

BGE 151 III 455

Bundesgericht (BGE), 2025-01-01, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_BGE_151_III_455

FR: ATF 151 III 455

IT: DTF 151 III 455

Regeste

Regeste Zuständigkeit des Schiedsgerichts (Art. 190 Abs. 2 lit. b IPRG); Investitionsschiedsgerichtsbarkeit; bilaterales Investitionsschutzabkommen von 1995 zwischen dem Königreich Spanien und der Bolivarischen Republik Venezuela (ISA); Recht eines spanisch-venezolanischen Doppelbürgers, gegen den Empfängerstaat seiner Investition vorzugehen; Voraussetzungen für die Ausübung dieses Rechts. Um zu bestimmen, ob ein spanisch-venezolanischer Doppelbürger berechtigt ist, gegen einen der beiden Vertragsstaaten des ISA vorzugehen, ist der Begriff des Investors in Art. I Abs. 1 lit. a dieses Abkommens anhand der Auslegungsgrundsätze des Wiener Übereinkommens vom 23. Mai 1969 über das Recht der Verträge auszulegen. Diese Auslegung führt im vorliegenden Fall zur Feststellung, dass der Kläger, der über die Staatsangehörigkeit beider Vertragsstaaten des ISA verfügt, auf der Grundlage dieses Vertrags gegen den Empfängerstaat seiner Investition klagen kann, es sei denn, seine dominante und tatsächliche Staatsangehörigkeit ist diejenige dieses Staates (E. 5.4.2-5.4.6). Die Regel der dominanten und tatsächlichen Staatsangehörigkeit ist im Bereich der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit mit besonderer Sorgfalt zu prüfen, da dieses System das Risiko birgt, dass ein Investor mehrere Passanträge stellt und versucht, sich durch Treaty Shopping Vorteile zu verschaffen (E. 5.4.7). Prüfung der dominanten und tatsächlichen Staatsangehörigkeit des Klägers (E. 5.5).

Regeste Compétence du tribunal arbitral (art. 190 al. 2 let. b LDIP); arbitrage d'investissement; traité bilatéral d'investissement conclu en 1995 entre le Royaume d'Espagne et la République bolivarienne du Venezuela (TBI); droit d'un double national hispano-vénézuélien d'agir contre l'État hôte de son investissement; conditions d'exercice de ce droit. Pour déterminer si un double national hispano-vénézuélien est en droit d'agir contre l'un des deux États parties au TBI, il convient d'interpréter la notion d'investisseur définie à l'art. I par. 1 let. a de cet accord à l'aide des critères d'interprétation visés par la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités. Cette interprétation conduit en l'occurrence à retenir que le demandeur, lequel possède la nationalité des deux États parties au TBI, peut agir contre l'État hôte de son investissement sur la base dudit traité, à moins que sa nationalité dominante et effective soit celle de cet État (consid. 5.4.2-5.4.6). La règle de la nationalité dominante et effective doit être examinée avec une attention toute particulière en matière d'arbitrage d'investissement, compte tenu du risque, inhérent à ce système, qu'un investisseur multiplie les demandes de passeport et les tentatives de treaty shopping (consid. 5.4.7). Examen de la nationalité dominante et effective du demandeur (consid. 5.5).

Regesto Competenza del tribunale arbitrale (art. 190 cpv. 2 lett. b LDIP); arbitrato sugli investimenti; trattato bilaterale per gli investimenti concluso nel 1995 fra il Regno di Spagna e la Repubblica Bolivariana del Venezuela (TBI); diritto di un investitore con la

doppia nazionalità spagnola e venezuelana di agire contro lo Stato in cui ha effettuato il suo investimento; condizioni per esercitare tale diritto. Per determinare se un investitore con la doppia nazionalità spagnola e venezuelana abbia il diritto di agire contro uno dei due Stati che hanno concluso il TBI, occorre interpretare la nozione di investitore definita all'art. I par. 1 lett. a di questo accordo utilizzando i criteri di interpretazione previsti dalla Convenzione di Vienna del 23 maggio 1969 sul diritto dei trattati. Questa interpretazione conduce in concreto a ritenere che l'attore, che possiede la nazionalità di entrambi gli Stati contraenti il TBI, può agire sulla base del trattato contro lo Stato in cui ha effettuato il suo investimento, a meno che la sua nazionalità dominante e effettiva sia quella di tale Stato (consid. 5.4.2-5.4.6). La regola della nazionalità dominante e effettiva dev'essere esaminata con particolare attenzione in materia di arbitrato sugli investimenti, tenuto conto del rischio, inerente a tale sistema, che un investitore moltiplichi le domande di passaporto e i tentativi di treaty shopping (consid. 5.4.7). Esame della nazionalità dominante e effettiva dell'attore (consid. 5.5).

