

ORIGINE ÉTRANGÈRE DE L'INVESTISSEUR ET COMPÉTENCE EN ARBITRAGE INTERNATIONAL RELATIF AUX INVESTISSEMENTS : LA THÉORIE DU CONTRÔLE SÉPARÉ DEVANT LE CIRDI

Dieudonné Edouard Onguene Onana*

Sommaire / Summary	13
Introduction	15
1. La prescription de l'extranéité de l'investissement et l'établissement de la nationalité de la personne morale	17
1.1 La prescription de l'extranéité de l'investissement dans la Convention de Washington et le TBI	17
1.2 L'établissement de la nationalité de la personne morale	22
1.2.1 L'influence de la théorie de la fiction dans l'établissement de la nationalité de la personne morale	23
1.2.2 Les limites de la théorie de la fiction	26
2. Le contrôle de l'extranéité de la personne morale : la combinaison de la fiction de la personnalité morale et des méthodes d'interprétation des traités	28

* Chargé de cours et Chercheur au Centre d'études en droit économique (Université Laval) et Chercheur associé au CREDIMI (CNRS/Université de Bourgogne).
© 2012 Revue d'arbitrage et de médiation, Volume 2, Numéro 2

2.1	Relativiser la portée de la nationalité issue de la combinaison de la fiction et de l'interprétation littérale des termes du TBI	28
2.2	Les effets pervers de l'utilisation combinée de l'interprétation littérale et de la fiction de la personnalité morale	30
2.3	Les correctifs proposés avec l'interprétation téléologique dans l'application de l'article 31 de la Convention de Vienne	34
2.3.1	La mise en œuvre de l'interprétation téléologique.	34
2.3.2	Exemple de schéma théorique justifiant l'interprétation téléologique des dispositions conventionnelles relatives à la nationalité	39
	Conclusion	40

Origine étrangère de l'investisseur et compétence en arbitrage international relatif aux investissements : la théorie du contrôle séparé devant le Cirdi

Dieudonné Edouard Onguene Onana

Sommaire

La compétence du Cirdi découle de la combinaison de deux traités aux conditions d'application distinctes : la Convention de Washington de 1965 et le traité applicable. Dans l'établissement de cette compétence, la jurisprudence est partagée sur le point de savoir si la satisfaction de la condition d'extranéité contenue dans le traité est suffisante pour entraîner celle de la Convention. L'auteur démontre, dans une *théorie du contrôle séparé*, ou *dissocié*, que les conditions de nationalité des deux traités étant distinctes, leur contrôle devrait être dissocié. Une nationalité simplement formelle résulte souvent de la combinaison de la théorie de la fiction de la personnalité morale et de l'interprétation littérale des termes des traités. Pour contrer les excès qui en découlent, une hiérarchie des méthodes d'interprétation est suggérée avec ses conditions d'application. L'auteur établit que l'office de l'arbitre sur le contrôle de sa compétence porte ultimement sur le contrôle de l'opposabilité de la nationalité de l'investisseur à l'État défendeur. Il démontre également que l'effectivité de la nationalité est requise pour entraîner cette opposabilité mais n'en constitue qu'une étape.

Summary

This article aims at resolving some difficulties arising out of the control of the foreign origin of a corporation for the purpose of determining ICSID's jurisdiction. This jurisdiction results from a combination of two treaties : the ICSID Convention and an applicable treaty, usually a BIT.

The point is to determine whether the satisfaction of the nationality condition of the BIT is sufficient for the ICSID Convention's nationality condition. Within a separated or dissociated test theory, the author defends the idea that the control of the nationality conditions by the arbitrator must be separated, due to the dissociation of the two treaties involved. The non opposability of a merely formal nationality is inferred by a combination of the fiction theory of legal personality with the literal interpretation of the treaties. To counter the excesses of this combination, a hierarchisation of the various methods of interpretation is suggested, with the conditions of its application. The author argues that the control of the opposability of the investor's nationality towards the defendant State is the focal point of the arbitrator's control. It is also contended that the effectiveness of the nationality is required to achieve this opposability, while only constituting a step towards it.

Introduction

1. La Convention de Washington du 18 mars 1965¹ a mis en place un Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (Cirdi). Lorsqu'un tribunal est institué sous les auspices de ce Centre, il lui faut déterminer sa compétence conformément aux exigences de l'article 25(2) de cette Convention. Selon cet article, entre autres conditions, le Cirdi n'est compétent qu'en cas de litige opposant un État et une personne étrangère à ce dernier, ce que nous appellerons la condition d'extranéité. La complexité des opérations d'investissement et la difficulté à déterminer qui est investisseur rendent très souvent difficile le contrôle de cette origine étrangère, en particulier lorsque cet investisseur est une personne morale. Ces difficultés se traduisent par des situations ambiguës, la plus courante étant celle dans laquelle les actionnaires de l'entité en question formulent une réclamation alors qu'en principe, l'entité seule aurait le droit de formuler cette réclamation. On avait pensé cette question résolue en droit international général avec l'arrêt *Barcelona Traction* de 1970, la C.I.J. ayant estimé que l'actionnaire étranger ne pouvait pas être assimilé à la société². Mais en 1989, cette Cour a pris une décision qui est à l'opposé de sa tendance initiale : l'arrêt *Eletronica Sicula S.p.a. (ELSI)*³ est venu poser le principe selon lequel les droits des sociétés et ceux des actionnaires se confondent.

2. La transposition de ces difficultés dans le cadre du Cirdi induit des problèmes additionnels. Habituellement, l'arbitre peut se trouver dans une impasse lorsqu'il lui faut déterminer la compétence du Cirdi alors que le recours est introduit par une personne morale remplissant formellement la condition d'extranéité au sens du TBI applicable et que cette personne est autrement rattachée à l'État défendeur, ou encore à un État-tiers n'étant pas partie à la Convention de Washington, voire au TBI applicable. La principale difficulté consiste à déterminer si la satis-

1. *Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États* (1965) 575 *R.T.N.U.* 169, 4 *I.L.M.* 524 (en vigueur : 14 octobre 1966), ci-après « Convention de Washington » ou encore « Convention ».

2. *Barcelona Traction* (1970) *C.I.J. Rec.* 3, en ligne : <http://www.icj-cij.org/docket/files/50/5387.pdf> (date d'accès : 12 février 2012).

3. *Eletronica Sicula S.P.A. (ELSI)* dans (1989) *C.I.J. Rec.* 15.

faction de la condition d'extranéité contenue dans le TBI est suffisante pour entraîner celle de la Convention. Un peu plus en amont, en cas de pluralité de nationalités du demandeur personne morale, on peut se demander comment déterminer la nationalité dont le tribunal doit tenir compte.

3. Ces difficultés trouvent avec la présente étude une proposition de solution. Il est certain que l'arbitre ne peut faire l'impasse sur le dualisme des fondements juridiques de la compétence du Cirdi qui consistent au TBI ou tout autre droit de la saisine d'une part, et la Convention de Washington d'autre part. Il importe de relever premièrement que l'existence de ce double fondement entraîne une exigence duale de nationalité de l'investisseur. Il faut tenir compte, en outre, du fait que chacun de ces instruments est un instrument normatif complet et indépendant. On peut enfin préciser qu'ils contiennent des conditions de nationalité que l'on peut penser tout aussi indépendantes. Ce sont ces considérations qui nous ont amené à proposer une *théorie de la séparation des opérations de contrôle de la condition de nationalité sur la base de la distinction des exigences respectives des deux systèmes normatifs à l'origine de la compétence du Cirdi*, ce que nous avons appelé la *théorie du contrôle séparé* ou *dissocié* des conditions de nationalité.

4. Cette théorie postule que les conditions de nationalité contenues dans chaque instrument juridique étant à la base de la compétence du Cirdi obéissent à une fonction précise. La condition de nationalité énoncée dans le TBI vise à déterminer les bénéficiaires de la protection de ce traité et notamment, ceux qui pourraient réclamer le bénéfice de la clause d'arbitrage. Quant à la condition qui est énoncée dans la Convention de Washington, elle vise à établir la titularité⁴ du *standing*, spécial, devant cette juridiction. Il découle de cette théorie que les opérations de contrôle de chacune de ces conditions doivent être effectuées séparément. Elle a déjà été testée avec succès en matière de contrôle de la condition d'investissement⁵, la question la plus récurrente devant le Cirdi depuis son institution. La démarche que nous suggérons dans le cadre du contrôle de l'extranéité de l'investissement est, à maints égards, identique.

5. La résolution des difficultés découlant du contrôle de l'extranéité de l'investissement nécessite plus globalement le recours à certaines

4. Ce terme est entendu ici au sens de « possession ».

5. Sur la question, Voy. Edouard Onuene Onana, « Qualification d'investissement et compétence en arbitrage international : la théorie du contrôle séparé devant le Cirdi » (2012) 42:1 *Revue générale de droit*.

théories juridiques sur la personnalité morale et une prise de position, consciente ou non, vis-à-vis de ces théories par les arbitres. Le droit du Cirdi relevant pour une bonne part du droit conventionnel, leur office nécessite par ailleurs, sans nul doute, de choisir entre les diverses méthodes d'interprétation en droit international. Or, le choix de l'une au détriment d'une autre emporte des conséquences sur la nationalité à retenir et partant, l'extranéité de l'opération litigieuse. Il importe donc de se placer en amont de l'opération arbitrale d'interprétation et mettre en évidence les éléments qui devraient déterminer l'option pour une méthode d'interprétation déterminée.

