ne fait pas obstacle au recours à l'arbitrage CIRDI. Dans l'affaire *Olguín*, le demandeur était un binational américano-péruvien qui se fondait sur le TBI Pérou / Paraguay pour attirer le Paraguay devant un tribunal CIRDI. Le tribunal a admis que le demandeur se prévale de sa nationalité péruvienne, sans tenir compte de sa nationalité américaine. Il a toutefois qualifié la nationalité péruvienne et la nationalité américaine du demandeur de « *nationalités effectives* »¹². Est-ce à dire qu'un binational ne peut se prévaloir de l'une de ses nationalités pour recourir à l'arbitrage CIRDI que si celle-ci est effective ? Il n'y a aucun élément textuel au sein de la Convention de Washington qui irait en ce sens. Le même tribunal affirme d'ailleurs quelques lignes après que la seule exigence est que le demandeur ait la nationalité d'un État contractant au TBI et contractant à la Convention CIRDI¹³. Il faut en conclure que pour recourir à l'arbitrage CIRDI, la double nationalité est indifférente, tant qu'elle n'implique pas la nationalité de l'État défendeur¹⁴.

¹⁰ Selon les statistiques fournies par le CIRDI, 76% des affaires enregistrées invoquaient un traité comme base de compétence (*The ICSID Caseload – Statistics*, Issue 2020-2, spéc. p. 11, accessible en ligne sur le site du CIRDI).

¹¹ *Champion Trading Company et al. c. République arabe d'Égypte*, CIRDI n°ARB/02/9, décision sur la juridiction, 21 octobre 2003, § 3.4.1, spéc. p. 17.

¹² *Olguín c. République du Paraguay*, CIRDI n°ARB/98/5, sentence, 26 juillet 2001, spéc. § 61.

¹³ *Ibid.*, § 62.

¹⁴ Toutefois, conformément aux articles 38 et 39 de la Convention CIRDI, lorsque les arbitres ne sont pas nommés d'un commun accord par les parties en litige, ils ne doivent pas être ressortissants de l'État partie au différend ou ressortissants de l'État de nationalité de l'investisseur partie au différend. Dans ce sens, la double nationalité de l'investisseur a une incidence sur la composition du tribunal arbitral puisqu'elle réduit le groupe des arbitres qu'une partie ou que l'autorité de nomination peut désigner unilatéralement. Dans l'affaire *Olguín*, cela a conduit à la disqualification d'un arbitre américain désigné par le demandeur sans l'accord du Paraguay (*ibid.*, spéc. §15).

9. Au-delà de l'arbitrage selon la Convention CIRDI, l'exclusion des binationaux ayant la nationalité de l'État hôte joue aussi pour tout arbitrage effectué selon le Règlement du Mécanisme supplémentaire CIRDI¹⁵. L'article 3 du Règlement du Mécanisme supplémentaire énonce clairement qu'aucune disposition de la Convention CIRDI n'est applicable aux procédures menées selon le Mécanisme supplémentaire, ce qui comprend l'exclusion des individus binationaux posée par l'article 25(2)(a). Mais, dans le même temps, l'article 1(6) du Règlement du Mécanisme supplémentaire prévoit : « *L'expression 'ressortissant d'un autre État' désigne une personne qui n'est pas, ou que les parties à l'instance considérée sont convenues de ne pas traiter comme, ressortissant de l'État partie à ladite instance* » (soulignements ajoutés). Sur cette base, le Secrétaire général du CIRDI rejette immédiatement les réclamations d'individus binationaux qui possèdent la nationalité de l'État mis en cause. L'affaire *Heemsen* en fournit un bon exemple (§ 494). Les personnes physiques binationales qui n'ont pas accès à l'arbitrage CIRDI n'ont donc pas davantage accès à l'arbitrage selon le Mécanisme supplémentaire.

2. Les textes applicables prévoient expressément la prise en compte de la nationalité dominante et effective

10. Certains traités conclus après l'année 2000, notamment par le Canada et les États-Unis¹⁶, contiennent des clauses expresses prévoyant qu'en cas de binationalité, l'investisseur personne physique ne pourra se prévaloir, afin de réclamer la protection du traité, que de sa nationalité dominante et effective. Il en existe une dizaine. À titre d'exemple, l'article 10.28 de l'accord de libre-échange entre l'Amérique centrale, les États-Unis d'Amérique et la République dominicaine (ci-après « DR-CAFTA ») énonce : « *investor of a Party means a Party or state enterprise thereof, or a national or an enterprise of a Party, that attempts to make, is making, or has made an investment in the territory of another Party; provided, however, that a natural person who is a dual national shall be deemed to be exclusively a national of the State of his or her dominant and effective nationality* » (soulignements ajoutés). Le traité consacre la règle de la nationalité dominante et effective sans faire apparemment de distinction au sein des doubles nationaux, en particulier sans viser spécifiquement les doubles nationaux qui auraient la nationalité de la partie contractante hôte de l'investissement.

11. Toutefois, la question du champ d'application de la règle de la nationalité dominante et effective s'est présentée dans l'affaire *Aven*. L'un des demandeurs, David Aven, avait la double nationalité américaine (État partie au DR-CAFTA) et italienne (État tiers au DR-CAFTA). Selon le Costa Rica, la clause du DR-CAFTA relative aux binationaux s'applique à tous les binationaux

¹⁵ Pour rappel, le Mécanisme supplémentaire permet de soumettre à l'arbitrage, en s'appuyant sur les services administratifs du CIRDI, des différends qui n'entrent pas dans le champ de la Convention de Washington, soit que le différend n'est pas en relation directe avec un investissement, soit que le différend concerne un État non contractant, qu'il s'agisse de l'État partie au différend ou de l'État du ressortissant (Article 2 du Règlement régissant le Mécanisme supplémentaire).