Erwägungen

E. 5.4

(...)

E. 5.4.2

À titre liminaire, le Tribunal fédéral juge utile de souligner qu'il ne lui appartient pas de résoudre ici, une fois pour toutes et abstraitement, le problème de savoir si, et, à quelles conditions, un double national est en droit d'agir contre l'État hôte de son investissement sur la base d'un traité conclu entre deux États dont il possède la nationalité. À cet égard, il sied de relever que cette question, controversée, a fait couler passablement d'encre. Nombre de tribunaux arbitraux ont notamment abordé cette thématique et les solutions apportées par eux ont varié d'une sentence à l'autre (cf. parmi d'autres: Victor Pey Casado et Fondation Presidente Allende contre République du Chili , CIRDI n. ARB/98/2, sentence sur la compétence du 8 mai 2008; Serafín García Armas et Karina García Gruber contre République bolivarienne du Venezuela , CPA n. 2013-3, sentence sur la compétence du 15 décembre 2014; Mohamed Abdel Raouf Bahgat contre République arabe d'Égypte , CPA n. 2012-07, sentence sur la compétence du 30 novembre 2017; Dawood Rawat contre République de Maurice , CPA n. 2016-20, sentence sur la compétence du 6 avril 2018; Enrique Heemsen et Jorge Heemsen contre République bolivarienne du Venezuela , CPA n. 2017-18, sentence sur la compétence du 29 octobre 2019; Manuel García Armas et consorts contre République bolivarienne du Venezuela , CPA n. 2016-08, sentence sur la compétence du 13 décembre 2019; Sergei Viktorovich Pugachev contre Russie , CPA n. AA622, sentence sur la compétence du 18 juin 2020; Fernando Fraiz Trapote contre République bolivarienne du Venezuela , CPA 2019-11, sentence finale du 31 janvier 2022; Zaza Okuashvili contre Géorgie , Institut d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm [SCC] n. EA 2019/058, sentence partielle sur la compétence et la recevabilité du 31 août 2022; Antonio del Valle Ruiz et consorts contre Royaume d'Espagne , CPA n. 2019-17, sentence finale du 13 mars 2023). Diverses opinions doctrinales ont également été professées à propos de la protection des doubles nationaux en matière d'arbitrage d'investissement (cf. parmi d'autres: MCLACHLAN ET AL., *International BGE 151 III 455 S. 460 investment arbitration: substantive principles*, 2 e éd. 2017, n. 5.01 ss; MICHALOPOULOS/HICKS, *Dual nationality revisited: a modern approach to dual*