6. L'application de la théorie du *contrôle séparé* et des autres solutions que nous proposons dans le présent article suppose premièrement mettre en évidence le particularisme des diverses règles qui prescrivent l'extranéité de l'investissement aux fins de la compétence du Cirdi d'une part, et d'autre part la spécificité de celles qui permettent d'établir la nationalité, qui sert de référence au contrôle de cette extranéité (1). Cela permet d'envisager les modalités que doit revêtir le processus de contrôle de cette extranéité : on verra notamment que ce processus est lui-même fortement influencé par l'infrastructure théorique sous-jacente à la nationalité des personnes morales et le choix, ainsi que l'usage fait, des règles d'interprétation des traités (2).

1. La prescription de l'extranéité de l'investissement et l'établissement de la nationalité de la personne morale

7. Au départ, la nationalité est déterminée par une infrastructure théorique dans laquelle baignent diverses théories de la personnalité morale (1.1). La pluralité de telles théories, et leur application, est elle-même à la base d'une certaine insécurité juridique sur la nationalité pertinente devant le tribunal (1.2).

1.1 La prescription de l'extranéité de l'investissement dans la Convention de Washington et le TBI

8. Le système de protection des investissements internationaux amène à considérer, dès le départ, l'extranéité en tant qu'elle est tributaire de la nationalité de l'investisseur. En effet, l'investissement et l'extranéité sont liés. On sait que parmi les critères de l'investissement, l'apport de l'investisseur est le seul élément faisant l'unanimité de la jurisprudence. Au sens du droit international des investissements, l'investissement est imprégné de cette nature patrimoniale. Le caractère patrimonial du bien investi imprègne l'opération elle-même et constitue

le principal élément de distinction de l'opération d'investissement et des autres opérations économiques. C'est également ce trait essentiel qui permet de porter au pinacle la personne qui est à l'origine de l'apport lorsqu'il s'agit de déterminer l'origine de l'investissement et partant, sa nationalité. C'est donc la nationalité de la personne qui détient cet apport dans l'opération litigieuse concrète, constitutif de l'investissement, dont il faut tenir compte lorsqu'il s'agit de déterminer la nationalité de l'investisseur.

9. Les modalités selon lesquelles les deux types de condition de nationalité sont prescrits sont diverses selon que l'on songe à satisfaire la Convention de Washington ou le TBI. Les conditions de l'extranéité exigée dans la Convention de Washington sont partiellement définies dans cet instrument, alors que n'y est pas définie, paradoxalement, la qualité d'investisseur. Ce qui peut sembler être une limite de la Convention constitue l'une des causes de la confusion constatée dans les raisonnements arbitraux, parce que cette extranéité détermine la compétence du Cirdi et du tribunal institué sous ses auspices pour résoudre un litige. L'article 25(2)(b) de la Convention stipule que la notion de « [r]essortissant d'un autre État contractant » renvoie à « [t]oute 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 ». Mais il ne s'agit pas véritablement d'une limite ici : le défaut de précision supplémentaire autorise à penser que la Convention a laissé le principe habituel, de la compétence des États, s'appliquer lorsqu'il est question de régir la question de la nationalité.

10. La nationalité est alors déterminée par le pays d'origine. C'est d'ailleurs une règle établie en droit international. Cependant, il faut aller au-delà de la question de son octroi ou son retrait devant le tribunal international, qu'il s'agisse du Cirdi ou autre, pour envisager une autre question, celle de ses effets. On est alors forcé de reconnaître que c'est le droit international qui régit cette question, sur le plan international. En l'occurrence, dans le cadre de l'examen de la compétence de l'arbitre international, après avoir envisagé la possession de la nationalité, la question de l'opposabilité de la nationalité alléguée vis-à-vis de l'État défendeur est inéluctable. Quelle que soit l'importance des autres questions préalablement abordées, c'est cette dernière qui est déterminante pour la compétence du tribunal appelé à statuer. En effet, on ne peut

parler d'arbitrage international ou si on préfère, transnational, que si on est en présence d'un État et d'une personne qui lui est étrangère d'une part, et d'autre part, que si la nationalité de cette autre personne est opposable à l'État défendeur concerné.

11. Le droit international pose alors comme conditions de cette opposabilité, l'effectivité en tant que condition objective, ou la reconnaissance par l'État concerné. Mais on constate qu'en règle générale, la jurisprudence ne prend pas toujours la notion d'effectivité en compte et lorsqu'elle le fait, elle estime très souvent que la seule existence de cette effectivité suffit pour entraîner une opposabilité de la nationalité. La question pertinente, celle qui guide l'office de l'arbitre, ne se réduit pourtant pas à déterminer la nationalité effective, voire la plus effective : il s'agit d'une question intermédiaire. Il nous semble plus logique que l'examen arbitral soit effectué aux fins de déterminer, ultimement, l'opposabilité de la nationalité alléguée à l'État défendeur.

12. En revanche, les TBI sont beaucoup plus détaillés et précis que la Convention de Washington. Les États, signataires des TBI, prennent de plus en plus le soin de définir qui est investisseur et quels sont les critères de la nationalité appropriée pour bénéficier du traité. L'examen de l'évolution des TBI démontre cependant qu'il n'en a pas toujours été ainsi. Le fait que la qualité d'investisseur de la personne morale à laquelle s'applique la condition de nationalité étrangère ne soit pas toujours définie ne peut cependant empêcher l'identification de l'investisseur : ce dernier sera simplement le maître d'ouvrage de l'opération constitutive d'investissement au sens du traité. Il serait illogique que la définition d'une telle personne, lorsqu'elle existe, diffère d'un tel sens. En revanche, la détermination de l'extranéité est beaucoup plus problématique puisqu'il s'agit essentiellement de posséder la « bonne » nationalité, au sens du TBI, pour bénéficier de la protection conventionnelle.

13. Cependant, la possession même de la bonne nationalité n'empêche pas qu'il puisse survenir d'autres types de difficultés, que l'on retrouve aussi lors de l'application de la Convention de Washington. Le principe est donc clair ici aussi : la partie demanderesse doit être ressortissante de l'État-partie au TBI et de manière négative, ne pas posséder la nationalité de l'État défendeur. C'est l'application dudit principe qui pose des difficultés. Pour les résoudre, il faut commencer par définir le sens de la condition même de nationalité telle qu'elle est contenue dans le traité.

14. Le TBI détermine qui peut bénéficier de ses dispositions. Habituellement, les dispositions des TBI ne sont pas absolument identiques ;

on verra, par exemple, qu'il existe des différences quant au sort des résidents permanents⁶. Cependant, on ne peut s'empêcher de noter la relative uniformité des traités dans la définition du bénéficiaire de leurs dispositions, qui est presque toujours le « national d'un État Contractant », tant dans le cas des personnes physiques que des personnes morales.

15. Quand on prend le cas des TBI signés par la France, par exemple dans l'Accord signé avec Haïti le 23 mai 1984, le terme *national* y est défini à l'article 1(2) comme représentant toutes « personnes physiques possédant la nationalité de l'une des parties, conformément à la législation respective de chacune d'elles en la matière »⁷. Dans le cas de l'Accord du 25 juin 2003 entre la France et l'Éthiopie⁸, pour bénéficier de l'Accord il est seulement stipulé que les personnes physiques doivent posséder la nationalité de l'une des parties contractantes, ce qui est d'ailleurs conforme à l'APIE-type français. Les dispositions de l'Accord avec la République islamique d'Iran du 12 mai 2003⁹ sont plus intéressantes dans la mesure où elles sont plus détaillées : cet Accord définit en effet l'investisseur en précisant à l'article 1(2)(i) que sont considérées investisseuses les « personnes physiques qui, conformément à la législation de l'une des Parties contractantes, sont considérées comme étant ses nationaux »¹⁰.

16. Dans le cas de la Suisse, ce pays a signé avec le Cameroun en 1963 un Accord aux termes duquel étaient protégés les investissements (ainsi que les biens, droits et intérêts) de ceux que les deux Parties considéraient comme étant des investisseurs : il s'agissait des « ressortissants, fondations, associations ou sociétés d'une des Hautes Parties Contractantes sur le territoire de l'autre », ces précisions étant effec-

6. Voy. la présente étude *infra* au § 17.

7. Voy. Accord de protection et de promotion des investissements signé entre la France et Haïti, 1435 *R.T.N.U.* 141.

8. Voy. l'Accord entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République démocratique fédérale d'Éthiopie sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements (ensemble un protocole), signé à Paris le 25 juin 2003. Le décret n° 2004-1047 du 28 septembre 2004 portant publication de cet Accord est paru au *Journal officiel* du 5 octobre 2004, n° 232 à la p. 17036.

9. Voy. l'Accord signé avec la République islamique d'Iran sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements, signé à Téhéran le 12 mai 2003, en ligne : CNUCED, <http://unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/France_iran_fr.pdf> (date d'accès : 2 octobre 2012).

10. C'est aussi le contenu de l'Accord-modèle de la Suède en son art. 2(2)(a), en ligne : CNUCED, <<http://unctad.org/sections/dite/ia/docs/Compendium/en/239%20volume%209.pdf>> (date d'accès : 15 février 2012).

tuées à l'article 7 de l'Accord¹¹. En 1966, un Accord avec le Bénin (alors Dahomey) a aussi été signé comprenant des termes identiques en fait de détermination de la qualité d'investisseur, les renvois aux investisseurs se trouvant cette fois à l'article 8¹². Il en fut de même en 1967 dans le cas de l'Accord signé avec le Tchad¹³. Cependant, aux termes de l'article 1(1) de l'Accord Suisse-Estonie, les « investisseurs » sont « les personnes physiques qui, *d'après la législation de cette Partie Contractante*, sont considérées comme ses nationaux »¹⁴.