¹⁶ À partir de la base de traités de la CNUDCI [<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements>], nous avons recensé 58 accords internationaux relatifs aux investissements qui prévoient le test de la nationalité dominante et effective pour les binationaux. Une grande majorité de ces accords a été conclue au cours des dix dernières années. Le premier est l'accord de libre-échange conclu en 2003 entre les États-Unis et Singapour.

y compris ceux dont l'une des nationalités est celle d'un État tiers au traité. Le raisonnement du tribunal se révèle plus complexe. Selon le tribunal, en incorporant l'expression « nationalité dominante et effective », les États parties au DR-CAFTA ont voulu incorporer le standard du droit international général applicable en matière de protection diplomatique (§ 205). En application de ce standard, qui a été codifié par la Commission du droit international¹⁷, la double nationalité ne devient pertinente que lorsqu'un investisseur cherche à bénéficier des dispositions conventionnelles alors qu'il dispose de la nationalité de l'État hôte de l'investissement. Le test de la nationalité dominante et effective sert alors à déterminer si l'investisseur est vraiment un étranger ou s'il dispose avec l'État hôte d'un lien personnel d'un degré similaire à celui des autres nationaux (§ 215). Dit autrement, le tribunal voit dans l'article 10.28 du DR-CAFTA une clause qui étend la protection conventionnelle, en permettant à des binationaux ayant la nationalité de l'État hôte d'agir, à la manière de ce qui se passe pour les personnes morales avec le critère du contrôle ou de la propriété, et non une clause qui restreint la protection conventionnelle, en conditionnant l'action de tout binational à sa seule nationalité dominante ou effective. Une telle interprétation aurait voulu que le tribunal s'arrête là : la double nationalité de David Aven n'étant pas pertinente pour déterminer l'application du traité, dès lors qu'elle n'implique pas la nationalité de l'État hôte de l'investissement, la recherche de sa nationalité dominante et effective était sans objet.

12. Pourtant, le tribunal va bien évaluer l'effectivité de la nationalité américaine de M. Aven. Poursuivant sa reprise pure et simple des solutions retenues en matière de protection diplomatique, le tribunal se réfère à l'affaire *Nottebohm*¹⁸ et aux facteurs mentionnés dans cette arrêt par la Cour internationale de Justice afin d'évaluer l'effectivité d'une nationalité (§§ 219-220) : le domicile de l'intéressé, le siège de ses intérêts, ses liens de famille, sa participation à la vie publique, l'attachement à un pays qu'il aurait manifesté et inculqué à ses enfants. Le tribunal se montre particulièrement strict sur les facteurs pris en compte pour évaluer l'effectivité de la nationalité américaine de M. Aven et rejette toute adaptation de ces facteurs au contentieux de l'investissement. En particulier, il refuse de tenir compte de la nationalité utilisée par M. Aven lors de l'établissement de son investissement. Mais le tribunal devait encore répondre au moyen tenant à la bonne foi de M. Aven, ce dernier ayant utilisé sa nationalité italienne pour réaliser son investissement puis sa nationalité américaine pour soumettre sa demande d'arbitrage. Ce changement de position de l'investisseur concernant sa nationalité une fois le différend né constitue-t-il un abus de droit le privant de la protection du DR-CAFTA ? Pour répondre, le tribunal se réfère cette fois-ci à la pratique des tribunaux d'investissement relative à l'abus de droit en cas de restructurations corporatives (§§ 229 et s.). Le tribunal conclut à l'absence d'abus de droit dès lors que M. Aven n'a pas changé de nationalité dans le seul but d'introduire sa réclamation. La nationalité américaine de David Aven était dominante et effective avant même qu'il réalise son investissement ; s'il s'est présenté en tant qu'italien au moment de réaliser son investissement, c'est simplement pour ne pas encourager des préjugés anti-américains (§§ 239-242). Cette transposition du raisonnement applicable aux investisseurs personnes morales aux investisseurs personnes physiques doubles nationaux apparaît limitée dès lors que les changements de nationalité sont en général moins faciles pour ces derniers. En l'espèce, M. Aven

¹⁷ En particulier aux articles 6 et 7 du *Projet d'articles sur la protection diplomatique* précité.

¹⁸ CIJ, *Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala)*, deuxième phase, arrêt, 6 avril 1955, *Rec.* 1955, p. 4.

n'a jamais changé de nationalité, n'a exprimé aucune volonté en ce sens, mais était binational de naissance. Dès lors, on ne voit pas comment l'abus de droit aurait pu être constaté, surtout après que le tribunal a confirmé l'effectivité de la nationalité américaine de M. Aven.

13. Dans l'affaire *Ballantine*, les demandeurs, Lisa et Michael Ballantine, possédaient la double nationalité américaine et dominicaine. Ils agissaient contre la République dominicaine, toujours sur le fondement du DR-CAFTA. Le traité applicable leur laissant le choix entre un arbitrage selon la Convention CIRDI, selon le règlement d'arbitrage du mécanisme supplémentaire CIRDI ou selon le règlement d'arbitrage CNUDCI, ils ont logiquement choisi ce dernier qui ne contient pas de règle d'exclusion pour les individus ayant la nationalité de l'État mis en cause. Mais la République dominicaine affirme qu'en l'absence d'une nationalité américaine dominante et effective, les époux Ballantine n'ont accès ni au traitement juridictionnel ni au traitement substantiel prévu par le DR-CAFTA, autrement dit qu'ils sont exclus de toute protection conventionnelle. Or, alors qu'il contient une clause expresse relative aux doubles nationaux, le DR-CAFTA ne précise ni la date critique ni la méthode pour évaluer la nationalité dominante et effective d'un individu.