nationals in non-ICSID arbitrations, in *Arbitration International* 2019 p. 121 ss; JAVIER GARCÍA OLMEDO, Claims by dual nationals under investment treaties: are investors entitled to sue their own States?, in *Journal of International Dispute Settlement* 2017 p. 695 ss; CHITRANSH VIJAYVERGIA, Dual nationality of a private investor in investment treaty arbitration: a potential barrier to the exercise of jurisdiction *ratione personae*?, *Revue du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements [CIRDI]* 2021p. 150ss; MARTIN HEMMI, The concept of nationality and diplomatic protection in international investment law, *Jusletter* 19 juin 2017; MATHILDE FRAPPIER, La protection des individus binationaux par les traités et l'arbitrage d'investissement, *Les Cahiers de l'arbitrage - The Paris Journal of International Arbitration* 2020 p. 551 ss; MATEJ KOSALKO, (In)genuinely foreign investment: a survey of nationality requirements in investment disputes, *European Investment Law and Arbitration Review* 2018 p. 77 ss; MANUEL CASAS, Nationalities of convenience, personal jurisdiction, and access to investor-state dispute settlement, *New York University Journal of International Law and Politics* 2016 p. 63 ss; HAERI/WALKER, "And you are ...?" - Dual nationals in investment treaty arbitration, *Bahrain Chamber for Dispute Resolution International Arbitration Review* 2016 p. 153 ss; GARY BORN, *International arbitration: law and practice*, 3 e éd. 2021, p. 502 ss; KATIA YANNACA-SMALL, Who is entitled to claim? The definition of nationality in investment arbitration, in *Arbitration under international investment agreements: a guide to the key issues*, Katia Yannaca-Small [éd.], 2 e éd. 2018, n. 10.01 ss; EVA PALOMA TREVES, Investment treaty arbitration: dual nationals are now welcome: a way out of ICSID's dual national exclusion, *New York University Journal of International Law and Politics* 2017 p. 607 ss; PABLO MORI BREGANTE, The passports' game: chronicle of a foretold death for dual nationals' claims, *Kluwer Arbitration Blog* du 20 janvier 2020; TORREALBA/GALLOTTI, A never-ending story? Dual nationals in investment arbitration: a commentary on *Santamarta v Venezuela*, *Kluwer Arbitration Blog* du 29 novembre 2023; CLOVIS TREVINO, Treaty claims by dual nationals: a new frontier?, *Kluwer Arbitration Blog* du 8 octobre 2015; MARINE DE BAILLEUL, Decision of the Paris Court of appeal on the set aside Application in *García v Venezuela*, *The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management BGE* 151 III 455 S. 461 2017 p. 383 ss; ERIC DE BRABANDERE, Note: *R. v Mauritius - Treaty interpretation, dual nationality, and the scope of review of arbitral awards*, *Belgian Review of Arbitration* 2021 p. 365 ss; HOSSAM GAMALELDIN, Commentary on the main legal issues raised in the recent investment arbitration case of *Bahgat v. Egypt*, *International Journal of Arab Arbitration* 2020 p. 279 ss; MANGESH KRISHNA, French Courts keeping the door open for dual nationals' claims?, *Kluwer Arbitration Blog* du 30 décembre 2023; LEMAIRE/LAAZOUZI, *Chronique de jurisprudence arbitrale en droit des investissements*, *Revue de l'Arbitrage* 2019 p. 552 ss; MALIK LAAZOUZI, *Chronique de jurisprudence arbitrale en droit des investissements*, *Revue de l'Arbitrage* 2022 p. 1585 ss). Il apparaît ainsi que de sérieuses divergences existent sur le problème controversé tant dans les décisions des tribunaux arbitraux qu'au sein de la doctrine. En l'occurrence, la présente affaire pose une question de principe, puisqu'elle porte sur le droit ou non d'un double national d'agir en vertu d'un traité bilatéral d'investissement contre l'État hôte de son investissement, et, en cas de réponse affirmative, sur les conditions d'exercice de ce droit. Cela étant, la tâche de la Cour de céans n'est pas d'apporter une réponse générale et abstraite à cette question, mais uniquement de déterminer si le recourant peut ou non bénéficier de la protection offerte par le traité concerné, à savoir le TBI. Sa mission se limite dès lors à

rechercher si, in casu, ledit traité autorise une personne physique ayant la nationalité des deux parties contractantes à agir contre l'État hôte de son investissement, et, le cas échéant, à quelles conditions. Autrement dit, il incombe au Tribunal fédéral de résoudre la question de savoir si le recourant revêt effectivement la qualité d'investisseur protégé au regard du TBI, ce qui implique d'interpréter cet accord.

E. 5.4.3

L'interprétation du TBI doit s'effectuer conformément aux art. 31 ss de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités (RS 0.111; ci-après: CV), qui codifient en substance le droit coutumier international (ATF 150 III 280 consid. 7.6.2; ATF 149 III 131 consid. 6.4.2; ATF 145 II 339 consid. 4.4.1; ATF 144 III 559 consid. 4.4.2; ATF 122 II 234 consid. 4c; arrêt 4A_80/2018 du 7 février 2020 consid. 3.1.2). L' art. 31 par. 1 CV prévoit qu'un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but. En plus du contexte BGE 151 III 455 S. 462 (cf. art. 31 par. 2 CV), il sera tenu compte, selon l' art. 31 par. 3 CV, de tout accord ultérieur intervenu entre les parties au sujet de l'interprétation du traité ou de l'application de ses dispositions (let. a); de toute pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité (let. b) et de toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties (let. c). Les travaux préparatoires et les circonstances dans lesquelles le traité a été conclu constituent des moyens complémentaires d'interprétation lorsque l'interprétation donnée conformément à l' art. 31 CV laisse le sens ambigu ou obscur ou conduit à un résultat qui est manifestement absurde ou déraisonnable (cf. art. 32 CV). L' art. 31 par. 1 CV fixe un ordre de prise en compte des éléments de l'interprétation, sans toutefois établir une hiérarchie juridique obligatoire entre eux. Le sens ordinaire du texte du traité constitue le point de départ de l'interprétation. Ce sens ordinaire des termes doit être dégagé de bonne foi, en tenant compte de leur contexte et à la lumière de l'objet et du but du traité. L'objet et le but du traité correspondent à ce que les parties voulaient atteindre par le traité. L'interprétation téléologique garantit, en lien avec l'interprétation selon la bonne foi, l'"effet utile" du traité. Lorsque plusieurs significations sont possibles, il faut choisir celle qui permet l'application effective de la clause dont on recherche le sens, en évitant d'aboutir à une interprétation en contradiction avec la lettre ou l'esprit des engagements pris. Un État contractant doit partant proscrire tout comportement et toute interprétation qui aboutiraient à éluder ses engagements internationaux ou à détourner le traité de son sens et de son but (ATF 150 III 280 consid. 7.6.2; ATF 149 III 131 consid. 6.4.2; ATF 144 II 130 consid. 8.2.1 et les références citées; arrêts 4A_80/2018, précité, consid. 3.1.2; 4A_65/2018 du 11 décembre 2018 consid. 2.4).