17. Le cas de l'Accord Canada-Croatie de 1997 est bien plus intéressant parce qu'encore plus détaillé. Dans son article 1(e)(i), il y est précisé que l'« investisseur » désigne une personne physique qui, *selon la loi de l'État d'origine*, est un citoyen ou un résident permanent. La référence y est donc claire qui renvoie aux résidents permanents, ce qui est troublant au regard de la compétence du Cirdi quand on sait qu'un résident permanent n'est pas habituellement un ressortissant au sens du droit international. On notera la similitude entre les dispositions des accords canadiens et étasuniens sur cette question en particulier. Par exemple, dans le traité États-Unis-Bahrain, l'article 1 consacré aux définitions définit le national comme étant « [...] *a natural person who is a national of a Party under its own laws* ». Il est à noter que l'Accord apporte lui-même des précisions utiles pour la détermination du sens de « national » en droit américain, en stipulant très clairement que « *[u]nder U.S. law, the term "national" is broader than the term "citizen."* ». Cet Accord précise d'ailleurs immédiatement après que « *For example, a native of American Samoa is a national of the United States, but not a citizen* »¹⁵. De même, dans le TBI États-Unis-Rwanda de 2008, le

11. Il s'agit de l'Accord de commerce, de protection des investissements et de coopération technique entre la Suisse et le Cameroun du 28 janvier 1963, en ligne : à CNUCED, <http://unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/switzerland_cameroun_fr.pdf> (date d'accès : 2 octobre 2012).

12. Accord de commerce, de protection des investissements et de coopération technique entre la Confédération Suisse et la République du Dahomey conclu le 20 avril 1966, art. 8, 1000 RTNU 165.

13. Accord de commerce, de protection des investissements et de coopération technique entre la Confédération Suisse et la République du Tchad du 21 février 1967, en ligne : CNUCED, <http://unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/switzerland_chad_fr.pdf> (date d'accès : 2 octobre 2012).

14. Nous soulignons. Accord entre la Confédération suisse et la République d'Estonie concernant la promotion et la protection réciproque des investissements, conclu le 21 décembre 1992, entré en vigueur par échange de notes le 18 août 1993, art. 1(1), 1753 RTNU 3.

15. Art. 1 du *Treaty Between the Government of the United States of America and the Government of the State of Bahrain Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment*, signé à Washington le 29 septembre 1999, en ligne : OEA,

national a une signification précise et est : « [...] (a) for the United States, a natural person who is a national of the United States as defined in Title III of the Immigration and Nationality Act [...] » Dans cette loi, la notion de national ne renvoie pas véritablement aux résidents permanents, pour preuve, la notion de national est différente de celle de citoyen dans ladite loi. Cet Accord continue cependant en ces termes : « (b) for Rwanda, a natural person who is a national of the Republic of Rwanda as defined by the Rwandan Nationality Code in Article 1 of the Organic Law No. 29/2004 of 03/12/2004 »¹⁶.

18. Le cas américain se démarque des autres parce qu'il comporte des précisions sur la double nationalité : l'APIE-type des États-Unis comporte une précision d'importance, en précisant que la nationalité dont on tient compte dans le cas du double national est sa nationalité effective et dominante¹⁷. C'est une nouveauté par rapport à l'Accord-type de 1994 qui renvoyait exclusivement au droit national de l'État concerné. Cette dernière formule est la plus courante et on la retrouvera dans les APIE-type du Royaume-Uni, de l'Allemagne et de la Chine par exemple. On notera aussi, à l'opposé, que l'Accord-type du Sri-Lanka exclut explicitement les binationaux¹⁸. On relèvera, enfin, que les TBI ne précisent pas le moment d'appréciation de la nationalité de la partie requérante, ce qui peut poser problème.

19. Il importe maintenant d'examiner la manière dont l'arbitre contrôle la satisfaction des conditions de nationalité requises par les TBI et la Convention de Washington.

1.2 L'établissement de la nationalité de la personne morale

20. Pour établir la nationalité de l'investisseur, la Convention de Washington et le TBI renvoient aux dispositions du droit de l'État qui a été allégué par l'investisseur comme étant son État de nationalité. Nous étudierons, à la suite de cela, l'influence des déterminants théoriques et juridiques de la nationalité sur l'extranéité de la personne morale devant le tribunal.

<http://www.sice.oas.org/Investment/BITSbyCountry/BITs/US_Bahrain.pdf> (date d'accès : 2 octobre 2012).

16. Art. 1 du *Treaty Between the Government of the United States of America and the Government of the Republic of Rwanda Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment*, signé à Washington le 19 février 2008.

17. Voy. les dispositions de l'Accord de promotion et de protection des investissements-modèle des États-Unis, en ligne : CNUCED, <http://unctad.org/sections/dite/ia/docs/Compendium/en/model_USA.pdf> (date d'accès : 14 février 2012).

18. *Ibid.* à l'article 1(2)(a).

1.2.1 L'influence de la théorie de la fiction dans l'établissement de la nationalité de la personne morale

21. Les sentences Cirdi s'inscrivent majoritairement dans le courant théorique de la fiction de la personnalité morale. Ce courant suppose que l'arbitre se réfère uniquement aux dispositions du pays auquel renvoie le TBI comme devant déterminer la nationalité de l'investisseur. C'est la conception formaliste de la nationalité qui est appliquée ici. Cependant, on se rend compte que l'arbitre passe outre cette nationalité pour tenir compte de celle du groupe étranger ou de la personne physique étrangère qui exerce le contrôle de la personne morale dont la nationalité est ainsi définie. Cela entraîne déjà le dépassement des limites théoriques qu'infère la théorie de la fiction. On serait tenté de penser qu'une telle démarche consacre l'adoption de la conception réaliste de la nationalité puisque l'arbitre, levant le voile social, découvre ultimement la nationalité des personnes qui sont derrière la personne morale. Par ce fait même, il privilégie le lien effectif de la personne demanderesse avec l'État dont elle relève (dont elle relève réellement, pourrions-nous alors préciser).

22. De fait, il y a une pluralité de théories habituellement et effectivement appliquées à la question de la nationalité de la personne morale. Il en découle des contradictions dans les sentences arbitrales. Cela traduit, en réalité, la difficulté à déterminer la nationalité véritable de l'investisseur. Non seulement cela provoque un malaise des autorités juridictionnelles appelées à intervenir, mais en outre, interpelle tout juriste pour qui l'unité du droit reste un impératif et ayant un minimum d'esprit critique.

23. D'un côté, la théorie de la fiction assure la stabilité de la nationalité. Mais cette stabilité qui porte seulement sur la nationalité de la personne morale est insuffisante à protéger tous les investisseurs puisqu'elle « oublie » les investisseurs minoritaires, à propos desquels on ne retrouverait alors aucun fondement théorique permettant de soutenir l'exercice d'un recours. De l'autre côté, toutefois, l'admission habituelle des recours des personnes minoritaires parmi les investisseurs, non seulement par les tribunaux Cirdi mais aussi par d'autres juridictions, vient mettre en éclats la pseudo-forteresse que constitue l'exclusivisme de la nationalité de la personne morale qui est issue de la théorie de la fiction. En effet, la personne morale n'aura plus exclusivement la nationalité de l'État auquel elle est rattachée juridiquement, pas plus que celle des personnes en possédant le contrôle.

24. Or, sur le strict plan juridique, il est au moins un effet que l'on ne peut accepter et qui découle de l'admission de solutions aussi divergentes en théorie qu'en pratique : l'instabilité et l'insécurité des relations économiques internationales. Plus précisément, en matière de règlement Cirdi, en l'état actuel on assiste à l'application de solutions essentiellement aléatoires lorsqu'il s'agit de déterminer le lien de nationalité d'une personne morale. Lorsque l'investisseur immédiat est une personne morale, la tendance majoritaire actuelle consiste dans le fait que l'arbitre ne tient compte que de la nationalité qui est issue du rattachement juridique de cette personne à un État. Lorsque l'investisseur intermédiaire intervient et si c'est ce dernier qui introduit le recours devant le Cirdi, l'arbitre retient sa nationalité à lui, elle aussi issue de son rattachement juridique à un État autre que l'État d'accueil. Lorsque, enfin, l'investisseur ultime intervient à son tour en introduisant un recours, l'arbitre retient la nationalité de ce dernier, lorsqu'elle n'est pas celle de l'État d'accueil, encore une fois. Les recours effectués par chacune de ces catégories de personnes sont acceptés dans la logique de la théorie de la fiction sauf dans le cas de l'investisseur ultime : il est une personne physique, d'où l'inutilité d'un fondement théorique quelconque pour faire reconnaître sa personnalité juridique et partant, déterminer sa nationalité sur cette base.

25. Il en résulte, en tout cas, une nationalité de la personne morale ondoyante, chatoyante, une *nationalité caméléon* pour, en réalité, une seule entité et une seule opération économique. Cela signifie aussi une application alternative de nationalités différentes de la même personne morale et ce, alors que la condition de nationalité semble devoir revêtir tous les caractères d'une condition objective et stable pour entraîner la compétence du tribunal. Dans le cas présent, obéissant davantage à des critères subjectifs, elle revêt également ce caractère. Une interrogation s'impose dans ces conditions : la condition de nationalité ne peut-elle pas être considérée comme ayant perdu de sa substance lorsque à tous les coups elle est satisfaite, soit, systématiquement par le fait des techniques contorsionnistes des personnes morales procédant par accumulation de sociétés-écrans ? En établissant des paliers d'investisseurs et, subséquentement, des paliers de nationalités alors qu'il s'agit de la même personne morale, en admettant dans la même veine la nationalité qui découle de chaque palier d'investissement dans ce nid de nationalités pourvu qu'elle entraîne la compétence du tribunal, la méthode adoptée dans la tendance arbitrale majoritaire du système Cirdi devient elle-même aléatoire ? Peut-on encore parler de stabilité et, partant, de sécurité juridique ? Cette méthode, et cette pratique, fait aussi de la nationalité une condition incontrôlable et enfin, de l'extranéité, une notion si fluctuante qu'elle en devient étrange.