14. La première question que le tribunal a dû trancher est celle de la date critique. La définition de « l'investisseur » donnée par le DR-CAFTA est large ; elle se réfère à trois moments : avant, pendant, et après la réalisation de l'investissement. Selon les époux Ballantine, il faut et il suffit qu'ils remplissent la condition d'« investisseur d'une autre partie » à l'un de ces trois moments pour être couverts par le traité. Or, lors de la réalisation de l'investissement, ils possédaient uniquement la nationalité américaine. La question de leur nationalité dominante et effective, qui suppose une double nationalité, ne se pose donc pas (§ 198). Le tribunal préfère suivre l'argumentation de la République dominicaine, qui était soutenue par les soumissions des États-Unis et du Costa Rica en tant que tierces parties. S'il refuse de consacrer une condition de continuité de la nationalité, le tribunal considère qu'il doit déterminer si les époux Ballantine satisfont à la condition de nationalité à la fois à la date de soumission de leur réclamation et à la date des violations alléguées. Si la condition de nationalité n'est pas remplie à ces deux dates critiques alors il n'y a pas d'« investisseur » et de « demandeur » au sens du DR-CAFTA (§ 225). Autrement dit, les époux Ballantine ne sont protégés ni par les dispositions substantielles ni par les dispositions juridictionnelles du traité. Le tribunal ne saurait se contenter d'apprécier la condition de nationalité au moment où l'investissement a été réalisé (§ 226). Indépendamment du traité applicable, les dates critiques identifiées par le tribunal, à savoir la date des violations alléguées et la date de la réclamation, seront toujours pertinentes, car elles tiennent à l'existence d'obligations substantielles à la charge de l'État hôte et à l'existence du consentement à l'arbitrage de l'État hôte. Selon le texte du traité applicable, une date critique supplémentaire peut s'ajouter, celle de la réalisation de l'investissement¹⁹. En l'espèce, les époux Ballantine possédaient bien la double nationalité américaine et dominicaine aux deux dates critiques, ce qui impose d'évaluer leur nationalité dominante et effective.

15. La deuxième question que le tribunal a dû trancher est celle de la méthode d'évaluation. Selon le tribunal, la « nationalité dominante et effective » suppose une évaluation globale (§ 540). Alors que la nationalité « effective » renvoie à la nature substantielle et non seulement formelle

¹⁹ C'est le cas du TBI Espagne / Venezuela d'après l'analyse de la Cour d'appel de Paris dans l'affaire *Serafin García Armas* dont il sera question *infra*.

du lien de rattachement entre l'individu et l'État, la nationalité « dominante » renvoie à la plus grande force de ce lien de rattachement par rapport aux liens de rattachement que le même individu possède avec d'autres États (§§ 538-539). Une nationalité dominante est forcément une nationalité effective ; en revanche, une nationalité effective n'est pas forcément une nationalité dominante. Selon le tribunal, l'expression « nationalité dominante et effective » au sein du DR-CAFTA renvoie clairement à un concept utilisé dans le cadre du droit international coutumier et de la protection diplomatique (§ 529). Cependant, la majorité du tribunal rappelle que l'expression est ici utilisée dans un cadre particulier, celui de la protection conventionnelle des investissements et du DR-CAFTA (§ 533). S'il existe en droit international coutumier des facteurs pertinents pour évaluer la nationalité effective et dominante d'un binational (§ 547), ces facteurs, qui ne sont pas exhaustifs, doivent être adaptés au contexte et à l'affaire dont le tribunal est saisi. C'est pourquoi la majorité estime que l'évaluation de la nationalité dominante et effective doit tenir particulièrement compte des facteurs tenant à l'investissement en cause dans le présent différend et de la période entourant cet investissement. Les arbitres examinent ensuite les éléments de preuve rapportés par les parties concernant la résidence habituelle des époux Ballantine, leur attachement personnel à un État particulier, le centre de leur vie économique, sociale et familiale. La majorité relève que durant la période critique les époux Ballantine ont passé plus de temps en République dominicaine et qu'ils ont volontairement demandé le statut de résident permanent puis de nationaux (§ 598). La majorité souligne surtout que c'est volontairement que les époux Ballantine ont acquis la nationalité dominicaine afin de faciliter leur projet d'investissement (§ 599). D'une certaine manière, les époux Ballantine ont volontairement fait le choix, dans le cadre de leur investissement, d'être traité comme des nationaux. La majorité conclut qu'aux dates critiques, la nationalité dominicaine des époux Ballantine était plus forte que leur nationalité américaine (§ 597). Dès lors, ils ne peuvent pas réclamer la protection du DR-CAFTA et le tribunal doit se déclarer incompétent.

16. Sur cette deuxième question, l'arbitre Marney Cheek, nommée par les époux Balantine, rédige une opinion dissidente. Elle estime que la majorité du tribunal a mal évalué la nationalité dominante et effective. Selon elle, il faut tenir compte de l'ensemble de la vie des époux Ballantine et non de la seule période entourant l'investissement. Elle soutient une incorporation pure et simple du concept coutumier de « nationalité dominante et effective » et rejette donc toute adaptation au contexte spécifique de l'arbitrage d'investissement (§ 4). Quant à la motivation purement économique derrière la naturalisation des époux Ballantine, l'arbitre Cheek fait le parallèle avec une personne morale américaine qui établirait une filiale de droit local pour mener à bien un projet d'investissement en République dominicaine « *for the ease of doing business* » (§§ 27-28). Les époux Ballantine ont acquis une seconde nationalité en espérant faire prospérer leur investissement, cette seconde nationalité ne saurait devenir dominante en raison de la seule motivation économique qui lui est sous-jacente. C'est davantage une question de bonne foi dans l'acquisition de cette seconde nationalité qui se pose. Sans surprise, les époux Ballantine ont formé un recours en annulation contre la sentence du tribunal devant le juge du siège. Leur demande d'annulation souligne le risque qu'un investisseur très impliqué dans la gestion de son investissement, qui décide de résider sur le territoire de l'État hôte puis de demander sa naturalisation, se voit priver de toute protection conventionnelle. Les investisseurs personnes physiques les plus impliqués seraient alors les moins bien protégés.

