MALIK Maria

La Dénonciation de la Convention de Washington du 18 Mars 1965 par la Bolivie et l'Equateur

Sous la direction de Monsieur le Professeur Franck LATTY

Table des matières

Chapitre introductif – Le CIRDI, *la* juridiction contestée

I – La place prééminente du CIRDI dans le contentieux des investissements 3

II – Une Amérique Latine hostile au CIRDI 6

i) Contexte des dénonciations du CIRDI 6

ii) Les cas annexes : la dénonciation des TBI-CIRDI et autres 10

iii) Les conséquences juridiques de telles dénonciations 11

Chapitre 1 – L'exigence supérieure du consentement mutuel

I – Du consentement direct au consentement indirect 13

A – Consentement à l'arbitrage CIRDI 13

B – La légalité de la dénonciation 16

i) Le droit de dénoncer, un droit énoncé à l'article 71 de la Convention de Washington 16

ii) La clause de survie de l'article 71 18

II - Les dénonciations du CIRDI, l'extinction des droits et obligations de l'Etat hôte : l'hypothèse de la nécessité d'un consentement mutuel antérieur 19

A – Les conséquences de la dénonciation, l'apport 'trouble' de l'article 72 de la Convention Washington 19

i) L'obligations d'honorer ses engagements antérieurs 19

ii) De possibles obligations nouvelles, l'interprétation des termes de la Convention 20

B – Des arguments multiples en faveur de cette thèse 22

i) Les travaux préparatoires 22

ii) La lettre du texte de la Convention 23

iii) Une jurisprudence arbitrale riche dans le cadre de l'*arbitration without privity* 23

C – Le moment du consentement, l'exemple de l'affaire Euro Telecom contre Bolivie ... 25

Chapitre 2 – une offre générale à l'arbitrage attribuant des droits acquis à la charge des investisseurs

I – La théorie internationale des droits acquis 30

A – De l'existence de droits et obligations acquis..... 30

i) Le concept de droit acquis..... 30

ii) La consécration de la théorie des droits acquis par la jurisprudence internationale .. 31

B – La possible protection du consentement unilatérale de l'Etat 33

i) L'interdiction de la rétractation unilatérale du consentement 33

ii) L'offre générale d'arbitrage ou l'engagement perpétuel 34

II – Le respect des traités bilatéraux d'investissements en l'absence des dénonciations des TBI..... 35

A – Une non-dénonciation des TBI en faveur du maintien des droits à l'égard de l'investisseur..... 36

B – La persistance de la possibilité d'invoquer le CIRDI 37

i) Le mécanisme supplémentaire du CIRDI 37

ii) Le mécanisme de la clause de la nation la plus favorisée..... 38

Conclusion..... 40

La dénonciation de la Convention CIRDI

« Le consentement est la pierre angulaire de la juridiction du CIRDI »[1].

Chapitre introductif – Le CIRDI, *la* juridiction contestée

1. Avant d'aborder la question de la dénonciation, il convient d'apporter certaines informations relatives à la juridiction du CIRDI (I) et au contexte des contestations sud-américaines dont elle a fait l'objet (II).

I – La place prééminente du CIRDI dans le contentieux des investissements

2. Un constat indéniable, c'est la multiplication des investissements internationaux. Ce n'est que le résultat logique de l'accroissement de la *sécurité* apportée aux investissements. En effet, garantie et sécurité sont les maîtres-mots liés au développement de cette matière. Quels sont les éléments permettant d'expliquer ce regain de sécurité en droit des investissements ?

3. *Premièrement*, le concept de sécurité des investissements s'en trouve renforcée par l'internationalisation du contentieux de l'investissement international par l'émergence de centres d'arbitrage spécialisés – le plus significatif, le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) mis en place par la Convention de Washington du 18 Mars 1965 – apportant un territoire *neutre* pour le règlement des différends en matière d'investissements. Ainsi, l'investisseur doit avoir un accès direct à un tribunal impartial tenant compte d'un droit international protecteur des investissements[2]. En

[1] Voir : Report of the Executive Directors of the International Bank for Reconstruction and Development on the Convention on the settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other Sates, 18 Mars 1965, paragraph 23 *: « Consent of the Parties is the cornerstone of the jurisdiction of the Centre »*, disponible sur : www.worldbank.org/icsid/basicdoc/partB.htm.

[2] MAYER (P.), « *Contract claims* et clauses juridictionnelles des traités relatifs à la protection des investissements », *J.D.I.* 2009, p. 73.

outre, ces centres correspondent à un besoin certain pour les Etats et les investisseurs[3]. Pour les uns, il s'agit d'abord d'accroître les investissements sur leur territoire, pour les autres il s'agit d'accéder à une *sécurité* comme nous l'avons annoncé précédemment, celle de pouvoir soustraire les différends relatifs aux investissements aux juridictions internes d'une part – ce recours s'avérera non-satisfaisant de crainte de partialité de l'Etat-hôte[4], en ce sens, Walid BEN HAMIDA qualifie très justement ce déséquilibre de la façon suivante : « *les Etats se comportaient comme des maîtres du litige tout au long de la procédure* »[5] – et aux aléas de la protection diplomatique d'autre part[6], où c'est bien plus « *l'intégrité de l'Etat* »[7] qu'il s'agissait de protéger. Ce sont là, les causes principales du développement de l'arbitrage transnational, où l'engouement pour ce type de contentieux était de pallier la *faiblesse* persistante de l'investisseur face à la puissance étatique, et va notamment « *corriger les défauts de la protection diplomatique : l'investisseur n'est plus obligé d'épuiser les voies de recours internes, il ne dépend plus du bon vouloir de son Etat national pour faire régler le litige, et c'est bien son litige avec son Etat d'accueil qui va être porté devant les arbitres* »[8]. Par conséquent, la seconde moitié du XXème siècle a été marqué par une forte *croissance* de contentieux de l'arbitrage transnational, que la doctrine qualifiera de « *remarquable* »[9], et même de « *spectaculaire* »[10].

4. *Deuxièmement*, le CIRDI peut aisément être considéré comme étant *la* juridiction de référence en matière de règlement des différends en matière d'investissement. Pour mieux exprimer le succès du CIRDI, Ferhat HORCHANI préfère utiliser le vocable de

---

[3] HORCHANI (F.), « Rapport Introductif », p. 18. *in* HORCHANI (F.), *CIRDI 45 ans après, bilan d'un système*, Actes du Colloques de Tunis, 11, 12 et 13 mars 2010, Paris, éd. Pedone.

[4] KAUFMANN-KOHLER (G.), « L'arbitrage d'investissement : entre contrat et traité – entre intérêts privés et intérêts publics », Conférence prononcée le 24 juin 2004 au centre d'arbitrage libanais à Beyrouth, p. 4. Article disponible sur : http://www.lk-k.com/data/document/arbitrage-investissement-entre-contrat-traite-entre-interets-prives-interet-public-i.e.pdf.

[5] BEN HAMIDA (W.), « L'arbitrage Etat-investisseur face à un désordre procédural : la concurrence des procédures et les conflits de juridictions », *A.F.D.I.*, 2005.