26. On peut se demander ce qu'il adviendrait si l'investisseur direct et l'investisseur ultime effectuaient des réclamations portant sur le même investissement devant le Cirdi, sous des pavillons distincts, au même moment. Ce serait à coup sûr le début de difficultés nouvelles, car tous ont, à notre avis, égale vocation à protéger leurs avoirs. Il reste seulement à déterminer qui privilégier puisque, de toute manière, il y aura jonction des procédures. C'est précisément dans cette optique que la condition de nationalité réelle peut intervenir pour aider à faire le ménage sur cette question, en mettant en avant la nationalité du détenteur réel du patrimoine constitutif de l'investissement, si on veut absolument établir une hiérarchie des nationalités.

27. Il nous faut préciser, toutefois, que l'acceptation du recours de l'actionnaire et plus précisément de tous les actionnaires (dont l'actionnaire minoritaire) est un excellent moyen pour éviter la course aux « bonnes nationalités » des investisseurs et à défaut de rétablir l'équilibre entre l'État hôte et l'investisseur en matière d'accessibilité des recours, ce procédé peut, au moins, faire échec au *nationality shopping*. Mais il s'agit là d'une solution simplement politique, pour permettre l'accès du Cirdi au plus grand nombre d'investisseurs, et que l'on peut difficilement rentrer dans une théorie juridique. Cependant, bien souvent, les faits précèdent la théorie, et en sont peut-être aussi à l'origine. La théorie alors élaborée sert seulement à légitimer lesdits faits ou les décisions et si elle est si importante, c'est peut-être davantage parce qu'elle guidera plus tard les politiques et les décisions¹⁹. De ce point de vue, on peut lier cette possibilité de recourir des actionnaires, mêmes minoritaires, aux décisions de la Cour de cassation reconnaissant le droit d'ester à des personnes morales qui ne possédaient pas la personnalité juridique²⁰.

28. Envisageons maintenant les limites de la théorie de la fiction de manière globale, lorsqu'elle est appliquée à la question de la nationalité de la personne morale.

19. Raymond Saleilles, *De la personnalité juridique : histoire et théories. Vingt-cinq leçons d'introduction à un cours de droit civil, comparé sur les personnes juridiques*, Paris, Éditions la Mémoire du droit, 2003 à la p. 45.

20. Voy. Cass. com. 17 janv. 1956, D. 1956, note R. Houin 265 ; *JCP* 1956. II, 9601, note Granger et Cass. civ. 2e, 28 janv. 1954, D. 1954, 217, note G. Levasseur ; *JCP* 1954, II, 7978, note Lemoine ; Dr. social 1954, 161, note D. Durand [décisions telles que citées dans Alain Prujiner, « Personnalité morale et droit international privé » (1990) *C. de D.* 1049 à la p. 1058].

1.2.2 Les limites de la théorie de la fiction

29. Planiol et Saleilles décrivent la théorie de la fiction comme étant « le système [...] le plus artificiel que l'on [puisse] imaginer », qui consiste à « mettre un écran devant les yeux pour voiler la réalité »²¹. L'objectif de la présente étude n'est pas de militer pour la suppression de cette théorie, à supposer même que cela soit possible. Cependant, il a semblé utile de soulever certaines de ses conséquences les plus notables, lesquelles semblent ne pas pouvoir satisfaire l'objectif de détermination de la nationalité véritable de l'investisseur.

30. Il s'agit, d'une part, de l'impossibilité de détermination de cette nationalité réelle dans certains cas. C'est un effet général de la théorie de la fiction et que Saleilles relève en des termes plus généraux, en faisant remarquer :

en s'appuyant sur le caractère idéal et fictif de la construction initiale, on refusera de donner aux réalités qu'elle recouvre le développement juridique qu'elles postulent, sous prétexte que ce serait méconnaître l'idée de fiction et lui attribuer des effets contraires à la nature des choses. D'un côté on crée un développement juridique irréel, déduit d'une idée pure et construit dans l'abstrait, en dehors de toute réalité ; et à l'inverse, on se refuse aux développements pratiques qu'exigeraient les réalités que l'on s'obstine à méconnaître. On crée un développement juridique artificiel et on met obstacle à celui qu'exigerait la réalité. Voilà le danger de toute fiction en général²².

31. De fait, la théorie de la fiction suppose qu'on s'arrête à la seule nationalité-écran des investisseurs, ce qui ne permettrait évidemment jamais de connaître ceux qui sont réellement propriétaires de l'investissement.

32. Il s'agit, d'autre part, de l'incohérence que l'on peut relever dans les effets de cette théorie qui assimile incorporation et existence de la personne morale. Que dire des effets de la suppression de la personnalité, par exemple ? Prenons le cas d'une société incorporée à l'étranger. La suppression de l'incorporation, si elle entraînerait celle de la personnalité, entraînerait logiquement et en théorie la suppression de l'investissement dans l'État hôte. Mais ce n'est pas le cas. L'investissement existe en fait et seule son affiliation officielle à un ordre juridique a disparu. Puisque l'investissement existe en fait, il existe un investisseur et ce n'est pas la théorie de la fiction qui peut justifier cette existence. En

21. Saleilles, *supra* note 19 à la p. 354.

22. *Ibid.* aux pp. 354 et 355.

outre, le fait même de cette existence ne serait même pas une conséquence de la théorie de la réalité. Cependant, lui reconnaître une personnalité par le simple fait de son existence alors que la théorie de la fiction conclut à son inexistence serait contradictoire et découlerait de la théorie de la réalité, laquelle n'a pas les faveurs du droit. S'il est indubitable qu'on ne peut pas remettre en selle les théories de la réalité, on peut quand même se demander si on doit remettre les effets de la théorie de la fiction en question.

33. On a pu noter, enfin, que les investisseurs minoritaires « étrangers » étaient admis devant le Cirdi. Une telle admission va, elle aussi, à l'encontre de la théorie de la fiction dans la mesure où la personnalité juridique des investisseurs dont on tient compte ici n'est plus cachée derrière celle de l'entité morale, cette dernière étant incorporée. Cette personnalité juridique des investisseurs se révèle comme étant autonome et distincte de celle de l'entité morale concernée. Le défaut de protection des intérêts des investisseurs étrangers, lorsqu'ils sont minoritaires, en est une conséquence obligatoire puisque, dans cette hypothèse, d'une part l'admission d'une nationalité basée sur le contrôle participe elle aussi de la logique de la fiction et d'autre part, le contrôle de la personne morale n'est pas exercé par ces personnes, puisqu'elles sont minoritaires.

34. Autant il est irréfutable que la théorie de la fiction est désormais dépassée par la réalité concrète de la jurisprudence, autant il est clair qu'on ne peut pas remettre le principe même de cette théorie en question pour le moment. Il ne reste qu'une voie, la correction de ses imperfections. Sur ce plan, la notion de contrôle peut être envisagée, au moins pour conférer un degré d'effectivité à la nationalité qui en est issue et ce, afin de conférer à cette dernière une opposabilité à toute épreuve vis-à-vis de l'État défendeur.

35. Les constructions théoriques de la personnalité morale sont suffisantes seulement dans le cadre de la constitution de la nationalité. En ce qui concerne le contrôle de l'extranéité, l'arbitre a également, et surtout, recours aux règles d'interprétation des traités puisque ce sont ces derniers qui posent la condition d'extranéité. La combinaison de ces deux types de ressources juridiques constitue la base du raisonnement arbitral et, dans leur usage, la combinaison la plus utilisée de nos jours est celle associant la fiction et le littéralisme. Les raisonnements arbitraux se fondant sur cette combinaison ne sont malheureusement pas toujours exempts d'erreurs.

2. Le contrôle de l'extranéité de la personne morale : la combinaison de la fiction de la personnalité morale et des méthodes d'interprétation des traités

36. La tendance majoritaire du Cirdi consiste en une interprétation conforme des dispositions du traité relatives à la nationalité, ce qui favorise en même temps le formalisme dans la détermination de la nationalité. L'application de la *théorie du contrôle séparé* amène cependant à relativiser la portée de la nationalité envisagée dans cette perspective purement subjectiviste (2.1). On verra que dans le processus arbitral, les règles mêmes de l'interprétation littérale ne sont pas toujours respectées et son usage pas toujours indiqué. En particulier, nous verrons qu'une certaine utilisation de cette règle en combinaison avec la fiction entraîne des effets pervers (2.2). Certains des résultats qui découlent de cette combinaison militent pour d'autres types d'interprétation, et notamment l'interprétation téléologique (2.3).

2.1 *Relativiser la portée de la nationalité issue de la combinaison de la fiction et de l'interprétation littérale des termes du TBI*

37. La théorie de la fiction emporte des effets sur la nationalité de la personne morale investisseuse. Puisque seule la personne morale est consacrée juridiquement, la masse des investisseurs cachés, qu'il s'agisse de personnes morales ou ultimement, physiques, n'existe pas en droit et il n'y a pas lieu de les évoquer lorsqu'on cherche à déterminer ladite nationalité. L'arbitre se contente alors d'une nationalité formelle, une nationalité de principe et il s'agit de celle qui résulte de la désignation par l'ordre juridique auquel le TBI a renvoyé la question. L'arbitre devrait donc s'attacher à vérifier que les conditions d'extranéité sont remplies par l'investisseur de la manière spécifiée dans ce corpus, ce qui implique qu'il faudrait simplement recourir au traité. Pour déterminer la portée de cette nationalité et, éventuellement, l'extranéité qui y est attachée, il faut distinguer selon que l'on admet la théorie subjective de la nationalité ou alors, la théorie que nous avons proposée du *contrôle séparé*.