17. Une clause expresse prévoyant la prise en compte de la nationalité effective et dominante des doubles nationaux laisse penser à une extension de la protection conventionnelle au profit des individus possédant la nationalité de l'État hôte. Cependant, le champ d'application et l'évaluation de la nationalité dominante et effective restent confus. Un double national, même lorsqu'il ne possède pas la nationalité de l'État hôte, est vulnérable : la nationalité dont il se prévaut pour réclamer la protection d'un traité est susceptible d'être évaluée. L'évaluation de la nationalité dominante et effective d'un investisseur binational s'articule autour d'un ensemble de facteurs dont deux posent particulièrement problème. D'abord, le facteur du centre des intérêts, qui renverra d'autant plus à l'État hôte de l'investissement que l'investisseur est impliqué. L'adaptation de ce facteur au contentieux de l'investissement interroge. Ensuite, le facteur de la revendication d'une nationalité par l'investisseur dans le cadre de son projet, que cette nationalité préexiste ou soit acquise après la constitution de l'investissement, lors de son exploitation. Ici c'est l'adaptation de la pratique arbitrale relative à l'abus de droit en cas de restructurations corporatives qui interroge.

3. Les textes applicables ne contiennent aucune référence expresse aux individus binationaux

18. Le plus souvent, le traité de promotion et de protection des investissements ne contient aucune clause expresse relative aux individus binationaux : ni exclusion ni admission au titre de leur seule nationalité dominante ou effective. Contrairement à la Convention CIRDI, le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI est muet sur la question de la nationalité, y compris dans sa version révisée en 2010. Il s'en remet entièrement à la volonté commune des parties en litige. Cela n'a rien de surprenant puisqu'il s'agit d'un règlement d'arbitrage pensé au départ pour le règlement des litiges commerciaux entre cocontractants et non pour le règlement des litiges d'investissement entre un État et un particulier sur le fondement d'un traité. Les arbitres saisis par un individu double national sont alors confrontés au silence des textes applicables. Ils s'accordent sur la méthode : ils doivent s'appuyer sur le texte du traité applicable et l'interpréter conformément aux règles coutumières codifiées aux articles 31 et 32 de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969. Or, le travail d'interprétation n'a rien de mécanique, mais dépend des éléments pris en compte par l'interprète et du poids relatif accordé à ces différents éléments. Selon l'article 31.1 de la Convention de Vienne, « *[u]n 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* ». L'article 31.3(c) ajoute qu'il sera tenu compte, en même temps que du contexte, « *[d]e toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties* ». Chacun de ces éléments (le sens ordinaire des termes, le contexte, l'objet et le but du traité, l'existence d'une règle pertinente de droit international) varie selon le texte applicable et l'appréciation des arbitres saisis. Le travail d'interprétation du traité applicable peut ainsi conduire à admettre les réclamations des binationaux (a), à exclure les réclamations des binationaux (b), ou encore à admettre les réclamations des binationaux sur la base de leur nationalité dominante (c). Si cette fragmentation des solutions reflète la fragmentation des textes applicables, elle s'explique aussi par les incertitudes qui continuent d'entourer la nature de la protection conventionnelle des investissements internationaux. Derrière la question de la

protection des binationaux, en particulier de ceux qui possèdent la nationalité de l'État hôte, c'est la question de la spécificité ou non des traités et de l'arbitrage d'investissement par rapport au droit international général qui apparaît.

a. L'interprétation conduit à admettre les réclamations des binationaux

19. Dans l'affaire *Serafín García Armas et Karina García Gruber*, les demandeurs avaient la double nationalité du Venezuela et de l'Espagne. Le Venezuela contestait d'abord la compétence *ratione personae* du tribunal dès lors que les demandeurs possédaient sa nationalité. D'après l'article 1^{er} du TBI Espagne / Venezuela, sont des « investisseurs », les personnes physiques qui possèdent la nationalité d'une des parties contractantes conformément à sa législation et qui réalisent des investissements sur le territoire de l'autre partie contractante (nous traduisons de l'espagnol et soulignons). Pour trancher la question de l'application du traité aux binationaux possédant la nationalité de l'État hôte, le tribunal commence par un rappel historique : les TBI sont conclus par des États souverains en vue d'assurer une protection plus efficace que celle prévue par le droit international coutumier (§ 153). À partir de là, le tribunal affirme l'autonomie du régime établi par les TBI : ce régime échappe à l'application du droit international général en faveur du respect de la volonté commune des États contractants à chaque traité bilatéral (§ 154). Autrement dit, les TBI constituent des *leges speciales* qui déterminent eux-mêmes les conditions de leur application ; il faut donc s'en tenir aux termes du TBI applicable, et ce n'est que lorsque ces termes ne sont pas clairs que le recours aux principes du droit international général peut être envisagé (§§ 157-158). Si le tribunal se réfère à la règle générale d'interprétation de l'article 31.1 de la Convention de Vienne, il insiste sur la prévalence du texte : l'interprétation téléologique est subsidiaire, elle doit intervenir seulement lorsque le texte du traité ne suffit pas (§ 163). Alors qu'il a affirmé qu'il donnerait une importance prépondérante au texte du traité applicable, le tribunal fait un détour par la pratique conventionnelle du Venezuela et de l'Espagne. De l'analyse de cette pratique, le tribunal conclut que la volonté d'exclure les binationaux de la protection du traité prend généralement la forme d'une clause expresse (§§ 180-181). Quant à la clause de règlement des différends du TBI Espagne / Venezuela, elle mentionne à la fois l'arbitrage CIRDI et l'arbitrage CNUDCI, ce dernier ayant été choisi par les demandeurs dans cette affaire, sans que le Venezuela ne le conteste (§ 191). La règle d'exclusion prévue par l'arbitrage CIRDI n'est donc pas applicable (§ 192). Le tribunal en vient finalement à l'article 1^{er} du traité et à la définition de l'investisseur. Il estime que la référence à une personne physique ayant la nationalité « d'une » des parties contractantes n'exclut pas les personnes physiques ayant la nationalité des deux parties contractantes. Le terme « d'une » ne revêt pas une dimension numérique. Sont donc couvertes toutes les personnes physiques ayant la nationalité d'une partie contractante sans que soient exclues les personnes physiques ayant aussi la nationalité de l'autre partie contractante. Le tribunal estime qu'il ne peut ajouter au texte du traité une condition qui n'y figure pas (§ 199). Pour cette raison, il faut et il suffit que les demandeurs aient la nationalité espagnole pour que leur investissement réalisé sur le territoire du Venezuela et eux-mêmes soient protégés par le traité. Que cette nationalité espagnole soit « purement formelle » selon les allégations du

Venezuela est sans pertinence (§200). Le tribunal rejette ainsi l'exception d'incompétence *ratione personae*.