E. 5.4.4

La Cour de céans n'ignore pas que le traitement à réserver aux doubles nationaux sous l'angle du TBI a déjà fait l'objet de plusieurs décisions contradictoires rendues tant par des tribunaux arbitraux que par des juridictions étatiques siégeant dans divers pays. Ainsi, dans la cause Serafín García Armas et Karina García Gruber contre Venezuela (CPA 2013-3), un tribunal arbitral a rendu le 15 décembre 2014 une sentence incidente au terme de laquelle il s'est déclaré compétent pour connaître du litige qui lui était soumis. En bref, il a considéré que la double nationalité hispano-vénézuélienne des BGE 151 III 455 S. 463 demandeurs ne les privait pas de la protection conférée par le TBI, dans la mesure où l'art. I par. 1 let. a de cet accord n'exclut pas les doubles nationaux. Statuant par arrêt du 27 juin 2023 (n.

22/02752) dans cette même affaire après diverses péripéties procédurales sur lesquelles il est inutile de s'étendre ici, la Cour d'appel de Paris a estimé que les termes tout comme l'économie générale du TBI étaient dénués d'ambiguïté sur le fait que les parties contractantes n'avaient pas entendu réserver un sort particulier aux binationaux en les écartant du bénéfice de la protection conférée par ledit traité, raison pour laquelle il n'était pas nécessaire à son avis de déterminer quelle était la nationalité dominante et effective des investisseurs concernés. Par sentence du 13 décembre 2019 rendue dans le cadre du litige divisant Manuel García Armas et consorts d'avec le Venezuela (CPA n. 2016-08), un tribunal arbitral a décliné sa compétence pour statuer sur la requête introduite par des individus ayant la double nationalité espagnole et vénézuélienne. Il a considéré que la définition de l'investisseur figurant dans le TBI n'excluait pas expressément les doubles nationaux, mais qu'elle ne les incluait pas nécessairement. Pour délimiter les contours exacts de la notion d'investisseur, il a examiné les autres dispositions du TBI et, singulièrement, la clause de résolution des litiges figurant à l'art. XI de cet accord. À cet égard, il a estimé que le TBI établissait une hiérarchie entre les mécanismes d'arbitrage mentionnés, les investisseurs devant soumettre prioritairement leur différend au Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (ci-après: le CIRDI). Il a jugé que l'exclusion des doubles nationaux résultant de l'art. 25 par. 2 let. a de la Convention pour le Règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États (RS 0.975.2; ci-après: la Convention CIRDI) devait valoir également pour les procédures conduites sur la bases des règles de la CNUDCI, faute de quoi la notion d'investisseur aurait une signification différente suivant le type d'arbitrage initié, ce qui serait incompatible avec la systématique du TBI. Dans une argumentation subsidiaire, le Tribunal arbitral a souligné que la solution retenue par lui serait identique, dans l'hypothèse où il y aurait lieu d'appliquer la règle de la nationalité dominante et effective. Les autorités étatiques néerlandaises ont rejeté les recours successifs interjetés ultérieurement par les demandeurs à l'encontre de ladite sentence (arrêts de la Cour d'appel de La Haye du 19 janvier 2021 [n. 200.280.055/01] et de la Cour suprême des Pays-Bas du 21 avril 2023 [n. 21/01710]). BGE 151 III 455 S. 464 Statuant le 31 janvier 2022 dans la cause Fernando Fraiz Trapote contre Venezuela (CPA n. 2019-11), un tribunal arbitral, siégeant aux Pays-Bas, a adopté un raisonnement similaire à celui tenu par les arbitres dans la sentence présentement attaquée. En bref, il a estimé que le TBI était silencieux s'agissant du traitement à réserver aux binationaux, de sorte qu'il convenait de tenir compte des autres règles pertinentes de droit international applicables entre les parties et, en particulier, du principe de la nationalité dominante et effective. Au terme de son analyse, le tribunal arbitral a estimé que la nationalité dominante et effective du demandeur était la nationalité vénézuélienne, ce qui l'a conduit à se déclarer incompétent. Ce bref tour d'horizon démontre que trois tribunaux arbitraux, appelés à résoudre un problème identique sur la base d'un même traité bilatéral d'investissement, ont opté pour des solutions parfois opposées en adoptant trois motivations différentes. Eu égard à son caractère international et au fait que les décisions rendues en matière d'arbitrage d'investissement par toutes sortes d'instances dans divers pays n'ont pas valeur de précédents (ATF 150 III 280 consid. 7.6.1, ATF 150 III 89 consid. 4.2.1; ATF 149 III 131 consid. 6.4.1; ATF 144 III 559 consid. 4.4.2), la question litigieuse ne sera sans doute jamais tranchée définitivement. Quoi qu'il en soit, la Cour de céans s'attachera à déterminer elle-même le sens à donner aux termes du TBI. Pour ce faire, il n'est pas exclu que le Tribunal fédéral s'inspire, le cas échéant, des décisions rendues par les tribunaux étatiques ou arbitraux ayant été amenés à se prononcer sur le