[6] C.P.J.I., 30 Aout 1924, *Concession Mavrommatis en Palestine*, Grèce c. Grande-Bretagne, Rec. *C.P.J.I. Série A*, n°2, pp. 6-37, spéc. p. 12 ; [6] C.I.J., affaire de la *Barcelona Traction*, Fond, 5 février 1970, *Rec*. 1970, p. 44, § 79 : « le particulier n'as aucun droit d'*être protégé*. La prérogative est exclusivement celle de *protéger*, et elle est exercée discrétionnairement par l'Etat, qui est seul maître de décider s'il accordera sa protection, et dans quelle mesure il le fera et quand il y mettra fin » ; MAYER (P.), « *Contract claims* et clauses juridictionnelles des traités relatifs à la protection des investissements », *J.D.I.* 2009, p. 11.

[7] VERHOEVEN (J.), *Droit international public*, Bruxelles, éd. Larcier, 2000, p. 635.

[8] LEBEN (C.), « Théorie du contrat d'Etat et l'évolution du droit international des investissements », *R.C.A.D.I.* 2003, vol. 302, pp. 197-386, spéc. p. 219. C'est nous qui soulignons.

[9] LEBEN (C.), « La responsabilité internationale de l'Etat sur le fondement des traités bilatéraux de promotion et de protection des investissements », *A.F.D.I.*, 2004, p. 683.

[10] BEN HAMIDA (W.), *L'arbitrage transnational unilatéral*, Université Paris II, Thèse 2003, p. 179.

« *l'universalisme du système CIRDI* »[11], le CIRDI ayant « *connu un développement très important de sons activité* »[12]. D'abord, on ne peut ignorer le nombre important d'Etats parties à la Convention. Ainsi, on peut recenser 155 Etats signataires de la Convention, 144 l'ont ratifié[13]. Ces chiffres témoignent d'une *unanimité* certaine à l'égard de la juridiction. Ensuite, ce succès est dû à une multiplication des clauses compromissoires dans les traités bilatéraux de promotion et protection des investissements (TBI) qui font références à la compétence du CIRDI[14]. En effet, sur 2600 traités bilatéraux d'investissements existants, un nombre important (1200 environ) prévoient une clause CIRDI soit à titre alternatif, soit à titre exclusif. De même, un nombre de plus en plus important de législations nationales incluent des clauses prévoyant l'arbitrage du CIRDI[15]. Cette prolifération des accords d'investissements a pour conséquence logique le gonflement de l'activité du Centre. La majorité du contentieux CIRDI a pour fondement des TBI[16]. Par ailleurs, selon les statistiques de la CNUCED, de 1989 à 2008, 63% des litiges ont été déposés auprès du CIRDI.

5. *Troisièmement*, aujourd'hui, le rôle des arbitres du CIRDI n'est que pleinement affirmé. Non seulement les arbitres appliquent par analogie les règles générales de droit international public, c'est le cas notamment en matière de responsabilité internationale[17], mais en plus ils adoptent un rôle dynamique en la matière. On peut véritablement parler d'une jurisprudence CIRDI, dont les solutions semblent unanimement admises. HORCHANI considère que les arbitres ont joué un rôle fondateur dans la formation et la fixation des normes en matière du droit des investissements[18].

6. Ces éléments que l'on vient de citer témoigne que la juridiction arbitrale du CIRDI connait un succès considérable et grandissant auprès des Etats et des investisseurs. Elle semble répondre au besoin de la matière : sécurité, neutralité, et transparence. Pour autant, récemment la juridiction du CIRDI a été contestée. Contre toute attente deux Etats

---

[11] *Opt. Cit.*, HORCHANI (F.), « Rapport Introductif », p. 22.
[12] MAYER (P.), « Les arbitrages CIRDI en matière d'eau » *in* Colloque d'Orléans, *L'eau en droit international*, S.F.D.I., Paris, 2010, éd. Pedone, p. 169.
[13] Voir la liste des Etats membres sur le site http://www.icsid.worldbank.org.
[14] *Idem*.
[15] *Opt. Cit.*, HORCHANI (F.), « Rapport Introductif ». p. 23.
[16] SCHEURER (C.), « The interpretation of the article 72 of the ICSID Convention, Effect of Denunciation on Prior Consent », in The Case of *E.T.I. Euro Telecom International N.V. c/ Bolivie*, CIRDI, Affaire No. ARB/07/28, p. 9-10.
[17] MAYER (P.), « Les arbitrages CIRDI en matière d'eau » *in* Colloque d'Orléans, *L'eau en droit international*, S.F.D.I., Paris, 2010, éd. Pedone, p. 170.
[18] *Opt. Cit.*, HORCHANI (F.), « Rapport Introductif », p. 27.

d'Amérique latine se sont opposés à la juridiction du CIRDI par une dénonciation pure et simple de la Convention de Washington.

II – Une Amérique Latine hostile au CIRDI

7. Le Président de la Bolivie, Morales, lors du sommet de l'ALBA – dont les principaux membres sont le Venezuela, la Bolivie, Cuba, le Nicaragua et l'Equateur – a prétendu « *qu'aucun gouvernement en Amérique Latine n'a gagné un arbitrage devant le CIRDI et que le système favorise exclusivement les entreprises multinationales* »[19], manifestant ainsi une « *hostilité à l'égard des investisseurs étrangers* »[20]. Il exprime ainsi haut et fort un mécontentement de l'Amérique Latine vis-à-vis de l'arbitrage CIRDI, mais aussi à l'égard du droit actuel des investissements[21]. Ces oppositions se fondent d'abord sur un argument de type politique. En effet, cette sortie du CIRDI de ces Etats est davantage due à leur réorientation politico-économique, c'est-à-dire, une opposition à l'ordre économique libéral, et en particulier à l'emprise des Etats-Unis, qu'à l'arbitrage international lui-même[22]. Ces dénonciations peuvent paraître surprenantes dans la mesure où les Etats Latino-américains sont générateurs de contentieux conséquent en matière d'investissement.

8. Cette hostilité est certes partagée par le continent sud-américain, mais pour autant, que deux Etats vont aller jusqu'à la dénonciation du CIRDI. En effet, de fait, ces contestations peuvent revêtir deux formes principales, celle de la dénonciation du CIRDI directement, ou celle de la dénonciation des traités bilatéraux d'investissements donnant compétence au CIRDI.

i) Contexte des dénonciations du CIRDI

9. Deux Etats d'Amérique Latine ont pu dénoncer le CIRDI. Il s'agit de la Bolivie en 2007 et de l'Equateur en 2009. Notons que ce sont là, les deux seuls cas de dénonciation du

[19]Sommet de l'A.L.B.A. (*Alternativa Bolivariana para las Americas*) du 29 Avril 2007.
[20] *Opt. Cit*., HORCHANI (F.), « Rapport Introductif », p. 21.
[21] BEN HAMIDA (W.), « La dénonciation du CIRDI », *in* HORCHANI (F.), *CIRDI 45 ans après, bilan d'un système*, Actes du Colloques de Tunis, 11, 12 et 13 mars 2010, Paris, éd. Pedone, pp. 109-138, spéc. p. 111.
[22] BLACKABY (N.), « ICSID Withdrawal: a Storm in a Teacup », *Les Cahiers de l'arbitrage*, p. 45.

CIRDI. En effet, il faut garder à l'esprit l'idée que nous n'étudions pas un phénomène généralisé, mais que notre étude portera sur un phénomène que l'on qualifier sans conteste d'isolé.