20. La question de la protection des binationaux possédant la nationalité de l'État hôte réapparaît toutefois sous l'angle de l'exception d'incompétence *ratione materiae* soulevée par le Venezuela. Ce dernier contestait l'existence d'investissements protégés par le traité dès lors qu'au moment de réaliser leurs investissements, les demandeurs ne possédaient que la nationalité vénézuélienne et pas encore la nationalité espagnole (§ 210). On retrouve ici la question de la date critique pour évaluer la condition de nationalité énoncée par le traité. Le tribunal va alors se diviser. La majorité considère qu'il suffit de vérifier la condition de nationalité aux dates des violations alléguées et de la requête d'arbitrage. Au contraire, l'arbitre dissident estime que pour bénéficier de la protection du TBI Espagne / Venezuela, les demandeurs devaient avoir la nationalité espagnole lorsqu'ils ont réalisé leur investissement au Venezuela. Or, il semble que pour une partie des investissements en cause dans le différend, les demandeurs les ont réalisés alors qu'ils étaient exclusivement vénézuéliens.

21. Le Venezuela a formé un recours en annulation contre la décision du tribunal devant le juge du siège, la Cour d'appel de Paris. Au soutien de son recours annulation, le Venezuela alléguait non seulement que le tribunal se serait reconnu compétent à tort, que les arbitres auraient méconnu leur mission, mais encore que la décision violerait un principe d'ordre public international selon lequel les nationaux d'un État ne pourraient attirer celui-ci dans une instance internationale²⁰. Le raisonnement de la Cour d'appel a largement suivi celui du tribunal²¹ : des termes mêmes du TBI, il ne ressort aucune exclusion ou aucun traitement particulier des binationaux et il ne convient pas de distinguer là où le texte du traité ne distingue pas. Cette analyse fondée sur le texte du traité est renforcée selon la Cour d'appel par la prise en compte du but du TBI, assurer la coopération économique entre les parties contractantes, qui ne serait que partiellement réalisé si les doubles nationaux étaient exclus de sa protection. La Cour d'appel relève également que le fait que l'arbitrage CIRDI soit « *l'une des modalités du règlement des différends en vertu du TBI* » ne montre pas une volonté d'exclure « *dans tous les cas* » les recours des doubles nationaux dès lors que le traité a aussi prévu un arbitrage selon un règlement qui ne prévoit pas une telle exclusion. D'après la Cour d'appel, pour établir la compétence *ratione personae* du tribunal, seul compte que l'Espagne considérerait les demandeurs comme ses nationaux « *à la date à laquelle la procédure arbitrale avait été engagée* ». Le tribunal a donc, selon la Cour d'appel de Paris, fait une application pure et simple de l'article 1^{er} du TBI et n'a pas méconnu sa mission. Enfin, le juge du siège énonce que le principe selon lequel les nationaux d'un État ne pourraient attirer celui-ci dans une instance internationale ne correspond pas à la conception française de l'ordre public international. En revanche, en s'appuyant sur le terme « actifs investis », et non « actifs détenus », figurant dans la définition de l'investissement, la Cour d'appel affirme que le sens ordinaire du terme implique une condition de nationalité à la

²⁰ Pour rappel, l'article 1520 du Code de procédure civile liste cinq motifs d'annulation d'une sentence arbitrale. Sur cette question, v. Crépet-Daigremont C., « Décisions françaises sur les recours en annulation de sentences : le développement d'une jurisprudence nationale de droit international des investissements », Les Cahiers de l'arbitrage - The Paris Journal of International Arbitration, 2019, p. 745.

²¹ L'arrêt de la Cour d'appel de Paris a déjà fait l'objet d'une analyse dans cette chronique : Ben Hamida W., « L'investisseur protégé : Paris, le paradis arbitral des binationaux et des investisseurs souverains », Les Cahiers de l'arbitrage - The Paris Journal of International Arbitration, 2017, p. 674.

date d'acquisition de l'investissement. Sur ce fondement, la Cour d'appel annule partiellement la sentence en ce que le tribunal n'a pas vérifié la nationalité des demandeurs à la date de réalisation de leurs investissements. Saisi d'un pourvoi, la Cour de cassation ne s'est pas prononcée sur l'interprétation de la notion d'investisseur figurant dans le TBI Espagne / Venezuela et sur la protection des doubles nationaux. Elle a cassé l'arrêt uniquement en ce que la Cour d'appel ne pouvait pas constater qu'une des deux conditions énoncées par la clause d'arbitrage, à savoir l'existence d'un investissement, n'avait pas été vérifiée par le tribunal et prononcer seulement une annulation partielle de la décision. Saisie sur renvoi après pourvoi, la Cour d'appel de Paris, dans une nouvelle formation, ne revient pas sur la protection des doubles nationaux par le TBI Espagne / Venezuela. Elle se concentre uniquement sur l'existence d'un investissement au sens du traité dont le tribunal ne s'est pas assuré en n'examinant pas si les demandeurs avaient bien la nationalité espagnole et non seulement la nationalité vénézuélienne à la date de réalisation des investissements. La Cour d'appel annule alors l'ensemble de la décision du tribunal. Mais l'approche de la Cour d'appel de Paris favorable à la protection des binationaux possédant la nationalité de l'État hôte n'est pas remise en cause.