même problème, quand bien même de telles décisions ne le lient pas.

E. 5.4.5

Aux termes de l'art. I par. 1 let. a du TBI, le terme "investisseurs" désigne les personnes physiques qui ont la nationalité de l'une des parties contractantes conformément à sa législation et réalisent des investissements sur le territoire de l'autre partie contractante. Interprétés de bonne foi, les termes utilisés dans la clause litigieuse ne permettent pas de retenir que le mot "une" revêtirait une fonction numérale, qui impliquerait qu'un investisseur ne pourrait en aucun cas avoir la nationalité des deux parties contractantes. Il s'agit, au contraire, d'un article indéfini visant à fixer une exigence minimale, selon laquelle un investisseur doit posséder au moins la nationalité de l'une des parties contractantes et réaliser un investissement sur le territoire de l'autre. Le texte de la clause topique ne permet en revanche pas d'être aussi affirmatif que le recourant quant à la volonté des parties contractantes d'avoir renoncé, à dessein, à codifier le statut des BGE 151 III 455 S. 465 doubles nationaux dans le TBI parce qu'elles estimaient qu'il devait être le même que celui des investisseurs n'ayant qu'une nationalité. Il ne contient en effet pas l'expression "doubles nationaux" ni des termes équivalents. Tout ce que l'on peut en déduire, c'est que l'investisseur doit avoir la nationalité de l'une des parties contractantes et qu'il doit réaliser des investissements sur le territoire de l'autre. Cette formulation exclut l'applicabilité du TBI à une personne physique investissant sur le territoire de l'État dont elle a la nationalité, c'est-à-dire un Espagnol en Espagne ou un Vénézuélien au Venezuela, ce qui est du reste conforme au but de tout traité bilatéral d'investissement qui consiste à promouvoir et à protéger les investissements étrangers. Or, à tout le moins in abstracto, pareille exclusion est susceptible de s'appliquer à un double national car son statut l'amène à investir dans un État dont il a la nationalité. Sans doute, le fait qu'il possède aussi la nationalité de l'autre État conduit à la conclusion inverse sous cet angle. Cela démontre cependant que sa situation ne peut pas être assimilée sans autre forme de procès à celle d'une personne physique n'ayant la nationalité que de l'une des deux parties contractantes. Ceci est d'autant plus vrai que le Tribunal arbitral a démontré de façon convaincante que le statut des doubles nationaux en droit international n'est parfois pas le même que celui des individus n'ayant qu'une seule nationalité. La Cour de céans se rallie ainsi à l'avis du Tribunal arbitral lorsque celui-ci considère que le silence au sujet des binationaux dans la clause topique du TBI ne peut pas être interprété de bonne foi en ce sens que la protection conférée par cet accord serait totalement déniée ou accordée à cette catégorie spécifique d'investisseurs. Le Tribunal fédéral approuve également les considérations émises par les arbitres au sujet du contexte du TBI, en particulier celles qui ont trait à la clause de résolution des litiges figurant à l'art. XI de cet accord et, singulièrement, à la portée du renvoi à la Convention CIRDI qui s'y trouve. Comme l'a souligné à bon droit le Tribunal arbitral, l'art. XI du TBI prévoit en effet un catalogue d'options juridictionnelles à la disposition de l'investisseur. Lorsque la personne concernée ne peut pas accéder au système CIRDI, comme c'est le cas pour un double national vu l'exclusion claire figurant à l'art. 25 par. 2 let. a de la Convention CIRDI, rien n'empêche a priori cet individu d'initier une procédure d'arbitrage soumise aux règles de la CNUDCI en se fondant sur l'art. XI par. 3 du TBI. La formulation de cette dernière disposition n'a en effet rien de limitatif, puisqu'elle réserve expressément BGE 151 III 455 S. 466 le droit pour un investisseur de soumettre son litige à un tribunal arbitral ad hoc, lorsque, "pour une raison quelconque", l'accès au CIRDI n'est pas disponible. Si un investisseur choisit l'option prévue à l'art. XI par. 3 du TBI, comme ledit traité lui en donne le droit, rien ne justifie d'appliquer des dispositions propres au système CIRDI, et