10. S'agissant du *cas de la Bolivie*, l'un des éléments déclencheurs des hostilités est un contentieux en matière d'eau[23]. Les affaires soumises au contentieux CIRDI en matière d'eau ont pu porter l'Argentine[24], la Bolivie[25], la Tanzanie et la Slovaquie devant le CIRDI. Notons à titre de remarque que les affaires en matière d'eau soumises au CIRDI ont toutes été fondées sur le consentement étatique donné dans un TBI postérieurement accepté par l'investisseur étranger[26]. La dénonciation de la Convention CIRDI par la Bolivie trouve sa source dans ce contentieux, où elle conteste la mainmise de l'investisseur privé sur ce marché, d'autant plus que celui-ci jouit d'une protection accrut, voir d'une position privilégiée face à l'Etat, devant la juridiction du CIRDI. C'est en effet cette idée qui est exprimée par le président bolivien lors de son sommet de l'ALBA, celle de la crainte à l'égard de l'investisseur privé étranger. De plus, ce mécontentement à l'égard des investisseurs étranger est partagé par la population bolivienne[27] qui remet en cause ici la privatisation des services de l'eau qui engendre une augmentation du tarif de l'eau. Cette opposition de la population est d'autant pus virulente qu'elle créée une véritable émeute, faisant cent blessés et un mort. Le gouvernement s'est trouvé véritablement contraint de mettre fin à ladite concession[28]. Ces évènements sont à l'origine de l'élection en 2006 de la présidence de la république bolivienne d'Evo Morales. Celui prévoit une politique de renationalisation de l'économie bolivienne, reprochant d'être

---

[23] *Aguas del Tunari c. République de Bolivie*, décision sur le compétence 21 octobre 2005, CIRDI, No ARB/02/3; Voir le site Legal News International ; MAYER (P.), « Les arbitrages CIRDI en matière d'eau », *in* Colloque d'Orléans du 3 au 5 juin 2010, *S.F.D.I.*, Paris, éd. Pedone, 2011, p. 163 et s. ; MANCIAUX (S.), « La Bolivie se retire du CIRDI », *revue de l'arbitrage*, 2007, p. 356 et s, spéc. p. 356.

[24] Affaire *Campania de Aguas del Arconquija S.A. et Vivendi Universal S.A. C. République d'Argentine*, CIRDI, No. ARB/97/3 ; Affaire *Azurix Corp. c. République d'Argentine*, CIRDI, No. ARB/01/12 ; Affaire *Suez sociedad General de Aguas de Barcelona c. République d'Argentine*, CIRDI, No. ARB/ 03/17 ; Affaire *Aguas Cordobesas S.A., Suez et sociedad Ganerel de Aguas de Barcelona c. République d'Argentine*, CIRDI, No. ARB/03/18 ; Affaire *Suez, sociedad Ganerel de Aguas de Barcelona, et Vivendi Universal S.A. c. République d'Argentine*, CIRDI, No. ARB/ 03/19 ; Affaire *Azurix Corp. c. République Impregilo S.p.A. c. République d'Argentine*, CIRDI, No. ARB/07/17 ; Affaire *SAUR International c. République d'Argentine*, CIRDI, No. ARB/04/4 ; Affaire *Urbraser S.A. et Consorcio de Aguas Bilbao Biskaia, Bilbao Biskaia c. République d'Argentine*, CIRDI, No. ARB/07/26.

[25] Affaire *Aguas del Tunari c. République de Bolivie, 2002*, CIRDI, No. ARB/02/3. Dans cette sentence, les arbitres rappellent le rejet de la tierce intervention dans la procédure d'arbitrage CIRDI, qui reste cependant ouverte à l'*amicus curiae*.

[26] MAYER (P.), « Les arbitrages CIRDI en matière d'eau », *in* Colloque d'Orléans du 3 au 5 juin 2010, *S.F.D.I.*, Paris, éd. Pedone, 2011, p. 164.

[27] *Opt. Cit.*, MAYER (P.), « Les arbitrages CIRDI en matière d'eau », p. 165.

[28] *Idem*. p. 166 ; *Opt. Cit.*, MANCIAUX (S.), « La Bolivie se retire du CIRDI », p. 356.

sous la mainmise de grandes multinationales étrangères[29]. Par suite, la Bolivie fait une dénonciation pure et simple de la Convention de Washington le 2 mai 2007[30]. C'est la première fois dans l'histoire du CIRDI, 45 ans après son entrée en vigueur qu'un Etat dénonce la Convention CIRDI. Le Président Morales justifie cette décision de la façon suivante :

> *« Certaines firmes multinationales s'emparent de nos ressources naturelles, s'approprient les services publics en profitant de la privatisation, ne paient pas d'impôts et ensuite lorsqu'elles n'ont pas d'arguments pour se défendre, elles saisissent l'organe appelé CIRDI. Devant ce tribunal de la Banque Mondiale, les pays perdent toujours face aux multinationales. Pourquoi donc avons-nous besoin d'un CIRDI où seules les compagnies multinationales peuvent gagner ? »*[31].

11. En outre la position bolivienne est confirmée par la nouvelle lecture de la Constitution de cet Etat adopté par référendum le 25 janvier 2009 qui témoigne d'un renforcement du contrôle étatique de l'économie. Selon l'article 366 de la Constitution qui dispose que :

> *« Todas las empresas extranjeras que realicen actividades en la cadena productiva hidrocarburifera en nombre y representacion del Estado estaran sometidas a la soberania del Estado, a la dependencia de las leyes y de les autorodades del Estado. No se reconocera en ningun caso tribunal ni jurisdiccion extranjera y no podran invocar situacion exceptional alguna de arbitraje internacional, ni récurrir a reclamaciones diplomaticas ».*

12. Ainsi, en matière d'hydrocarbure, le recours à l'arbitrage est expressément interdit, de même que le recours à la protection diplomatique pour le règlement des différends en matière d'investissements. Ces litiges doivent être soumis aux juridictions locales.
Cette dénonciation par un Etat membre, de son appartenance au système CIRDI est prévue par l'article 71 de la Convention de Washington. Nous aurons l'occasion de nous pencher sur cette disposition plus loin dans notre étude.

13. S'agissant du *cas de l'Equateur* maintenant, le 9 juillet 2009, la Banque Mondiale reçoit la notification de la dénonciation de la Convention CIRDI par la République de

---

[29] *Idem*., MANCIAUX (S). p 356.
[30] Le 2 Mai 2007, la Banque Mondiale a reçu la notification par écrit la dénonciation du CIRDI par la Bolivie. Et en vertu de l'article 71 de la Convention, cette dénonciation e prendre effet que 6 mois plus après la réception de ladite notification, c'est-à-dire le 3 novembre 2007.
[31] Evo MORALES, Président de la Bolivie, disponible sur le site : http://www.cadtm.org/IMG/pdf/CIRDI_-Telecom_Italie_-_Bas_les_pattes_de_Bolivie.pdf .