22. L'affaire *Bahgat* appartient au même courant d'interprétation. Le demandeur, qui avait réalisé un investissement en Égypte, avait la double nationalité finlandaise et égyptienne. Le tribunal souligne que les conditions à remplir pour soumettre une réclamation sont indiquées dans les TBI Finlande / Égypte de 1980 et de 2004 ; qu'aucun de ces deux TBI ne contient une clause expresse excluant les doubles nationaux ; que lorsqu'ils définissent les individus capables de former une réclamation, ces deux TBI ne prévoient qu'une condition positive (l'individu demandeur doit être le national d'une partie contractante) et aucune condition négative (l'individu demandeur ne doit pas être également le national de l'État hôte) (§ 222). Dès lors, il faut et il suffit pour établir la compétence *ratione personae* du tribunal que le demandeur prouve sa nationalité finlandaise aux dates critiques, ce qu'il a fait (§ 224). Le tribunal ajoute ne pas discerner de principe général qui interdirait à un double national de former une réclamation contre son État de nationalité en vertu d'un traité d'investissement (§ 230). Il qualifie le traité d'investissement de *lex specialis* dont le langage exprès doit l'emporter (§ 231). Le tribunal a donc retenu sa compétence *ratione personae* alors que le demandeur était un double national possédant la nationalité de l'État hôte.

23. Dans ces affaires, l'admission de la protection des doubles nationaux insiste sur les termes de la définition de l'« investisseur » au sein du traité applicable. En se référant au national « d'une partie » qui réalise un investissement sur le territoire « de l'autre partie », le texte ne fait aucune distinction au sein de la catégorie des nationaux. Il n'exige ni unicité ni effectivité de la nationalité invoquée par le demandeur. Dès lors, l'existence d'une nationalité d'un Etat contractant autre que celle de l'État hôte suffit à déclencher l'application du traité. Au-delà du texte du traité, les autres éléments mentionnés à l'article 31 de la Convention de Vienne ne sont pas ignorés. La protection des doubles nationaux se concilie avec l'objet et le but des TBI : si les binationaux ne sont pas protégés, alors qu'ils sont particulièrement actifs dans les relations économiques entre les deux États parties, l'objectif de coopération et de développement économique ne sera que partiellement atteint. À un niveau plus général, l'objet et le but des TBI sont d'accorder une protection qui rompt avec la protection diplomatique : les règles applicables en la matière ne sauraient donc être applicables. Si la qualification n'est pas toujours employée, l'idée est bien que les TBI sont une *lex specialis* qui écarte la logique de la protection

diplomatique au profit d'une protection directe des individus, protection perçue comme un vecteur de développement et de prospérité économique pour les États parties. De plus, dans ces affaires, le contexte conventionnel ne s'opposait pas à la protection des binationaux. D'une part, la clause de traitement national ne perd pas tout effet utile puisqu'elle garantit aux investisseurs doubles nationaux qu'ils ne seront pas moins bien traités à raison de leur double nationalité par rapport aux nationaux ne possédant que la nationalité de l'État hôte. L'argument vaut de la même manière lorsqu'une personne morale incorporée localement sous contrôle étranger relève de la définition de l'investisseur au sens du traité applicable. D'autre part, la clause de règlement des différends offrait plusieurs forums d'arbitrage, y compris des forums n'excluant pas le recours des individus possédant la nationalité de l'État hôte. D'autres éléments ne peuvent en revanche pas être pris en compte au titre du contexte pour interpréter le traité. C'est le cas de la pratique conventionnelle et du droit national de chaque État contractant : ces éléments ne peuvent pas permettre d'identifier la volonté commune des États contractants. Au mieux, au même titre que les éventuels travaux préparatoires, ces éléments peuvent servir de confirmation à l'interprétation déjà arrêtée par le tribunal. En admettant la protection des binationaux, le risque est que des individus puissent agir à la fois contre les deux États parties à un TBI. Cela suppose que les individus aient non seulement la nationalité des deux États parties mais aussi qu'ils aient investi sur le territoire des deux États parties. Dans ce cas, il reste à l'État hôte la possibilité d'alléguer l'utilisation abusive ou frauduleuse de la double nationalité.

b. L'interprétation conduit à exclure les réclamations des binationaux

24. D'autres membres de la famille Garcia Armas, eux aussi binationaux vénézuéliens et espagnols, ont introduit une réclamation, toujours sur le fondement du TBI Espagne / Venezuela, mais devant un tribunal CNUDCI dont le siège a été fixé à La Haye. À nouveau, le Venezuela conteste la compétence *ratione personae* du tribunal et l'application du traité à des individus ayant la nationalité de l'État hôte. Dans cette affaire *Manuel García Armas*, le tribunal va très rapidement se distinguer de celui saisi dans l'affaire *Serafín García Armas*. Il commence par affirmer qu'il n'y a aucune hiérarchie entre les différents éléments de l'article 31 de la Convention de Vienne, et notamment, qu'il n'y a pas de primauté du sens ordinaire des termes (§§ 643-644). De plus, le tribunal estime que si les parties à un TBI peuvent exclure l'application des principes du droit international général, ils doivent le faire de manière expresse au sein du traité (§ 645). Autrement dit, en l'absence d'indication contraire dans le traité, les principes du droit international général, y compris ceux dégagés dans le contexte de la protection diplomatique, s'appliquent. Le tribunal rejette ainsi la qualification des TBI en tant que *lex specialis* entendue comme régime autosuffisant (§ 704). Le tribunal part tout de même de la définition de l'« investisseur » donnée par le traité. Celle-ci n'inclut pas expressément les doubles nationaux. Selon le tribunal, cela ne signifie pas que les doubles nationaux sont nécessairement exclus de la protection du traité. Mais, au titre du contexte, il donne une importance particulière à la clause de règlement des différends : cette clause établit la compétence principale du système CIRDI et la compétence subsidiaire de l'arbitrage CNUDCI (§ 714). Dès lors, le traité prévoyant la primauté de l'arbitrage CIRDI, y compris selon le Mécanisme supplémentaire, le principe d'irresponsabilité de l'État vis-à-vis de ses propres nationaux imprègne le traité (§721). La structure du traité, qui hiérarchise les forums d'arbitrage disponibles, et la nécessité de maintenir

les termes du traité inchangés, en particulier le terme « investisseur », quel que soit le forum arbitral saisi (§ 722), conduisent le tribunal à conclure que les parties contractantes ont exclu la protection des doubles nationaux possédant la nationalité de l'État hôte (§ 723).