38. Dans une perspective subjectiviste, il suffirait que le demandeur satisfasse la condition de nationalité contenue dans le TBI pour que l'on parle d'extranéité de l'investisseur au sens de la Convention de Washington. En réalité, un tel accord est opposable aux deux parties sur la base du *Pacta sunt servanda*, ce qui est différent du processus devant le Cirdi dans la mesure où le tribunal institué dans ce dernier cadre demeure maître de sa propre appréciation. Qui plus est, la condition de

nationalité revêt le caractère objectif quand on l'envisage comme condition de compétence du Cirdi. Si l'entente intervenue entre les parties sur cette question les lie lorsqu'il s'agit d'examiner le droit de bénéficier de la protection du traité, une telle portée ne déborde pas le TBI et ne s'impose qu'à elles. Elle ne saurait certainement lier un tribunal indépendant et maître dans la détermination de sa propre compétence en vertu du principe de la compétence-compétence tel que celui institué dans le cadre du Cirdi.

39. Sur une question voisine, plus précisément dans l'hypothèse d'une entente contractuelle entre les parties [au litige], Christoph Schreuer, soutient qu'« on devrait s'attendre à ce qu'une commission ou un tribunal soit plus flexible dans l'application des standards traditionnels. Un tel accord créerait une forte présomption »²³. Cela est en effet toujours utile lorsqu'il s'agit de fournir la preuve de la nationalité. Cependant, il ne s'agit que d'une présomption. En 1999, le secrétaire général du Cirdi a rejeté une demande introduite par une personne physique ayant la double nationalité, celle des deux États parties à un TBI. Bien que le TBI en question permît à la personne concernée d'introduire un tel recours en définissant largement la qualité d'étranger, le secrétaire général du Cirdi avait refusé que cette personne eût le droit de saisir le Cirdi et alors qualifié le TBI d'excessivement permissif²⁴. C'est une décision qui mérite d'être saluée et elle confirme, s'il en était encore besoin, qu'au-delà de la détermination conventionnelle, la nationalité de l'investisseur doit obéir à certaines conditions précises et, selon qu'il s'agit d'appliquer le TBI ou la Convention de Washington, sa portée pourrait être différente.

40. Aux fins d'application de la Convention de Washington, l'arbitre peut apprécier la nationalité de l'investisseur comme si celle-ci n'avait jamais fait l'objet de détermination par le traité. Les deux prescriptions d'une nationalité étrangère sont certes semblables, mais ce sont des conditions indépendantes. L'arbitre gagnerait à se référer au traité qui pourrait lui fournir des éléments d'appréciation intéressants pour son office. Toutefois, à partir du moment où on admet l'existence d'une nationalité aux critères objectifs, débarrassée des oripeaux subjectivistes du TBI, cette nationalité pourrait satisfaire à la fois la condition de nationalité contenue dans la Convention et celle du TBI, sauf évidemment à ce traité d'écarter de manière expresse les demandeurs qui satisferaient les

23. Voy. par exemple Christoph H. Schreuer, *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, 2001 à la p. 268.

24. Ibrahim Shihata et Antonio Parra, « The experience of the international Centre for Settlement of Investment Disputes » (1999) II *ICSID Rev.-FILJ* 308.

conditions objectives de la nationalité. Mais cette dernière hypothèse en est simplement une d'école.

2.2 Les effets pervers de l'utilisation combinée de l'interprétation littérale et de la fiction de la personnalité morale

41. L'application de la règle du sens ordinaire de l'article 31(1) de la Convention de Vienne à la détermination de la nationalité implique pratiquement une interprétation conforme selon le TBI. Ainsi, si cet instrument renvoie à la législation d'un État Contractant pour la détermination de la nationalité, peu importe que la nationalité qui en résulte soit simplement formelle : l'arbitre se conforme à la position des institutions nationales compétentes l'ayant établie. Conformément à l'approche légaliste qui semble primer devant les tribunaux du Cirdi, l'arbitre ne peut pas s'interroger sur le caractère substantiel ou simplement formel d'une telle nationalité. C'est cependant une attitude mécanique qui a été condamnée à d'autres occasions et dans des domaines autres que le droit des sociétés ou les investissements²⁵. C'est que l'approche littérale n'a pas, en réalité, que des effets positifs.

42. Devant le Cirdi, cette méthode implique une approche exclusivement formelle de la nationalité puisque l'arbitre ne s'intéresse qu'à la nationalité qui est fixée par l'État dont elle est alléguée. Cela laisse totalement inexploré le problème de la nationalité véritable de la société ou de la nationalité de l'investisseur ultime. Il y a pratiquement deux siècles, le juge Marshall de la Cour suprême des États-Unis faisait remarquer « officiellement » dans un jugement (1819) que la société par actions n'a aucune existence tangible, n'étant qu'un être artificiel qui existe uniquement en regard de la loi²⁶. Même si une telle approche a l'avantage de la prévisibilité juridique, elle a donc aussi des conséquences négatives et

25. En témoigne cette prise de position de la juge Claire L'Heureux-Dubé de la Cour suprême du Canada, citant un auteur Michael Zander qui critiquait vertement l'approche littérale : « Une [...] critique de l'approche littérale est qu'elle est défaitiste et paresseuse. Le juge renonce dès la première tentative à tenter de comprendre le document. Au lieu de s'efforcer de découvrir ce que veulent dire les mots, le juge retient simplement l'interprétation la plus simple des mots en question - sans se demander si elle a du bon sens dans le contexte en question. Ce n'est pas que l'approche littérale aboutit nécessairement au mauvais résultat, mais plutôt que ce résultat est purement accidentel. Sur le plan intellectuel, cela revient à trancher en jouant à pile ou face [...]. L'approche est mécanique, détachée à la fois des réalités de l'utilisation du langage et des attentes et des aspirations des êtres humains concernés, et, en ce sens, elle est irresponsable » : 2747-3174 *Québec Inc. c. Québec (Régie des permis d'alcool)*, [1996] 3 R.C.S. 919 au § 155.

26. *Trustees of Dartmouth College c. Woodward*, (1819) 17 U.S. 518 à la p. 636.

on peut imaginer deux schémas théoriques pour les apprécier. Nous prendrons le cas, usuel, du renvoi effectué par un TBI à l'ordre juridique des États signataires pour déterminer la nationalité des personnes protégées. Considérons la nationalité qui en découlerait comme étant la nationalité de principe.

43. La première hypothèse est celle dans laquelle l'investisseur ultime, sous-entendu la personne qui se sert de l'investisseur visible comme véhicule juridique pour son investissement, aurait la nationalité d'un État tiers au TBI. Alors que la personne morale ayant la nationalité de l'un des signataires du TBI serait protégée, l'investisseur ultime n'aurait pas droit à la protection du TBI et, dès lors, ne pourrait pas bénéficier de la clause de juridiction de ce TBI puisqu'il ne pourrait pas satisfaire la condition de nationalité requise. La deuxième est tout aussi lourde de conséquences non seulement pour la compétence, mais aussi et en même temps, pour le droit international. Il s'agit de celle dans laquelle l'investisseur ultime aurait en réalité la nationalité de l'État hôte. Cette dernière hypothèse conduirait nécessairement à l'opposer à son État de nationalité ce qui enfreint la règle de l'interdiction du recours contre son État de nationalité. Dans ces deux cas, l'utilisation de l'approche littérale permet à des personnes initialement dépourvues du droit d'accéder au tribunal de finalement pouvoir y accéder.

44. La règle de l'interdiction du recours contre son État de nationalité est une règle de droit coutumier international²⁷ applicable aux différends devant le Cirdi. Dans le passé, des mécanismes ont été imaginés par les tribunaux hors Cirdi pour contourner cette règle lorsque cela était indispensable, notamment afin de fournir un recours au propriétaire²⁸. On peut s'interroger sur l'admission de cette exception dans le cas du Cirdi, les arbitres semblant avoir adopté le principe selon lequel en cas de silence du traité, le particulier peut recourir contre son propre État à partir du moment où il a également la nationalité d'un autre. Un tel recours ne peut être admissible, à notre humble avis, que dans le cadre

27. Voy. dans ce sens, Eric Wyler, *La règle dite de la continuité de la nationalité dans le contentieux international*, Paris, P.U.F., 1990 à la p. 122.

28. Voy. les exemples des années 80 cités plus haut dans lesquels, confronté à des situations dans lesquelles les nationaux se retrouvaient en face de l'un de leurs États de nationalité, le Tribunal irano-américain a consacré la condition de la nationalité dominante. Au moment d'apprécier sa compétence le Tribunal a premièrement pris une décision n° A/18 qui sera appliquée presque de manière systématique : voy. par exemple Aff. n° A/18, arrêt n° 32 A/18-FT du 6 avril 1984 (*Iran-United States Tribunal Reports*, Cambridge, Grotius Publ. Ltd., t. V, 1984 aux pp. 251-336) ou encore *Nasser Esphahanian v. Bank Tejarat*, Aff. n° 157, arrêt n° 31-157-2 du 29 mars 1983, *Iran-United States Tribunal Reports*, Cambridge, Grotius Publ. Ltd., t. II, 1983 aux pp. 157-225.

du contrôle de la titularité de la protection conférée par les dispositions du TBI et d'un premier niveau de contrôle de la compétence arbitrale du Cirdi, qui se limite à la satisfaction de la condition de nationalité du traité. La tendance arbitrale majoritaire du Cirdi renferme ainsi un problème de cohérence interne dans l'application du droit international.