singulièrement l'exclusion des doubles nationaux visée par l'art. 25 par. 2 let. a de la Convention CIRDI, à une forme d'arbitrage distincte obéissant à ses propres règles. Partant, il n'est pas possible de retenir que le statut de double national d'un individu constituerait nécessairement un obstacle dirimant à la protection offerte par le TBI. La Cour de céans admet aussi, avec le Tribunal arbitral, que l'objet et le but du TBI ne sont pas d'un grand secours pour l'interprétation de la clause litigieuse, sauf à dire qu'ils confirment que cet accord est silencieux sur le traitement à réserver aux doubles nationaux. À ce stade du raisonnement, le Tribunal fédéral considère que l'art. I par. 1 let. a du TBI, 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, est muet en ce qui concerne le sort des doubles nationaux et qu'il existe une lacune sur ce point, raison pour laquelle un binational ne peut pas être assimilé à une personne n'ayant la nationalité que de l'une des deux parties contractantes. À l'appui de cette conclusion, il souligne en outre que, dans la sentence attaquée, le Tribunal arbitral a établi qu'il n'existait pas, lors de la conclusion du TBI, de pratique répandue ou émergente accordant une protection totale aux doubles nationaux en l'absence d'exclusion expresse de ceux-ci ("... at the time of the conclusion of the Treaty there was no widespread or emerging practice of granting full protection to dual nationals in the absence of an express exclusion"; sentence, n. 367). Semblable constatation relève du fait et échappe à la connaissance du Tribunal fédéral. Aussi est-ce en vain que le recourant tente de démontrer le contraire. Il apparaît ainsi que le raisonnement tenu par l'intéressé dans ses écritures, qui revêt effectivement un caractère circulaire comme le relève à bon droit l'intimée, repose sur une prémisse erronée selon laquelle le TBI accorderait expressément et sans ambiguïté une protection inconditionnelle aux doubles nationaux. Contrairement à ce que prétend par ailleurs le recourant, le problème qui se pose en l'espèce n'a rien à voir avec la question tranchée par le Tribunal fédéral dans l'arrêt publié aux ATF 146 III 142. Dans cette affaire, la Cour de céans a dû se pencher sur la notion BGE 151 III 455 S. 467 d'investissement au regard du TBI. Analysant la définition figurant dans cet accord, elle a constaté que les parties contractantes avaient visiblement cherché à protéger une large palette d'investissements. Le Tribunal fédéral a en outre souligné que le TBI ne contenait aucune disposition établissant des conditions supplémentaires afin qu'un actif détenu par un investisseur de l'une des parties contractantes puisse être considéré comme un investissement protégé, alors même que de telles clauses étaient déjà courantes lors de la conclusion dudit traité en 1995. Il a ainsi retenu que les parties contractantes avaient renoncé en connaissance de cause à introduire des dispositions visant à restreindre les investissements protégés, raison pour laquelle le tribunal arbitral ne pouvait pas faire dépendre la protection conférée par le TBI du respect de conditions non prévues par les parties. En l'espèce, la situation est tout autre puisque le TBI ne règle pas une question tout à fait singulière qui est celle du traitement à réserver aux doubles nationaux. De plus, il ressort de la sentence querellée qu'il n'existait pas, lors de la signature du TBI, de pratique répandue ou émergente accordant une protection totale aux doubles nationaux en l'absence d'exclusion expresse de ceux-ci. Autrement dit, il n'apparaît pas que les parties contractantes auraient en l'occurrence voulu, par leur seul silence, conférer une protection illimitée à cette catégorie spécifique d'investisseurs. Il appert, au contraire, que celles-ci ont omis de régler cette question. Partant, il ne s'agit pas, en l'espèce, d'ajouter des exigences supplémentaires non prévues par le TBI et dont les parties n'ont pas voulu, mais bel et bien de combler la lacune constatée à l'art. I par. 1 let. a du TBI.