25. Dans l'affaire *Heemsen*, le tribunal est parvenu à une solution très proche. Les demandeurs possédaient la double nationalité allemande et vénézuélienne. Le TBI Allemagne / Venezuela était donc invoqué. Le tribunal commence par relever que la définition du « national » donnée par le traité ni n'exclut ni n'inclut les binationaux. Il se tourne alors vers le contexte, y compris le préambule et les autres dispositions du traité, afin d'identifier la volonté des parties contractantes (§ 414). Un poids considérable est alors donné par le tribunal à la clause de règlement des différends et, au sein de cette clause, au renvoi au seul arbitrage CIRDI. Le tribunal relève qu'au sens de la convention de Washington, le « national » n'inclut pas le double national ayant la nationalité de l'État défendeur ; il doit en être de même du « national » au sens du TBI Allemagne / Venezuela. En effet, il serait absurde ou déraisonnable de bénéficier des dispositions substantielles du traité sans pouvoir bénéficier de ses dispositions juridictionnelles. Selon le tribunal, la protection du traité ne peut pas être scindée en deux.

26. Dans l'affaire *Dawood Rawat*, le demandeur était un double national franco-mauricien ayant réalisé un investissement à Maurice²². Il se prévalait du TBI France / Maurice devant un tribunal saisi en application du règlement d'arbitrage CNUDCI. Le traité, datant de 1973, ne contient aucune référence expresse aux doubles nationaux et aucune clause de règlement des différends. Il prévoit cependant en son article 9 que tous les contrats d'investissement conclus entre les ressortissants d'une partie et l'autre partie contiendront obligatoirement une clause compromissoire CIRDI. Cet élément de contexte se révèle déterminant dans l'interprétation du tribunal. La question est de savoir si le « ressortissant » au sens du TBI France / Maurice inclut ou exclut les doubles nationaux (§ 167). Selon le tribunal, en l'absence d'une exclusion expresse des doubles nationaux, il semblerait que les doubles nationaux sont inclus (§ 170). L'objet et le but du TBI sont aussi en faveur de l'inclusion des doubles nationaux : sont visées la promotion et la protection des investissements sans que soit distinguées les sources possibles de ces investissements (§ 172). Mais au titre du contexte, le terme « ressortissant » est aussi employé à l'article 9 du traité (§ 175). Selon le tribunal, cet article 9, en imposant l'insertion de clauses compromissoires CIRDI, crée un alignement strict entre la notion de « ressortissant » en vertu de la Convention de Washington et la notion de « ressortissant » en vertu du TBI France / Maurice (§ 178). En prévoyant cette obligation de recourir à l'arbitrage CIRDI, les États parties ont implicitement, mais nécessairement, excluent les doubles nationaux franco-mauriciens du champ d'application du traité (§ 179). Le tribunal rappelle que la Convention de Vienne ne permet pas des interprétations conflictuelles du même terme au sein d'un même traité (§ 181). Le demandeur n'est donc pas un « ressortissant » au sens du TBI France / Maurice et le tribunal décline sa compétence *ratione personae*.

27. On le voit, l'exclusion des doubles nationaux ne peut le plus souvent s'appuyer sur le seul texte du traité applicable, en particulier la définition de l'« investisseur », sans ajouter à ce texte une condition qui n'y figure pas. C'est alors en tenant compte de l'objet et du but du traité, la protection des investissements « étrangers », l'encouragement des « flux » d'investissements

²² Sur cette affaire, v. aussi Ahtouk-Spivak L., « Double nationalité des investisseurs personnes physiques : le débat continue », *Les Cahiers de l'arbitrage – The Paris Journal of International Arbitration*, 2018, p. 722.

entre les parties contractantes, que l'exclusion des doubles nationaux peut être soutenue. À cet égard, on remarque la porosité entre la condition matérielle (l'investissement) et la condition personnelle (l'investisseur) de la protection conventionnelle. La condition matérielle n'est pas celle qui donne habituellement sa dimension transnationale à la protection conventionnelle, une pratique arbitrale bien établie voulant que l'origine du capital soit indifférente à la qualification de l'investissement²³. Il faut donc que ce soit la condition personnelle qui assure la dimension transnationale de la protection conventionnelle : l'investisseur qui est aussi un national de l'État hôte ne remplit pas la condition de transnationalité sur lequel les traités d'investissement sont fondés. Le contexte en particulier constitué de la clause de règlement des différends est le plus souvent déterminant : lorsque le CIRDI est le forum d'arbitrage unique ou prioritaire, il apparaît logique que l'investisseur protégé par le traité ne peut inclure le national de l'État hôte. Il ne rimerait à rien d'accorder à un individu une protection substantielle sans une protection juridictionnelle permettant d'en réclamer la réalisation. Au-delà, les affaires ayant retenu l'exclusion des doubles nationaux possédant la nationalité de l'État hôte nient souvent la spécificité ou l'autonomie des TBI par rapport au droit international général et à la protection diplomatique. Mais au titre des principes généraux du droit international, l'exclusion pure et simple des binationaux est alors concurrencée par l'admission au titre de la nationalité dominante.

c. L'interprétation conduit à admettre les réclamations des binationaux sur la base de leur nationalité dominante

28. Le sens ordinaire des termes, le contexte, l'objet et le but du traité ne conduisent pas forcément à une solution claire concernant la protection ou l'exclusion des doubles nationaux. Le tribunal peut toujours tenir compte de toute « *règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties* » conformément à l'article 31.3(c) de la Convention de Vienne. Le tribunal peut même être tenu de faire application des règles de droit international général en vertu de la clause d'*electio iuris* du traité. Les principes généraux du droit international ont ainsi deux voies d'entrée possibles dans le contentieux de l'investissement. Il reste à déterminer quels sont les principes généraux pertinents en matière de double nationalité. Dans l'affaire *Heemsen*, le tribunal ne voit que deux principes possibles : soit l'application générale du principe d'irresponsabilité de l'État vis-à-vis de l'individu possédant sa nationalité (§ 426) ; soit l'application générale du principe de la nationalité dominante et effective (§ 427). En toute hypothèse, le tribunal considère que la solution qui doit prévaloir est l'extension au contentieux de l'investissement du principe applicable en matière de protection diplomatique. Le tribunal relève ensuite qu'il est indiscutable que l'application du principe d'irresponsabilité internationale de l'État envers ses nationaux est de plus en plus rare. En conséquence, il rejette une application stricte du principe de l'irresponsabilité (§ 438) et considère pertinent le principe de nationalité dominante et effective (§§ 439-440). Le tribunal n'explique pas davantage pourquoi, alors qu'il évoque les traités de protection des droits de l'homme, qui permettent l'action d'un individu contre son État de nationalité, le principe contemporain applicable à la