45. Outre le cas que nous venons de mentionner, l'application des dispositions relatives au « sens ordinaire », de manière aveugle par les arbitres, conduit à la violation d'un autre principe général de la Convention de Vienne, en ce sens que toute interprétation doit tenir compte de « toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre parties »²⁹. Sur cette question, l'opinion de Jean Combacau et Serge Sur est très éclairante :

Cette formule implique qu'il ne convient pas de considérer isolément la règle ou la situation interprétée, mais qu'il faut les insérer dans le contexte de l'ensemble du droit applicable. Ce principe d'intégration souligne l'unité du droit international et établit une présomption du caractère déclaratoire des règles particulières par rapport aux règles générales... C'est ainsi que les traités s'inscrivent normalement dans le contexte du droit coutumier préexistant³⁰.

46. De même, Pierre-Marie Dupuy souligne :

C'est là peut-être attribuer à la formule précitée – étant donné sa place à la fin de l'article 31 – une signification plus large que celle qu'avaient entendu lui donner les rédacteurs du texte des conventions de Vienne et les parties à ces conventions, en visant ce que d'autres auteurs appellent « l'enveloppe extérieure du contexte » des termes à interpréter³¹.

47. Il est indubitable qu'il faut trouver un mécanisme d'interprétation qui permette de respecter cette règle cardinale lorsque la nationalité réelle de l'investisseur et plus précisément celle de l'investisseur ultime est également celle de l'État hôte, et l'approche téléologique semble en être la clef. C'est que l'analyse littérale n'implique pas forcément l'acception juridique des termes à interpréter telle qu'elle est perçue par l'interprète, soit, de façon objective ; autrement dit, il ne s'agit pas de faire abstraction de l'intention des auteurs du traité, ce qui est la marque de fabrique des arbitres de la tendance majoritaire du Cirdi. Il est

29. Voy. art. 31(1) de la Convention de Vienne du 23 mai 1969, entrée en vigueur le 27 janvier 1980, 1155 *R.T.N.U.* 331.

30. Jean Combacau et Serge Sur, *Droit international public*, coll. « Domat Droit public », Paris, Montchrestien, 1993 aux pp. 175-176.

31. Pierre-Marie Dupuy, *Droit international public*, Paris, Dalloz, 1992, n° 302.

certes arrivé que la C.P.J.I. préfère le sens « technique [juridique] » d'un terme, indépendamment de l'intention des parties. C'était par exemple le cas dans l'*Avis consultatif sur l'interprétation du traité gréco-turc du 1^{er} décembre 1926*³², dans lequel la Cour a appréhendé le terme « arbitrage » dans son sens technique, « tout en admettant que, tel qu'il figur[ait] dans le protocole final, les parties sembl[ai]ent ne l'avoir pas employé dans son sens technique » ; l'argument avancé par la Cour était alors l'absence de preuves contraires³³.

48. Sur le plan pratique, le problème qui est ici posé par l'interprétation legaliste usuelle effectuée par la tendance majoritaire du Cirdi est celui de l'admissibilité des sociétés-écrans et sur le plan de la nationalité, il se décline en ces termes : peut-on créer une nationalité-écran ? Dans les faits, la réponse est positive, naturellement, étant donné que tout État a le pouvoir d'octroyer sa nationalité à une personne morale et les sociétés peuvent s'arranger pour en bénéficier en se constituant sous le droit de l'État concerné. En revanche, se pose le problème de l'acceptabilité de cette nationalité-écran, sous-entendu, sur le plan du droit. Pour qu'elle puisse avoir des effets à l'extérieur du pays concédant, elle doit être acceptée ou mieux, pouvoir s'imposer, ce qui pose le problème de son opposabilité. Or, elle ne peut pas s'imposer par elle-même, par le seul fait qu'elle est une nationalité-écran : cette nationalité doit nécessairement être acceptée, quel que soit le mode utilisé pour ce faire. Si elle n'était pas acceptée, rien ne pourrait plus alors la rendre opposable. Mais cette acceptation même a des effets limités aux seules Parties, ne pouvant s'imposer à une juridiction qui a ses propres règles, auxquelles elle n'admet aucune dérogation sinon celles qu'elle institue elle-même. La force même de ces règles se trouve légitimée et accrue par le fait que ce sont des règles objectives du droit international.

49. C'est dans cet ordre d'idée que l'accord sur la nationalité intervenu entre les États contractants dans le cadre de l'application du traité conclu entre elles, lorsque l'opposabilité de cette nationalité ne serait pas admissible en dehors dudit accord, ne peut être opposé au Cirdi qui a ses propres règles pour la compétence des tribunaux qu'il a institués. En l'occurrence, la Convention de Washington respecte davantage les règles objectives de l'opposabilité de la nationalité. Le traité sera appli-

32. *Interprétation du traité gréco-turc du 1^{er} décembre 1926 (Protocole final, article IV)*, 28 août 1928, 16 C.P.J.I. (Sér. B) à la p. 22.

33. Voy. Jacques Dehaussy et Mahmoud Salem, « Les traités – Interprétation. Principes, règles et méthodes applicables à l'interprétation » dans *JurisClasseur France*, coll. « Sources du droit international », Fasc. 12-6, LexisNexis France, au § 64, Date de fraîcheur : mars 1995.

cable, mais le Cirdi ne sera pas alors compétent si la « nationalité convenue »³⁴ entraîne une opposition entre un État et son ressortissant.

50. L'interprétation littérale peut donc aboutir à opposer les États et leurs ressortissants et il y a alors lieu, à titre préventif, d'adopter une interprétation téléologique afin de s'assurer qu'on ne s'écarte pas des objectifs de la Convention. Cela est possible sans qu'on s'écarte de l'article 31 de la Convention de Vienne. Cet article peut d'ailleurs servir de base juridique à ce type d'interprétation, ce que nous allons démontrer dans les lignes qui suivent.

2.3 Les correctifs proposés avec l'interprétation téléologique dans l'application de l'article 31 de la Convention de Vienne

2.3.1 La mise en œuvre de l'interprétation téléologique

51. Il est curieux de constater que la partie de « la règle » exigeant l'interprétation littérale en fonction de l'objet et du but, énoncée par l'article 31(1) *in fine* de la Convention de Vienne, ne semble pas être respectée la plupart du temps. En tenant compte de cette disposition, les arbitres seraient peut-être davantage amenés à tenir compte en même temps de l'objet du Cirdi qui est de résoudre les *différends entre États et ressortissants d'autres États* et de celui de la Convention de Washington de mettre en place un mécanisme pour atteindre cet objectif, lequel consiste précisément au système Cirdi. L'interprétation téléologique, que l'on peut juger évolutive, tend précisément à mieux servir cet objectif. Son adoption suppose cependant quelques précisions.

52. Premièrement, le principe de l'interprétation selon *le sens ordinaire* tel que nous l'avons entendu plus haut³⁵ n'est pas toujours nécessaire, alors que cette règle elle-même n'est pas toujours autonome. Jacques Dehaussy et Mahmoud Salem affirment d'ailleurs que « [...] consciente des limites de la règle du sens ordinaire [...], la Convention de Vienne l'accompagne d'une série de correctifs (contexte des termes, but et objet du traité ainsi que moyens complémentaires d'interprétation – art. 32) laissant de la sorte suggérer que la priorité dont elle l'habille n'est pas absolue »³⁶. Deuxièmement, son application nécessite de déterminer le sens commun voulu par les parties, leur objectif partagé, qui tend précisément à la résolution des *litiges entre un État et les ressortissants de l'autre État*, en somme, des litiges transnationaux. En effet, selon

34. Emmanuel Gaillard, (1986) 113:1 *J.D.I.* 197 à la p. 238.

35. Voy. la présente étude *supra* au § 41.

36. Dehaussy et Salem, *supra* note 33 au § 67.

Jacques Dehaussy et Mahmoud Salem, cette méthode, lorsqu'elle est entendue

au premier degré (dans le sens ordinaire et clair des termes...), [...] signifie en effet : d'une part que, si l'interprète n'est en droit de négliger aucune des dispositions de droit matériel faisant l'objet du traité, il ne peut davantage, par quelque méthode d'interprétation que ce soit, déborder cet objet en appliquant ces dispositions à d'autres matières que celles prises en considération par les parties ; d'autre part qu'il ne doit pas chercher à assigner au traité d'autres finalités que celles qu'ont voulu poursuivre ces parties³⁷.

53. L'application de la méthode téléologique doit alors intervenir, le besoin s'en faisant sentir, en d'autres termes lorsque les circonstances de la cause démontrent que l'application de la méthode littérale aboutirait à un résultat inacceptable en droit international. On essaiera, dans les lignes qui suivent, de déterminer quelles seraient les orientations de cette nouvelle application de l'article 31(1) de la Convention de Vienne dans le règlement des litiges transnationaux.