l'Equateur[32]. Elle se fait sur le fondement de l'article 71 de la Convention de Washington, et prend effet à compter du 9 janvier 2010. Ce retrait du CIRDI est le résultat de deux événements. D'abord en décembre 2007, l'Equateur s'oppose à soumettre un litige relatif au contentieux des investissements sur les ressources naturelles au centre d'arbitrage CIRDI. Puis en septembre 2008, l'Equateur adopte une nouvelle Constitution empêchant la conclusion de traités ou accords attribuant la juridiction à un centre international d'arbitrage. Et c'est sur cette base que le président de l'Equateur justifie ladite dénonciation[33]. En outre, le président équatorien a l'occasion de revenir sur cette prise de position lors du sommet des Nations Unies sur la crise économique et financière et ses effets sur le développement, le 25 juin 2009[34]. Voici les propos du président équatorien :

> *« Le système du CIRDI s'occupe de capital plutôt que le droit des personnes. Si quelqu'un a commis une violation des droits de l'homme dans un pays latino-américain, il doit avant introduire une réclamation devant la Commission interaméricaine des droits de l'homme, épuiser les recours internes et seulement ensuite peut s'adresser à une instance internationale, tandis que sous le système du CIRDI un investisseur peut contester une mesure gouvernementale directement. Le système CIRDI est aussi absurde car les sociétés internationales peuvent contester la validité des lois nationales devant un tribunal international. »*

14. Dans son étude sur la dénonciation, Walid BEN HAMIDA rapporte les arguments des ONG délivrés lors de ce même sommet. Selon ce document préparé par les ONG[35], le CIRDI se situe comme un tribunal arbitral supranational, et accorde aux multinationales des 'supers pouvoirs' exercés sans tenir compte d'un certains nombres de droits fondamentaux : tel que le droit des citoyens, le droit au développement, le droit à la vie et le droit à l'eau. Les ONG soulèvent ainsi le caractère déséquilibré et partial de cet arbitrage CIRDI en faveur des multinationales.

15. Au coté de ce cas, il y a l'hypothèse où la contestation est exprimée, non pas par la dénonciation du CIRDI mais par la dénonciation des traités bilatéraux d'investissements contenant une clause CIRDI.

---

[32] Information disponible sur : http://icsid.worldbank.org.

[33] Voir Décret No. 1823, 2 juillet 2009, publié au *Registro Official* No. 632 du 13 juillet 2009 ; BLACKABY (N.), « ICSID Withdrawal: a Storm in a Teacup », *Les Cahiers de l'arbitrage*, pp. 45-61, spéc. p. 47 ; *Opt. Cit.* BEN HAMIDA (W.), « La dénonciation du CIRDI », p. 111.

[34] *Opt. Cit.* BEN HAMIDA (W.), « La dénonciation du CIRDI », p. 112 ; Voir le site : http://www.un.org/ga/econcrisissummit/events.shtml.

[35] Document intitulé « Pepole's Rights Before Corporate Profit's » Join the ICSID, disponible sur : http://www.groupospirrier.com/sp/html/noticias/ciadi-2009-06-30.php.

ii) Les cas annexes : la dénonciation des TBI-CIRDI et autres

16. La Bolivie comme l'Equateur envisagent de dénoncer ou réviser les TBI dont ils sont partie. En réalité, la Bolivie n'a pas encore effectuée de pas concret en ce sens, tandis que l'Equateur a déjà lancé la procédure pour la dénonciation de 13 TBI, et ceci par l'envoie de lettres de rétractations aux gouvernements suivants : Cuba, République Dominicaine, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Paraguay, Roumanie, et l'Uruguay au motif que ces TBI n'ont pas attiré suffisamment d'investissements[36].

17. Le *Venezuela* quant à lui, a pu exprimer ses intentions de se retirer de la Convention de Washington[37], de même que le Nicaragua[38], mais celui-ci préfère dénoncer les TBI prévoyant un recours CIRDI[39]. Pour illustration, en avril 2008, il dénonce un TBI conclu avec les Pays-Bas[40]. Par ailleurs, le président Vénézuélien Chavez tente de prendre des mesures anticipées, allant dans le sens d'une future dénonciation, en tentant de convaincre les investisseurs étrangers déjà établies au Venezuela de na pas saisir le CIRDI pour d'éventuels litiges futurs, en échange de futurs contrats lucratifs[41].

18. S'agissant de l'*Argentine*. Le CIRDI a multiplié les condamnations contre cet Etat. En effet, cinq sentences sur le fond se prononcent en faveur d'une condamnation de l'Argentine. Soit pour traitement injuste et inéquitable de l'investisseur, soit comme fondement additionnel pour traitement discriminatoire. Pour autant, la stratégie juridique adoptée par l'Argentine est différente, et illustre le mécontentement de l'Argentine face à ces condamnations du CIRDI par une multiplication des *recours en annulation* des sentences rendues[42].

---

[36] Voir « Recent developments in International Investment Agreement, 2007-2008 », *ILA Monitor* No 2, 2008, disponible sur : http://www. Unctad.org.

[37] *Opt. Cit*. FOURET (J.), p. 72. : *« Following Bolivia's path, Venezuela has renewed its desire to leave the ICSID Convention in order to avoid a means of investment dispute settlement which is perceived as pro-investor»* ; Venezuela and Bolivia Plan to leave ICSID, *Global Arbitration Revue*, 4 Mai 2007.

[38] *Opt. Cit*. BEN HAMIDA (W.), « La dénonciation du CIRDI », p. 110.

[39] *Idem.* ; HORCHANI (F.), BEN HAMIDA (W.), CABROL (E.), Droit et pratique des Investissements Internationaux, *R.D.A.I.*, N°4, 2007, p. 557 et s., spéc. p. 575 ; *R.D.A.I.*, N°2, 2009, p. 241 et s., spéc. p. 253.

[40] TBI signé le 22 Octobre 1991, dénonciation notifié le 30 avril 2008, et prenant effet à compter du 1er novembre 2008. Ce TBI contenait une clause de survie d'une durée de quinze ans, c'est ce qui ressort de son article 14(3).

[41] *Opt. Cit*. FOURET (J.), p. 72.

[42] *Opt. Cit.*, MAYER (P.), « Les arbitrages CIRDI en matière d'eau », p. 167.

19. Enfin, on peut relever qu'un certains nombres d'Etats Latino américains ne sont pas partie à la Convention de Washington. Ainsi, le Brésil, Mexique, Cuba sont des Etats non-signataire de la Convention. Cette défiance trouve son fondement dans des motivations de types politiques.

iii) Les conséquences juridiques de telles dénonciations

20. Ces dénonciations soulèvent des interrogations d'ordres juridiques, celles des effets juridiques de la dénonciation de la Convention CIRDI.

21. Pour ce qui est de la Bolivie, elle dénonce le CIRDI en 2007. Cependant, elle maintient les traités bilatéraux d'investissements, dont l'essence est d'encourager les investissements. En outre, sur 20 TBI signés et entrés en vigueur – 22 signés – 16 d'entres eux désignent le CIRDI comme for éligible pour le règlement d'éventuels différends[43]. De même s'agissant de l'Equateur, malgré la dénonciation de la Convention de Washington en 2009, et malgré la dénonciation de 13 TBI, un certains nombres de TBI contenant une « clause CIRDI » restent valables[44].