E. 5.4.6

Face au silence du TBI, le Tribunal arbitral, pour résoudre le problème litigieux, a recherché, conformément à l'art. 31 par. 3 let. c CV, s'il existait d'autres règles pertinentes de droit international applicables dans les relations entre les parties contractantes. Pour ce faire, il a appliqué une méthode consistant à traiter la question des binationaux en référence aux règles de droit international coutumier régissant la protection diplomatique et, plus particulièrement, à celle qui suggère d'admettre le droit d'un double national d'agir contre l'État hôte de l'investissement, à moins que sa nationalité dominante et effective, autrement dit sa nationalité prépondérante, soit celle de cet État. La Cour de céans estime que la solution adoptée par les arbitres résiste aux critiques dont elle est l'objet de la part du recourant. À cet égard, elle considère que le Tribunal arbitral a exposé, par le menu, les raisons pour lesquelles il se justifiait de recourir au droit international coutumier régissant la protection diplomatique en vue de combler la lacune constatée et d'appliquer la règle de la nationalité dominante et effective de l'investisseur. En particulier, le Tribunal arbitral a présenté de manière détaillée et juridiquement défendable les rapports existant entre le droit international public relatif à la protection diplomatique, d'une part, et les traités bilatéraux en matière d'investissement, d'autre part. Il a exposé de façon convaincante, motifs à l'appui, que le caractère de *lex specialis* d'un traité bilatéral de protection des investissements ne constitue pas un obstacle dirimant à l'applicabilité des normes et des principes coutumiers de cette partie du droit international public à un tel trait. Il faut en effet bien voir que la protection diplomatique, d'une part, et l'arbitrage d'investissement, d'autre part, poursuivent des objectifs concordants et reposent sur un lien juridique similaire, à savoir le critère de la nationalité. Ces deux mécanismes de protection prévoient seulement des moyens différents pour mettre en oeuvre la responsabilité de l'État hôte dans le traitement des ressortissants étrangers. Si les traités bilatéraux de protection des investissements sont venus consolider la protection offerte autrefois aux investisseurs étrangers par le truchement du mécanisme de la protection diplomatique, cela ne signifie toutefois pas que les principes fondamentaux sur lesquels repose cette dernière auraient perdu toute utilité, en l'absence de dispositions contraires prévues par de tels traités. Semblable approche est du reste conforme à l'art. 17 du Projet d'articles sur la protection diplomatique (ci-après: le Projet d'articles), établi en 2006 par la Commission du droit international des Nations Unies (ci-après: la CDI), puisque les principes concrétisés dans ledit projet ont vocation à s'appliquer dans la mesure où ils sont compatibles avec les règles spéciales du droit international, telles que les dispositions conventionnelles relatives à la protection des investissements. En l'occurrence, il n'existe pas d'incompatibilité entre ces deux types de règles, puisque le TBI ne traite pas du sort à réserver aux doubles nationaux. Le Tribunal arbitral a en outre souligné à juste titre que le principe de la nationalité dominante et effective avait acquis le statut de règle internationale coutumière en matière de protection diplomatique et s'est référé, à cet égard, aux considérations émises par la CDI lors de l'élaboration du Projet d'articles. Il a démontré que ledit principe, né dans le contexte de la protection diplomatique, avait également BGE 151 III 455 S. 469 été appliqué dans d'autres domaines du droit international par divers organes juridictionnels. Nonobstant les dénégations du recourant et quand bien même certains tribunaux arbitraux ont exclu cette possibilité, il appert que le principe de la nationalité dominante et effective est effectivement susceptible de constituer une règle pertinente de droit international applicable entre les parties contractantes, y compris en matière de protection des investissements. Cette solution correspond de surcroît à l'opinion professée par plusieurs auteurs (cf. parmi d'autres: MCLACHLAN ET AL., op. cit., n. 5.96; DUGAN ET AL., *Investor-State*

arbitration, 2008, p. 304; OLMEDO, op. cit., p. 722 ss; VIJAYVERGIA, op. cit., p. 168 s.; ZACHARY DOUGLAS, *The International Law of Investment Claims*, 2009, p. 321).