54. Premièrement, il peut être utile de relever que les alinéas 2 et suivants de l'article 31 de la Convention de Vienne peuvent avoir préséance sur l'alinéa 1 du même article lors de l'interprétation des termes du TBI en ce qui concerne les dispositions relatives à la nationalité. En effet, à l'alinéa 2 du même article qui associe, aux fins d'interprétation, les éléments du contexte qui doivent être pris en considération dans l'application du texte, on peut associer l'alinéa 3(c) qui associe à son tour au contexte « toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les Parties ». Or, la règle de droit coutumier de non-responsabilité, qui pose le principe de l'interdiction du recours d'un national contre son État de nationalité, est une règle cardinale du droit international³⁸. Dans la majorité des cas, l'interprétation des dispositions des TBI entraîne une situation de face à face entre les nationaux et leur État de nationalité. Si on peut soutenir que le TBI constitue une *lex specialis* et bien qu'il soit vrai que *specialia generalibus derogant, non generalia specialibus*, il n'en demeure pas moins qu'on ne peut pas déroger à toutes les règles. Cette règle ne fait l'objet de dérogation que dans une matière précise et ce, par le fait de l'intérêt des droits en jeu : le domaine des droits fondamentaux de la personne humaine.

37. *Ibid.* au § 53.

38. Pierre Klein précise opportunément qu'il s'agit d'une question de recevabilité de la demande, la non-responsabilité de l'État ne constituant que la conséquence de l'irrecevabilité de la plainte formulée contre lui par le double national : Pierre Klein, « La protection diplomatique des doubles nationaux : reconsidération des fondements de la règle de la non-responsabilité » (1988) *R.B.D.I.* 184 à la p. 185 (v. spéc. la note de bas de page 4).

55. En somme, en s'abstenant d'aller outre la nationalité de façade et découvrir la nationalité véritable de l'investisseur, l'arbitre qui applique pourtant là le droit conventionnel méconnaît en même temps le droit international. On comprend le dilemme auquel il est soumis, entre privilégier l'intérêt de l'investisseur et l'intérêt du droit. Le Cirdi a pour l'instant choisi de privilégier l'intérêt immédiat, celui de l'investisseur. Notre humble avis, dans cette situation précise, serait que l'on privilégie plutôt l'intérêt du droit, plus important dans la mesure où cela assurerait la stabilité et la sécurité juridiques, tous éléments qui viennent ultimement concourir à la sécurité juridique de chaque investisseur dans les rapports internationaux et par extension, celle de tous les investisseurs. On rejoindrait ainsi la préoccupation des arbitres du Cirdi énoncée plus haut, de l'intérêt de l'investisseur.

56. Deuxièmement, le même article 31 de la Convention de Vienne à l'alinéa 4 précise qu'« [u]n terme sera entendu dans un sens particulier s'il est établi que telle était l'intention des Parties ». Dès lors, à défaut de contestation par l'une des parties du sens des termes du traité, on comprend que l'arbitre transnational puisse s'arrêter à la nationalité déterminée par l'ordre juridique compétent. Certaines décisions parmi les plus marquantes de la C.I.J. conduisent d'ailleurs à une telle interprétation. On connaît la position, ferme et constante, de cette juridiction depuis 1950 sur le sens naturel et ordinaire des termes pris en relation avec leur contexte³⁹. Cette juridiction est venue préciser en 1995 qu'il faut conserver au texte son effet utile⁴⁰. Cela rentre dans le sens de l'interprétation littérale, mais pour autant, on ne saurait dire que la C.I.J. en approuve les excès.

57. Cette juridiction a d'ailleurs une autre position qui pourrait conduire à l'orientation opposée. En 1971, elle déclarait en effet que « [...] tout instrument international doit être interprété et appliqué dans le cadre de l'ensemble du système juridique en vigueur au moment où l'interprétation a lieu »⁴¹. C'est dans ce cadre que nous invoquons une interprétation en conformité avec la règle de non-responsabilité, déjà permise par la mise en œuvre de l'alinéa 3(c) de cet article 31 de la

39. *Compétence de l'Assemblée générale pour l'admission d'un État aux Nations Unies*, Avis consultatif, 3 mars 1950, (1950) 8 *C.I.J. Rec.* 4 à la p. 8, repris dans *Sentence arbitrale du 31 juillet 1989 (Guinée Bissau-Sénégal)*, arrêt, (1991) *C.I.J. Rec.* 53 aux pp. 69-70 au § 48.

40. *Délimitation maritime et questions territoriales Qatar/Bahreïn*, arrêt, 15 février 1995, (1995) *C.I.J. Rec.* 6 à la p. 19.

41. *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*, Avis consultatif, 21 juin 1971, (1971) *C.I.J. Rec.* 16 à la p. 31.

Convention de Vienne. Lorsque, à ces arguments, on vient ajouter la contestation par l'une des parties du sens des termes du traité, il est logique de douter que cet instrument exprime pleinement ce que chacune des parties a voulu entendre en utilisant les termes dudit traité de la manière dont ils sont stipulés. On ne peut pas présumer, de manière systématique, de la mauvaise foi de l'État défendeur. On ne convaincra personne qu'un État ait jamais voulu se trouver en face de ses nationaux devant une juridiction internationale, même en matière de droits de la personne et surtout pas dans ce dernier domaine, et pas davantage en matière économique. Dans le cas qui nous intéresse, est-il encore possible, à ce moment, d'affirmer qu'il y a une commune intention des parties ? C'est une question qui dépasse largement le cadre du règlement des différends relatifs aux investissements, mais qui ne mérite pas moins, pour autant, d'être posée.

58. On peut douter que les cocontractants aient entendu, en signant le TBI qui renvoie la question de l'établissement de la nationalité aux lois de chacun, vouloir se retrouver en face de leurs nationaux respectifs devant un tribunal international. Si l'interprétation littérale aboutit à un résultat inacceptable sur le plan du droit, il y a alors lieu d'arrêter son application. La C.I.J. ne disait pas autre chose lorsqu'elle affirmait, à plusieurs reprises d'ailleurs : « En revanche, si les mots, lorsqu'on leur attribue leur signification naturelle et ordinaire, sont équivoques ou conduisent à des résultats déraisonnables, c'est alors – et alors seulement – que la Cour doit rechercher par d'autres méthodes d'interprétation ce que les parties avaient en réalité dans l'esprit quand elles se sont servies des mots dont il s'agit »⁴².

59. On ne peut cependant annuler, par un acte de volonté, les dispositions qui renvoient au droit étatique proposant des solutions en matière de nationalité, car, comme disait Vattel, « [o]n ne présume point que des personnes sensées aient prétendu ne rien faire en traitant ensemble... L'interprétation qui rendrait un acte nul et sans effet ne peut donc être admise »⁴³, selon le principe de l'effet utile des conventions. C'est ce qui impose l'application du traité, mais en appliquant en même temps l'interprétation téléologique que nous suggérons parce que, faut-il le souligner, l'interprétation littérale n'est pas obligatoire ou, selon les termes de la C.I.J., « absolue ». C'est ce que cette Cour a reconnu en insistant sur le fait que « [l]orsque cette méthode d'interprétation aboutit à un résultat incompatible avec l'esprit, l'objet et le contexte de la clause

42. *Compétence de l'Assemblée générale pour l'admission d'un État aux Nations Unies*, supra note 39, repris dans *Sentence arbitrale du 31 juillet 1989*, supra note 39.

43. Émer de Vattel, *Le droit des gens*, éd. 1773 aux § 282-283.

ou de l'acte où les termes figurent, on ne saurait valablement lui accorder crédit »⁴⁴.

60. Une orientation évolutive de l'article 31(1) de la Convention de Vienne, qui est également mentionnée aux articles 19 et 20 de la même Convention, peut donc être envisagée. Elle n'est d'ailleurs pas une spécificité du droit des investissements puisqu'elle date de 1704, avec le *Heydon Case*⁴⁵. Comme on sait, les auteurs d'un traité ne le rédigent pas munis d'un dictionnaire et d'un manuel de grammaire. Il faut parfois aller plus loin que le sens ordinaire des mots surtout, lorsque, à raisonner ainsi, on serait amené à en appliquer le sens vulgaire plutôt que tecnico-juridique et c'est précisément ici que l'interprétation téléologique montre sa pertinence.

61. Sur toute cette question, il semble bien que c'est Sir Hersch Lauterpacht qui avait raison lorsqu'il affirmait que

Lorsqu'un tribunal qualifie de « claire » une clause contestée et rejette en conséquence toute autre source d'interprétation que le prétendu sens qui se dégage des mots et de la grammaire, le seul point qui d'ordinaire ressorte à l'évidence c'est que la disposition n'est pas claire du tout... Au surplus lorsque la Cour elle-même se trouve divisée en deux groupes quasi-égaux (*cas de l'affaire du Lotus ou de l'Avis consultatif de 1948*), l'affirmation par la majorité ou la minorité que la clause litigieuse est « claire » constitue une méthode purement subjective équivalant à une pétition de principe... Le « sens ordinaire » ne saurait, au mieux, être traité autrement qu'une présomption *juris tantum*, qui peut être renversée. Mais il ne faudrait jamais le considérer comme une présomption irréfragable, *juris et de jure*⁴⁶.

62. Il serait donc souhaitable, *de lege ferenda*, que l'arbitre remette en question une disposition apparemment « claire » lorsqu'il apparaît que cette disposition ne rencontre pas le consensus des parties sur le sens qui doit lui être attribué. Il en sera particulièrement ainsi en matière de nationalité de l'investisseur⁴⁷, notamment lorsque l'État défendeur

44. *Sud-Ouest africain*, exceptions préliminaires, arrêt du 21 décembre 1962, (1962) *C.I.J. Rec.* 319 à la p. 336, repris dans *Sentence arbitrale du 31 juillet 1989*, *supra* note 39.

45. *The Heydon Case*, [1584] EWHC Exch J36, 76 ER 637, Pasch 26 Eliz, résumé disponible sur le site de British and Irish Legal Information Institute, <<http://www.baillii.org/ew/cases/EWHC/Exch/1584/J36.html>> (date d'accès : 16 juillet 2012).