22. Alors une série de question se posent. En effet, Qu'en est-il du consentement de l'Etat donné dans ces TBI – qualifié aussi « *d'offre publique à l'arbitrage* » – demeure-t-il valable ? En d'autres termes, ces engagements juridictionnels figurant dans les TBI antérieurs à la dénonciation, et élisant le CIRDI comme for sont-ils valables ? Est- ce que l'investisseur peut, postérieurement à la dénonciation de la Convention de Washington saisir le CIRDI. Cette situation se trouve réglementer par deux dispositions de la Convention de Washington. En effet, les rédacteurs de la convention ont anticipé et ont tenté de régir cette situation au travers des dispositions des articles 71 et 72 de ladite Convention. Ainsi, l'article 71 qui dispose que :

> *« Tout Etat contractant peut dénoncer la présente Convention par notification déposée au dépositaire (la Banque Mondiale), de la présente Convention. La dénonciation prend effet 6 mois après ladite notification ».*

[43] Voir la liste des Traités bilatéraux d'investissements signés par la Bolivie sur le site : Latin Arbitration Law, Voir le lien suivant : http://www.latinarbitrationlaw.com/bolivia/ .
[44] Voir la liste d es Traités bilatéraux d'investissement signés par l'Equateur sur le site : Latin Arbitration Law, Voir le lien suivant : http://www.latinarbitrationlaw.com/ecuador/ .

23. Cet article aborde expressément la question de la dénonciation, en établissant une clause de survie des droits des parties durant une période de 6 mois. Il y a donc une persistance du consentement donné par l'Etat, malgré la dénonciation. S'agissant de l'article 72 de la convention CIRDI qui aborde la question de la survie des droits et obligations de l'Etat, malgré la dénonciation dispose que :

> *« Aucune notification par un Etat contractant en vertu des articles 70 et 71 ne peut porter atteinte aux droits et obligations dudit Etat, d'une collectivité publique ou d'un organisme dépendant de lui ou d'un de ses ressortissants, aux termes de la présente Convention qui découlent d'un consentement à la compétence du Centre donné par l'un d'eux antérieurement à la réception de ladite notification par le dépositaire ».*

24. En définitive, il se pose la question de la validité du consentement de chacune des parties à l'arbitrage, postérieurement à la dénonciation unilatérale de la Convention CIRDI par la Bolivie et l'Equateur.

25. D'abord, afin de mieux appréhender l'ensemble des problématiques, il convient d'apporter une attention particulière au consentement à l'arbitrage CIRDI en lui-même, au sens de l'article 25 de la Convention de Washington (Chapitre 1). En effet, selon la doctrine, cette question revêt, dans le système CIRDI, une importance telle qu'elle considère comme étant la « *pierre angulaire du Centre* »[45]. En outre, Dès 1968, lors du Colloques tenu à l'Université de Dijon[46], d'éminents commentateurs avaient posé les principaux problèmes qui agitent encore l'esprit des spécialistes actuels du droit de l'investissement international, entre autre, la question relative au consentement à l'arbitrage au titre de l'article 25 de la Convention de Washington[47]. Ainsi, dès les premières affaires, les questions posées au CIRDI portaient souvent sur des litiges relatifs à l'interprétation des dispositions de la Convention. C'est le cas dans l'affaire *Holiday Inns*[48] – strictement la 1ère affaire soumise au CIRDI – où il s'agissait déjà d'interpréter l'article 25. *Ensuite,* il convient de développer la question de la validité de la clause compromissoire, l'investisseur privé dispose-t-il de droits et obligations malgré la dénonciation ? (chapitre 2).

---

[45] HORCHANI (F.), « Rapport Introductif », p. 18. *in* HORCHANI (F.), *CIRDI 45 ans après, bilan d'un système*, Actes du Colloques de Tunis, 11, 12 et 13 mars 2010, Paris, éd. Pedone, spéc. p. 19.

[46] Colloque du 26 au 28 Avril 1968, organisé par le Centre de recherche sur le Droit des marchés et des Investissements entre Etats et la jeune société Française pour le droit international (S.F.D.I.), qui venait d'être créée en 1967.

[47] *Opt. Cit*., HORCHANI (F.), « Rapport Introductif », p. 17.

[48] *Holiday Inns c. Maroc*, 1972, CIRDI, Affaire No. ARB/72/1.

Chapitre 1 – L'exigence supérieure du *consentement mutuel*

26. Le consentement est une liberté de choix, elle peut être positive comme négative, celle de rétracter sa volonté (II). Cependant, aujourd'hui la dénonciation du CIRDI s'inscrit dans une lecture particulière du consentement (I).

I – Du consentement direct au consentement indirect

27. Le CIRDI est une juridiction arbitrale basée sur un consensualisme fort, une idée maitresse que la majorité de la doctrine tend à défendre. L'évolution de l'arbitrage CIRDI a conduit à une évolution *formelle* du consentement, et n'est pas sans incidence sur les effets juridique de la dénonciation (A). Mais il faut garder à l'esprit que la dénonciation est avant tout un *droit* (B).

A – Consentement à l'arbitrage CIRDI

28. En matière d'arbitrage CIRDI, c'est le *consentement* qui fonde l'arbitrage. Celui-ci est largement considéré comme étant une notion clé de voute du CIRDI. Cette condition du consentement des parties à la saisine du centre est définie à l'article 25-1 de la Convention de Washington qui dispose que :

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

29. Le consentement est également au cœur du débat relatif à la dénonciation. Il convient donc, pour mieux comprendre les enjeux de notre étude, de relever son évolution. En effet nous allons voir que la rencontre des consentements entre l'Etat hôte et l'investisseur privé étranger est aujourd'hui atypique.

30. Avant les années 1990, pour saisir le CIRDI, il était d'usage d'insérer une clause d'arbitrage direct dans un *contrat d'Etat*[49]. Il s'agit d'un contrat conclu par un Etat et une personne privée étrangère pour une opération économique internationale (le plus souvent un investissement mais pas nécessairement)[50]. C'est-à-dire qu'il était nécessaire d'établir un accord – un lien direct – entre l'Etat hôte, et l'investisseur. Cette clause compromissoire donne lieu à un *consentement direct* à l'arbitrage. On dit qu'il est nécessaire d'avoir un lien de droit entre l'Etat hôte et l'investisseur privé étranger. Par conséquent, la compétence de l'arbitrage CIRDI ne pouvait avoir lieu qu'en raison de l'existence d'un contrat liant les protagonistes, un contrat d'Etat.

31. Mais aujourd'hui ce sont les traités de promotion et de protections des investissements qui ont pris l'avantage, en assurant une protection juridique de l'investissement plus aboutit. Il s'agit d'un traité conclu entre l'Etat d'accueil de l'investissement et l'Etat national de l'investisseur. En outre, la sentence *AAPL c. Sri Lanka*[51] innove et consacre la possibilité de saisir le CIRDI sur le fondement d'un TBI, en considérant que le consentement de l'Etat à l'arbitrage est exprimé dans ce traité, celui de l'investisseur se matérialise par la formulation d'une requête unilatérale[52]. On admet que la rencontre des volontés est parfaite alors même que la rencontre des consentements n'est pas instantanée et n'est pas exprimée dans un instrument unique. Il y a ici la consécration de l'arbitrage dit *sans lien de droit* c'est-à-dire, « en l'absence de tout lien contractuel »[53], connu aussi sous le nom de : « *arbitration without privity* »[54]. Monsieur Walid BEN HAMIDA théorise la notion d'*arbitrage transnational unilatéral*[55]. Il considère que le consentement donné par l'Etat dans cet instrument est

---

[49] Sentence arbitrale rendue par l'Empereur Napoléon III, *Compagnie universelle du Canal de Suez c/ Vice Roi d'Egypte*, 21 avril 1864 ; LEBEN (C.), « Théorie du contrat d'Etat et l'évolution … », p. 213 ; Notion systématisé par Gaston Jèze : Voir JEZE (G.), « La garantie des emprunts publics d'Etats », *Recueil des cours*, tome 7, 1925.