E. 5.4.7

La Cour de céans juge ainsi fondée la décision du Tribunal arbitral de recourir au droit international coutumier régissant la protection diplomatique et, singulièrement, à la règle de la nationalité dominante et effective pour résoudre la question litigieuse, vu le silence du TBI sur ce point. Cependant, elle considère que le principe en question doit être examiné avec une attention toute particulière en matière d'arbitrage d'investissement, compte tenu du risque, inhérent à ce système, qu'un investisseur multiplie les demandes de passeport et les tentatives de treaty shopping .

E. 5.4.8

Au vu de ce qui précède, le recours aux moyens complémentaires visés par l' art. 32 CV n'est pas nécessaire, dès lors que l'interprétation opérée à l'aide des critères ancrés à l' art. 31 CV n'a pas laissé le sens du TBI, sur le problème controversé, ambigu ou obscur, ni conduit à un résultat qui est manifestement absurde ou déraisonnable.

E. 5.5

Le recourant reproche enfin au Tribunal arbitral d'avoir jugé, dans la présente cause, que sa nationalité dominante et effective était la nationalité vénézuélienne. Contrairement à ce que prétend l'intimée, cette question ne ressortit pas au domaine du fait mais relève du droit. Toutefois, la réflexion juridique qu'il convient d'opérer à cet égard s'appuie nécessairement sur des faits ressortant de la sentence attaquée qui échappent à la connaissance du Tribunal fédéral. Par son argumentation au ton appellatoire marqué, le recourant se limite essentiellement à critiquer certains aspects de la motivation du Tribunal arbitral et s'en prend, dans une très large mesure, à l'appréciation des preuves disponibles effectuée par les arbitres, en soutenant qu'il conviendrait d'accorder davantage de poids à certains éléments BGE 151 III 455 S. 470 qui ont pourtant été dûment pris en considération par les arbitres. En l'occurrence, le Tribunal arbitral a souligné à bon droit que la sphère personnelle, familiale et sociale du recourant semble se trouver aux États-Unis depuis 1989, raison pour laquelle le critère usuel de la résidence habituelle de l'intéressé ne permet pas de résoudre la question litigieuse. Il a estimé que les circonstances selon lesquelles le demandeur avait vécu une grande partie de sa vie au Venezuela, y avait étudié et s'était marié dans cet État, n'étaient pas décisives. Il n'a pas non plus jugé concluants les éléments dont le recourant fait grand cas, à savoir le fait qu'il fasse usage de son droit de vote en Espagne depuis 1999, que ses enfants possèdent tous la nationalité espagnole, qu'il se soit identifié exclusivement comme ressortissant espagnol dans des actes publics en Espagne ou encore le fait qu'il ait été propriétaire d'un bien immobilier et qu'il ait payé des impôts dans cet État, dans lequel il se rend régulièrement. Les arbitres ont en revanche établi que le centre des intérêts économiques de l'intéressé, au moment de l'adoption des mesures incriminées, se situait depuis toujours au Venezuela, quand bien même il résidait aux États-Unis depuis 1989 et allait régulièrement en Espagne. À la lecture de la sentence attaquée, il apparaît que ce critère a indubitablement joué un rôle décisif dans la solution retenue par les arbitres. Or, dans ses écritures, le recourant laisse intacte cette constatation et ne conteste pas véritablement la pertinence de ce critère pour apprécier sa nationalité dominante et effective. Dans les circonstances tout à fait singulières de la cause en litige, et eu égard notamment au fait que la sphère personnelle, familiale et sociale du recourant se situe aux

États-Unis depuis 1989, la Cour de céans considère que le critère des intérêts financiers (économiques) est non seulement approprié, mais aussi déterminant pour apprécier sa nationalité dominante et effective. Sur la base des constatations de fait de la sentence entreprise, elle admet dès lors, avec le Tribunal arbitral, que la nationalité dominante et effective de l'intéressé est la nationalité vénézuélienne. Partant, c'est à bon droit que le Tribunal arbitral s'est déclaré incompétent pour connaître du présent litige.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.