²³ V. la pratique arbitrale citée par les demandeurs dans *Enrique Heemsen et Jorge Heemsen c. République bolivarienne du Venezuela*, aff. CPA no. 2017-18, sentence sur la juridiction, 29 octobre 2019, spéc. §§ 291-292.

protection diplomatique devient un principe général du droit international applicable au contentieux de l'investissement, en l'absence de clause contraire dans le traité applicable. Le tribunal semble se contenter de ce que l'arbitrage d'investissement serait un substitut à la protection diplomatique (§ 426).

29. Le tribunal saisi dans l'affaire *Manuel Garcia Armas* a une approche plus précise des principes pertinents du droit international. Il commence par relever que les principes du droit international peuvent avoir évolué depuis la conclusion du traité. Il distingue alors parmi les obligations issues des TBI : les obligations substantielles sont soumises à une interprétation évolutive, tenant compte du droit international général tel qu'il existe à la date de la violation alléguée, alors que les obligations juridictionnelles sont soumises à une interprétation figée à la date de la conclusion du traité (§§ 655-657). La difficulté est que la protection des doubles nationaux suppose d'interpréter l'ensemble des obligations issues des TBI tant substantielles que juridictionnelles. Toutefois, dans un premier temps, c'est surtout la question de la portée du consentement à l'arbitrage qui est posée devant un tribunal. Le tribunal doit donc s'interroger sur les principes du droit international en vigueur lors de la conclusion du TBI. Or, en matière de protection internationale des doubles nationaux, il y a eu une évolution : alors que c'est traditionnellement le principe de l'irresponsabilité de l'État vis-à-vis de ses propres nationaux qui prévalait, y compris lorsque la Convention CIRDI et les premiers TBI ont été conclus, ce principe tend aujourd'hui à être écarté. Le tribunal mentionne l'affaire *Mergé*²⁴ mais surtout l'affaire *A/18*²⁵ devant le tribunal irano-américain de réclamations qui ont affirmé la règle de la nationalité dominante et effective. Il rappelle que le tribunal irano-américain était un tribunal international établi par un traité, mais connaissant majoritairement de litiges opposant un État à un particulier d'un autre État. Sa fonction était « équivalente à la protection diplomatique » et la notion de « national » figurant dans les accords d'Alger était d'un degré de précision similaire à la notion de « investisseur » dans le TBI applicable (§§ 683-684). Aussi, le tribunal considère que la pratique du tribunal irano-américain est très pertinente pour le contentieux actuel de l'investissement. Il relève que la règle de la nationalité dominante et effective a depuis été reprise par la Commission du droit international dans son *Projet d'articles sur la protection diplomatique* (§ 687). Finalement, pour le tribunal, compte tenu de l'évolution de la pratique, c'est le principe général de la nationalité effective et dominante qui est pertinent en cas d'investisseur binational. On rappelle d'ailleurs que les rares TBI qui consacrent une clause expresse aux investisseurs doubles nationaux rejoignent plutôt cette évolution.

30. Ces dernières années, l'extension de la protection conventionnelle aux investisseurs binationaux, en particulier ceux qui possèdent la nationalité de l'État hôte de l'investissement, a donné lieu à des solutions arbitrales et nationales apparemment contradictoires. Cette fragmentation des solutions, largement dépendantes du traité et du règlement d'arbitrage, peut être utilisée par les demandeurs lorsqu'ils ont le choix de l'un ou de l'autre. Quelle que soit la solution à laquelle parvient l'interprète du traité applicable, conformément aux règles

²⁴ *Mergé*, Commission de conciliation Italie / États-Unis, décision n°55, 10 juin 1955, *Recueil des sentences arbitrales des Nations Unies*, vol. XIV, p. 236.

²⁵ Tribunal irano-américain des réclamations, Affaire n° A/18, décision, 6 avril 1984, *Iran-United States Claims Tribunal Reports*, vol. 5, Cambridge, Grotius, 1985, p. 261.

coutumières, il doit trancher une question importante sur la nature de l'arbitrage d'investissement fondé sur les traités : est-ce un prolongement de la protection diplomatique qui s'appuie sur les mêmes principes généraux ou est-ce qu'il y a une véritable différence de nature, les conventions d'investissement devant être considérées comme des *leges speciales* prévoyant leur propre condition d'application ? Dès les débuts de l'arbitrage fondé sur les traités, la définition de l'investissement a soulevé des difficultés, renouvelées à mesure que des situations factuelles nouvelles, sans doute non envisagées par les États contractants, se présentaient devant les arbitres. On pense notamment au cas des bons du Trésor. Les incertitudes relatives à la protection des doubles nationaux, en particulier ceux possédant la nationalité de l'État hôte, tiennent cette fois à la définition de l'investisseur protégé par les traités. Cette notion n'a aucune dimension économique, mais renvoie à la compétence exclusive de chaque État de définir qui sont ses individus nationaux. Ces incertitudes peuvent conduire à une évolution de la pratique conventionnelle, et l'on voit déjà que des traités récents limitent expressément la protection des individus doubles nationaux à leur nationalité effective et dominante. À son tour, l'évaluation de la nationalité effective et dominante d'un investisseur personne physique soulève des difficultés qui ne trouvent pour l'heure pas de réponses claires dans le contentieux arbitral.