[50] LEBEN (C.), « Théorie du contrat d'Etat et l'évolution du droit international des investissements. », *R.C.A.D.I.* 2003, vol. 302, pp. 197-386, spéc. p. 212.

[51] *Asian Agricultural Products Limites (A.A.P.L.) c. République démocratique socialiste du Sri Lanka*, 27 juin 1990, CIRDI, Affaire, No ARB/87/3.

[52] *American Manufecturing & Trading, Inc. c. Zaïre*, CIRDI ; [52] Sentence *Antoine Goetz c/ République du Burundi*, 2 septembre 1998, Affaire CIRDI ARB/95/3 ; [52] GAILARD (E.), « The Denunciation of the ICSID Convention », *New York Law Journal*, International Arbitration Law, 26 juin 2007 : *« it [the consent] also be givent in an arbitration separately by the host state and the investor, the latter accepting, at the time a dispute has arisen , the prior and general consent to arbitration given by the former in a provision of its domestic legislation or in a investment protection treaty* ».

[53] DUPUY (P.-M.), « Les émanations engagent-elles les responsabilité des Etats ? » Etude du droit international des investissements, *European University Intitute*, Working Paper, LAW No. 2006/07 p. 3.

[54] PAULSSON (J.), *Arbitration without privity*, 1995, 10 ICSID Revew, FILJ, 232.

[55] HORCHANI (F.), « Rapport Introductif », p. 28 ; BEN HAMIDA (W.), *L'arbitrage transnational unilatérale*, Thèse Paris II, 2003.

assimilable à une « offre d'arbitrage ». Ainsi, ce dernier considère qu'il s'agit d'un *« nouvel arbitrage fondé sur une offre publique d'arbitrage exprimée erga omnes dans une loi nationale ou dans un traité bilatéral (TBI) ou multilatérale (TMI) d'investissement* »[56]. Aron BROCHES, père fondateur du CIRDI, décrit le consentement à l'arbitrage de la façon suivante :

> *« Although consent will most frequently be expressed in a compromissory clause in an investment agreement, or in a 'compromis' in respect of an existing dispute, the Convention does not require that the consent of both parties be expressed in a single instrument. Thus, consent of a State may be expressed in an investment protection treaty but must be supplemented by consent on the part of the investor in order to be the basis for the Centre's jurisdiction ».*

32. En définitive, il est admis et accepté que le consentement écrit prévu par l'article 25 de la Convention CIRDI, ne doit pas nécessairement être consigné dans le même acte ni exprimé au même instant par les deux parties en litige[57]. En effet, il en ressort que « *la Convention de Washington n'exige pas que le consentement des parties soit exprimé dans un même acte juridique* »[58]. Le Professeur SANTULLI, parle de l'arbitrage sur le fondement des TBI comme étant le « droit commun » du contentieux international des investissements[59].

33. La sentence *AAPL c. Sri Lanka* est le point de départ d'un développement massif et du droit des investissements. En outre, l'apport de cette sentence n'est que le prolongement et la continuité de l'amorce lancé par la sentence *SSP c. Egypte*[60] où le consentement de l'Etat se fonde sur une loi nationale. Notons que s'agissant du consentement formulé dans le cadre d'une légalisation nationale, le Professeur Carlo SANTULLI estime qu'il ne s'agit pas d'un consentement à l'arbitrage[61]. Une partie de la doctrine invoquera la critique selon laquelle, l'arbitrage créé un déséquilibre dans la saisine. C'est-à-dire que l'investisseur dispose d'une prépondérance, celle d'attraire le partenaire étatique devant la juridiction CIRDI selon son

---

[56] BEN HAMIDA (W.), « L'arbitrage Etat-investisseur face à un désordre procédural : la concurrence des procédures et les conflits de juridictions », *A.F.D.I.*, 2005. C'est nous qui soulignons.
[57] *Opt. Cit.*, HORCHANI (F.), « Rapport Introductif », p. 27.
[58] Rapport des administrateurs, 18 mars 1965, CIRDI/2, par. 24, p. 9, *in* « Convention pour le Règlements des Différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats », Document relatif à l'élaboration de la Convention vol. III, n° 145, p. 858.
[59] SANTULLI (C.), *Droit du contentieux international*, compléter la référence, p. 115.
[60] Tribunal CIRDI, 25 septembre 1983, *Amco Asia Corp. c. Indonésie* ; *Southern Pacific Properties Ltd, SSP c. Egypte*, CIRDI, 14 avril 1988 (deuxième décision sur la compétence), références citées par Santulli.
[61] SANTULLI (C.), *Droit du contentieux international*, éd., Montchrestien, Paris, p. 114-117.

bon vouloir. On parle « *d'arbitrage automatique* »[62]. Cette automaticité peut paraitre choquante vis-à-vis du contentieux de la responsabilité internationale classique où attraire un Etat devant une juridiction internationale n'est pas simple. Sébastien MANCIAUX invoque, pour justifier ce déséquilibre résultant de la saisine du CIRDI sur le fondement d'une législation nationale et TBI, le fait que « *l'accès au centre est primordial pour l'investisseur et non pour l'Etat …* »[63]. Cependant, admettre un consentement dissocié soulève des problématiques particulières dans le cadre de la dénonciation.

B – La légalité de la dénonciation

i) Le droit de dénoncer, un droit énoncé à l'article 71 de la Convention de Washington

34. Ici, la Bolivie puis l'Equateur se fondent sur cet article, ne posant aucun obstacle juridique à ce retrait. Il s'agit d'une liberté générale de retrait, expression de la souveraineté étatique. Celles-ci s'inscrivent clairement comme étant un moyen d'expression de l'hostilité manifesté à l'égard du CIRDI. Le Professeur GAILLARD formule cela de la façon suivante : « *the denunciation seems to constitute a new expression of hostility towards international arbitration* »[64]. Cependant, quelque soit les motivations politico-économiques animant ces deux Etats sud-américains – et peut être d'autres tels que le Venezuela et le Guatemala[65] – ces rétractation unilatérales de volontés s'inscrivent dans un *droit* qui leur est octroyé.

35. *Premièrement*, le retrait d'une Partie d'une Convention internationale est possible en droit internationale général. Cette faculté relève du droit international coutumier codifié dans la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des Traités[66]. En effet, « de façon générale, la Convention de Vienne envisage le droit de retrait, les motifs invocables et les procédures

---

[62] DERAINS (Y.), « L'impact des accords de protection des investissements sur l'arbitrage », *Gazette du Palais*, 29 Avril 2001, spécial arbitrage, *Recueil mai-juin 2001*, pp. 631-635 spéc. p. 631. L'auteur va même jusqu'à considérer que l'arbitrage sur la base d'un consentement de l'Etat donné dans un TBI donne lieu à un « l'émergence d'un arbitrage forcé ».

[63] MANCIAUX (S.), *Investissements étranger et arbitrage entre Etats et ressortissants d'autres Etats*, Thèse Dijon, 1998, p. 165 et s.