46. Hersch Lauterpacht, « De l'interprétation des traités » (1950) 366 *Ann. Inst. dr. int.* 43 à la p. 277.

47. Voy. égal. Ludwik Ehrlich, « L'interprétation des traités » (1928) 24 *R.C.A.D.I.* IV, 5 aux pp. 118-131 ; Jacques Soubeyrol, « L'interprétation internationale des traités et la considération de l'intention des parties » (1958) 85:3 *J.D.I.* 686.

soutiendra que la personne morale lui est rattachée, ou est rattachée à un État non contractant au TBI ou encore n'étant pas membre de la Convention de Washington, sauf à prouver sa mauvaise foi. Pour démontrer le bien-fondé de cette proposition, nous prendrons un autre exemple théorique justifiant l'interprétation téléologique des dispositions conventionnelles relatives à la nationalité.

2.3.2 Exemple de schéma théorique justifiant l'interprétation téléologique des dispositions conventionnelles relatives à la nationalité

63. Supposons que des Canadiens forment une société aux Bahamas, pays qui pratique le système de l'incorporation, et que cette société aille investir en Argentine. Les Bahamas sont signataire de la Convention de Washington et ont conclu avec l'Argentine un TBI qui renvoie au droit bahamien et au droit argentin, respectivement, pour déterminer la nationalité des personnes protégées. La société constituée aux Bahamas peut-elle éventuellement réclamer un *standing* devant le Cirdi dans le cadre d'un recours contre l'Argentine ?

64. En se référant au droit bahamien qui accorde sa nationalité aux personnes morales incorporées aux Bahamas, on est conduit à reconnaître la nationalité bahamienne à cette société et, dans ce sens, elle bénéficie d'un *standing* devant le Cirdi. Cela résulte aussi, conjointement, d'une interprétation littérale du TBI et, sur le plan doctrinal, de la logique de la fiction de la personnalité morale. Peut-on cependant admettre cette nationalité si à sa suite, les investisseurs ultimes, de nationalité canadienne, se retrouvent devant le Cirdi alors que le Canada n'a pas encore signé la Convention de Washington en avril 2012 ? À l'évidence non. Si l'arbitre permet aux Canadiens de procéder de cette manière, cela entraîne le détournement de la Convention puisque le Canada n'en est pas membre et que, dès lors, les Canadiens n'ont pas de *standing* devant le Cirdi. Si l'arbitre se contentait d'adopter une approche littérale, il admettrait ce recours alors qu'il n'y a pas, en réalité, un seul Bahamien qui ait des intérêts dans cette affaire. Il devrait donc se déclarer incompétent.

65. Dans la même hypothèse, remplaçons les Canadiens par des Argentins. L'Argentine se retrouvera en face d'une société incorporée aux Bahamas, mais ultimement détenue par des Argentins. Peut-on cependant réellement soutenir que l'objectif de l'Argentine était de se

retrouver en face de ses nationaux devant un tribunal international en signant ce traité ? Cela est plus que douteux. L'arbitre devrait donc, ici aussi, se déclarer incompétent et cette décision serait le résultat de la combinaison de l'approche téléologique (en se basant sur le fait que l'Argentine n'a jamais voulu être opposée à des Argentins) et du dépassement de la théorie de la fiction (qui amènerait l'arbitre à percer le voile social pour découvrir l'investisseur ultime, de nationalité argentine).

Conclusion

66. On a vu que l'établissement de la nationalité pertinente devant le tribunal est difficile lorsqu'une personne morale a des rattachements juridique et politique différents. La nationalité et, par voie de conséquence, l'extranéité d'une même entité peuvent différer selon que l'on utilisera l'un ou l'autre mode de rattachement. Il importe alors de préciser qu'*a priori*, on admettra toute nationalité octroyée par un État sur la base du rattachement juridique, sauf à démontrer qu'elle n'est pas effective. En cas de contradiction d'une nationalité déterminée sur cette base et d'une autre nationalité, notamment celle qui découle d'un rattachement politique, l'idée d'opposabilité sera la clef pour emporter le choix de l'arbitre.

67. Dans le cadre du règlement arbitral de ce problème, on a constaté que la théorie de la fiction a un côté très *Dr. Jekyll* et un autre davantage *Mr. Hyde*⁴⁸ en matière de nationalité des personnes morales. D'un côté, elle constitue le gage d'une nationalité certaine et prévisible, ceci étant plus globalement synonyme de stabilité et de prévisibilité juridiques immédiates. Cependant, de l'autre côté et dans la perspective d'une plus longue portée, il est difficile de ne pas se rendre compte des limites de cette théorie, surtout lorsqu'elle est couplée à une interprétation littérale des termes des traités. En l'occurrence, il peut manquer à la nationalité qui en est inférée, dans sa conjugaison à la méthode d'interprétation littérale des traités et sur le fondement théorique de la fiction de la personnalité juridique, un ingrédient nécessaire pour sa pleine efficacité sur le plan des relations internationales : l'effectivité. Cette combinaison qui est de règle au Cirdi entraîne une véritable étrangeté de l'extranéité en permettant la confrontation entre une partie publique et son national devant un tribunal international, le national ayant pris soin de se camoufler sous les traits d'une personne formellement étrangère.

48. Selon la fameuse œuvre *Dr. Jekyll and Mr. Hyde* de Robert Louis Stevenson (1850-1894), Paris, Éditions Autrement, 1997.

68. Premièrement, disons-le tout net : la théorie de la fiction de la personnalité morale ne peut pas, pour autant, être remise en question. Cependant, on peut envisager de transcender le rapport freudien qu'elle entretient avec les tendances interprétatives de la jurisprudence majoritaire Cirdi sur la nationalité : il est possible de lui apporter certains correctifs en fondant la nationalité de l'investisseur non plus systématiquement sur l'octroi ou la reconnaissance de la personnalité morale par un ordre juridique, mais aussi sur l'origine des intérêts économiques en cause. Cette origine renvoie elle-même à la nationalité de l'investisseur. Cela permet de fonder théoriquement les recours institués par tous les investisseurs, quelle que soit la taille de leur apport, et de rejoindre en même temps la jurisprudence *ELSI* de la C.I.J., sur cette question. Pour respecter le principe de la primauté des critères juridiques de rattachement de la société à son État de nationalité, la société n'interviendra devant le tribunal que pour elle-même et pour défendre son investissement, alors que les actionnaires ou associés interviendront pour défendre leur investissement consistant en cette société. C'est de cette manière qu'on pourra, d'une part, donner accès au tribunal à toutes parties prenantes à un investissement et d'autre part, identifier qui est le véritable investisseur tout en évitant de s'emmêler les pédales dans les habiles montages sociétaux des groupes transnationaux.

69. Deuxièmement, la définition de l'extranéité donne lieu à un débat de méthode. Faite sans concession, l'interprétation littérale des termes du traité relatifs à la nationalité des personnes morales peut être à l'origine de solutions ayant des effets inacceptables, à l'exemple de l'opposition d'un national à son État de nationalité. S'il est clair que le texte est le matériau privilégié dans l'interprétation du traité, il faut quelquefois accepter de renoncer à la « fiction de la plénitude juridique de la loi écrite »⁴⁹. Pour déterminer le sens exact de l'extranéité, il ne suffit pas de s'arrêter au sens immédiat des termes utilisés : leur usage même entre dans le cadre d'un contexte dans lequel ils s'insèrent. En droit comme dans le cas de la grammaire et la linguistique, il semble finalement que la structure superficielle n'est jamais que l'élément visible d'une structure profonde⁵⁰. Peut-être faudrait-il alors songer à des approches alternatives pour remédier aux effets pervers de cette attitude et dans cette optique, pour l'avoir testée, nous pouvons attester de la pertinence de la méthode téléologique dans certaines situations. Tout en gardant son caractère accessoire, elle sera utilisée pour contrôler

49. Expression que nous empruntons à François Ost et Michel Van de Kerchove, *Entre la lettre et l'esprit : les directives d'interprétation en droit*, Bruylant, Bruxelles, 1989 à la p. 104.

50. Voy. Noam Chomsky, *La linguistique cartésienne : un chapitre de l'histoire de la pensée rationaliste ; suivi de La nature formelle du langage*, Paris, Le Seuil, 1969.

que les conditions de la compétence du Cirdi ont été satisfaites et que la solution arbitrale est en adéquation avec l'objet et les finalités assignées au Cirdi lors de son institution. Cet objet et cette finalité que les tribunaux semblent quelquefois mettre en berne alors qu'ils doivent, plus que tout autre, guider leur office, sont clairement définis dans le titre de la Convention de Washington et consistent dans le règlement des différends relatifs aux investissements « *entre États et ressortissants d'autres États* ». C'est de cette manière qu'on pourra aller au-delà du texte pour se conformer à la loi.

70. Enfin, il nous semble convenable d'affirmer que la nationalité dont l'opposabilité à l'État défendeur est contrôlée est celle de l'investisseur *en tant que propriétaire* : elle n'est intéressante dans le cadre de l'examen de la compétence du tribunal voulant appliquer le droit international des investissements que prise sous cet angle. En évitant de traiter cette question dans l'absolu, les arbitres éviteront également des dérives.

71. Pour conclure notre étude, nous relèverons que l'applicabilité de la théorie du contrôle séparé de l'extranéité telle que cette condition est exprimée dans les exigences, duales et spécifiques, des deux instruments juridiques fondant la compétence du Cirdi a été démontrée. Comme dans le cas du contrôle de l'existence d'un investissement, la dissociation des procédures de contrôle nous semble pertinente et l'application de cette théorie du *contrôle séparé*, ou *dissocié*, viable.