[64] GAILARD (E.), « The Denunciation of the ICSID Convention », *New York Law Journal*, International Arbitration Law, 26 juin 2007.

[65] *Idem*.

[66] Convention de Vienne sur le droit des Traités, 23 Mai 1969, entrée en vigueur le 27 janvier 1980, *Recueil des Traités*, vol. 1155, p. 331.

permettant de les faire valoir »[67]. Cette dénonciation du traité international relève des articles 54[68] et 56[69] de ladite Convention. Ainsi, toute dénonciation doit s'effectuer conformément aux dispositions du traité en cause. A ce titre, Julien FOURET rappelle que le droit international public admet classiquement deux possibilités, celle de l'extinction du traité, et celle de la suspension de celui-ci. La distinction entre ces deux possibilités semble évidente, dans le premier cas le traité disparait alors que dans le second cas le traité cesse de produire des effets durant une période donnée. La dénonciation est la troisième possibilité, et elle constitue une hypothèse hybride entre les deux précédentes[70].

36. *Deuxièmement*, la possibilité de retrait est expressément prévue par la Convention de Washington. En effet, les rédacteurs de la Convention prévoient cette possibilité de manière « explicite »[71] dans une disposition particulière, l'article 71 de la Convention CIRDI. Il ne faut pas négliger le fait que la Convention CIRDI est un instrument de type procédural. Par conséquent, tous les Etats membres de la Convention CIRDI peuvent user de ce droit de retrait. Cependant, une exigence de forme doit être remplie, celle de déposer une notification *écrite* à la Banque Mondial, c'est l'unique exigence qu'impose l'article.

37. Pour Julien FOURET, l'article 71 n'a jamais été introduit en tant que clause générale de dénonciation telle que le prétend Christoph SCHEURER, il signifie simplement qu'en cas de désaccord avec la Convention, on peut la dénoncer[72]. Aron BROCHES fût contre l'idée d'un droit de dénonciation inconditionnel dont les Etats membres pourraient user à tout moment[73].

---

[67] COMBACAU (J.), SUR (S.), *Droit international public*, éd. Montchrestien, Paris, 2004, 8ème éd., p. 146.
[68] Article 54 de la Convention de Vienne sur le droit des Traités : « *L'extinction d'un traité ou le retrait d'une partie peuvent avoir lieu : a) Conformément aux dispositions du traité ; ou b) A tout moment, par consentement de toutes les parties, après consultation des autres Etats contractants*. ».
[69] Article 56 de la Convention de Vienne sur le droit des Traités : *« Un traité qui ne contient pas de dispositions relatives à son extinction et ne prévoit pas qu'on puisse le dénoncer ou s'en retirer ne peut faire l'objet d'une dénonciation ou d'un retrait, à moins : a) Qu'il ne soit établi qu'il entrait dans l'intention des parties d'admettre la possibilité d'une dénonciation ou d'un retrait; ou b) Que le droit de dénonciation ou de retrait ne puisse être déduit de la nature du traité. 2. Une partie doit notifier au moins douze mois à l'avance son intention de dénoncer un traité ou de s'en retirer conformément aux dispositions du paragraphe 1*. ».
[70] FOURET (J.), « Denunciation if the Washington Convention and Non-Conrtactual Investment Arbitration: "Manufacturing Consent" to ICSID Arbitration? », *Journal of International Arbitration*, (Kluwer Law International 2008, Vol. 25, issue 1, pp. 71-87. spec. p. 71 ; DAILLIER (P.), PELLET (A.), *Droit international public*, 7 éd., 2002, p. 302.
[71] *Ibid*., p. 72.
[72] *Opt. Cit*. FOURET (J.), « Denunciation if the Washington Convention and Non-Conrtactual Investment Arbitration: "Manufacturing Consent" to ICSID Arbitration? », p. 73.
[73] History of the ICSID Convention, 2001, p. 442.

ii) La clause de survie de l'article 71

38. Au titre de l'article 71, la prise d'effet de la dénonciation se réalise qu'au terme d'un délai de 6 mois : « (…). *La dénonciation prend effet 6 mois après ladite notification »*, C'est une « précaution »[74] prise par les rédacteurs de la Convention. Il s'agit d'un délai au cours duquel l'Etat peut revenir sur sa décision. Ce délai est aussi perçu comme un *faire-valoir* de certains droits si l'on se place du coté de l'investisseur. En effet, le délai est également qualifié de « clause de survie », c'est-à-dire qu'il y a une persistance des droits et obligations de l'Etat durant un délai de 6 mois. C'est une période au cours de laquelle les effets de la dénonciation sont suspendus. On peut considérer que durant ce délai, le consentement à l'arbitrage donné par l'Etat dans le TBI reste valable ; et, que l'investisseur privé peut donc valablement saisir la juridiction du CIRDI. Mais c'est sous le prisme de l'article 72 que ce délai de 6 mois prend davantage d'épaisseur. En effet, cet article apporte une *protection* au 'consentement' délivré par l'une des parties antérieurement à la dénonciation. Ce dernier semble à la fois insister sur le caractère non rétroactif du retrait ; et, à la fois préserver les consentements antérieurs. C'est à propos de ce consentement protégé – qui n'est pas défini au sein de l'article 72 – que la doctrine fait débat, et est la convoitise de divergences d'interprétations. En effet, quel est le sens de l'expression : « (…) *consentement à la compétence du Centre donné par l'un d'eux antérieurement à la réception de ladite notification »*[75]. La controverse porte sur cette notion de consentement donné à la juridiction CIRDI[76]. S'agit-il du consentement à l'arbitrage exprimé de manière unilatérale par l'Etat qui doit être protégé ? C'est-à-dire, une offre unilatérale qui supposerait d'être maintenue postérieurement à la dénonciation. Ou, s'agit-il plutôt du consentement *des parties* à l'arbitrage CIRDI ? C'est-à-dire, celle de l'offre de l'Etat hôte, joint de l'acceptation de l'investisseur étranger.

39. Prendre parti pour l'une des deux thèses – à savoir, la protection par l'article 72 du consentement, soit *unilatéral*, soit *mutuel* – c'est s'interroger sur la survivance ou non de l'offre de l'arbitrage donné par l'Etat dans les TBI après la dénonciation.

---

[74] *Opt. Cit*., BEN HAMIDA (W.), *« Dénonciation du CIRDI »*, p. 115.
[75] Extrait de l'article 72 de la Convention de Washington.
[76] *Opt. Cit*. GAILLARD (E.), « The denunciation of the ICSID Convention ».

II – La dénonciation du CIRDI, l'extinction des droits et obligations de l'Etat hôte : l'hypothèse de la nécessité d'un consentement mutuel antérieur

40. Les conséquences juridiques de la dénonciation de la Convention de Washington ont été envisagées par les rédacteurs en l'article 72 (A), de nombreux spécialistes s'accordent à dire que le *consentement protégé* de cet article, est un consentement-accord (B). De la détermination du type du consentement protégé en découle le « moment du consentement ». Ce dernier nous éclaire sur la manière dont on peut aborder un type nouveau de contentieux (C).

A – Les Conséquences de la dénonciation, l'apport 'trouble' de l'article 72 de la Convention de Washington

i) L'obligation d'honorer ses engagements antérieurs

41. La solution apportée par L'article 72 est « ambigüe »[77] et ne fait donc pas unanimité en doctrine. Ainsi, selon les termes de cet article, aucune des notifications au titre des articles 70 et 71 ne peuvent porter atteinte aux *droits et obligations* de l'Etat sortant.

42. D'abord, l'une des conséquences logique de la dénonciation de la Convention par la Bolivie et l'Equateur est que ces Etats cessent d'être des parties contractantes.

43. Ensuite, cet article tend à faire admettre que l'Etat reste lié par ses engagements antérieurs à la dénonciation. Le retrait du Traité CIRDI ne doit pas constituer un moyen annexe de déni d'obligations internationales déjà souscrites. En outre, les dispositions de l'article 72, combinées avec les exigences du consentement de l'article 25 de la Convention peuvent être perçues comme une « clause de stabilisation »[78] à l'image de celles insérées des Contrats d'Etats. En effet, dans ces derniers, cette clause a pour objet de neutraliser la souveraineté de l'Etat en empêchant toute modification législative pouvant porter préjudice à

[77] BEN HAMIDA (W.), *« Dénonciation du CIRDI »*, in *CIRDI 45 ans après, bilan d'un système*, Actes du Colloques de Tunis, 11, 12 et 13 mars 2010, Paris, éd. Pedone : « cette clause de survie, cependant n'est pas facile à interpréter ».

[78] *Opt. Cit*. « Denunciation if the Washington Convention and Non-Contractual Investment Arbitration: "Manufacturing Consent" to ICSID Arbitration? », p 74.

l'investisseur privé. L'idée sous-jacente est une sécurité juridique apportée à l'investisseur, celle de ne pas se faire dominer par la puissance étatique. Ici, l'article 72 permet d'empêcher à ce que l'Etat, par la dénonciation de la Convention, n'est que pour unique dessein de se délier de ses engagements antérieurs. Par conséquent, les Etats, en dénonçant le CIRDI, restent néanmoins lier par le consentement à l'arbitrage parfait avant la rétractation. On dit qu'il y a « une permanence du consentement à l'arbitrage CIRDI »[79]. Pour l'Etat qui a déjà consentie à la juridiction CIRDI, et qui a donc une affaire pendante, les conséquences seront identiques. Conformément à cette disposition, il semblerait que la dénonciation du CIRDI n'affecte aucunement les droits et obligations de l'Etat *avant* cette dénonciation[80]. L'Etat ne peut se soustraire des clauses d'arbitrage CIRDI conclues avant la notification. De même, la dénonciation du CIRDI ne doit pas générer de nouvelles obligations[81]. Cette interprétation semble conforme au droit international public général, notamment à la Convention de Vienne sur le droit des traités. Ainsi, son article 70, très clair expose que :

> *« 1. A moins que le traité n'en dispose ou que les parties n'en conviennent autrement, le fait qu'un traité a pris fin en vertu de ses dispositions ou conformément à la présente Convention : a) Libère les parties de l'obligation de continuer d'exécuter le traité ; b) Ne porte atteinte à aucun droit, aucune obligation ni aucune situation juridique des parties, créés par l'exécution du traité avant qu'il ait pris fin.*
> *2. Lorsqu'un Etat dénonce un traité multilatéral ou s'en retire, le paragraphe 1 s'applique dans les relations entre cet Etat et chacune des autres parties au traité à partir de la date à laquelle cette dénonciation ou ce retrait prend effet. ».*

ii) De possibles obligations nouvelles, l'interprétation des termes de la Convention

44. Les dispositions de l'article 72 n'étant pas limpides, il convient de s'en référer aux règles de droit international général. En matière d'interprétation des textes, les règles

[79] DELAUME (G.), « ICSID arbitration : Practical Considrerations », *Journal of International Arbitration*, No 2, 1984, pp. 101-108.
[80] GAILARD (E.), « The Denunciation of the ICSID Convention », *New York Law Journal*, International Arbitration Law, 26 juin 2007.
[81] History of the ICSID Contention, p. 1011. Propos d'Aron BROCHES durant la rédaction de la Convention, *« The denouncing State could not incur any* new *obligations but the existing obligations would remain in force »*.

coutumières en la matière ont été codifiées dans la Convention de Vienne sur le droit des Traités. Ce qui est retenu par le tribunal CIRDI lui-même[82].

45. En ce sens, le fait de définir une clause inclue dans les TBI comme étant une « *offre à l'arbitrage* » est le fruit d'une interprétation du Traité au sens de la Convention de Vienne. Cependant, à cet égard, une critique est formulée. La jurisprudence CIRDI a pu admettre que les TBI comme les lois nationales constituent des offres de contracter accepté par l'investisseur au moment de l'introduction de l'instance. Mais, le Professeur SANTULLI conteste, et affirme que : « la doctrine de l'offre de contracter n'est pas davantage qu'une manière approximative d'appliquer une disposition spéciale de la Convention de Washington »[83]. Selon lui, cette extension de compétence ne correspond pas à une analyse fiable, bien qu'en droit international il est admis qu'un traité puisse disposer du consentement des individus[84]. Ici, le Professeur parle « *d'usage CIRDI* »[85]. Mais c'est en appliquant le méthode d'interprétation de la Convention de Vienne que la plupart des commentateurs arrivent à conclure que l'article 72 protège un consentement mutuel, et exige donc une rencontre des volontés qui n'est pas nécessairement simultanée comme nous avons pu le voir un peu plus haut. Walid BEN HAMIDA appelle cela « *la théorie du consentement-accord* »[86]. Dans cette hypothèse, seule l'offre acceptée peut survivre à la dénonciation. Le consentement, au sens à l'article 72 de la Convention de Washington, doit nécessairement être parfait : la rencontre les volontés doit avoir eut lieu.

---

[82] *Plasma Consortium Limited c. Bulgarie*, CIRDI, Affaire No ARB/03/24, Décision sur la juridiction du 8 février 2005 : *« [The] interpretation [of the relevant treaty] is governed by the rules of international law, expressed in Articles 31 and 32 of the Vienna Convention on the law of the Treaties of 1969»*.

[83] *Opt. Cit*. SANTULLI (C.), *Droit du contentieux international*, p. 115.

[84] Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 ; Protocole du Pacte International relatif aux droits civils et politiques du 16 mars 1966 ; Statut de la Cour pénale Internationale (C.P.I.) ; Sentence arbitrale, *May* (Guatemala c. États-Unis), 16 novembre 1900 ; Tribunal arbitral, *Martini* (Venezuela c. Italie) ; Tribunal arbitral, *Concessions des phares de l'Empire Ottoman*, 24/27 juin 1956 ; Sentences rendues par le tribunal irano-américains ; High Court Quenn Bench Division Royaume-Uni, *Dallal c. Bank-Mellat*, 26 juillet 1985.

[85] *Opt. Cit*. SANTULLI (C.), *Droit du contentieux international*, p. 116.

[86] *Opt. Cit*., BEN HAMIDA (W.), « La dénonciation de la Convention CIRDI », p. 117.

B – Des arguments multiples en faveur de cette thèse

i) Les travaux préparatoires

46. L'ensemble de la doctrine fait référence aux travaux préparatoires afin de témoigner de la volonté des rédacteurs de la Convention d'exiger une rencontre des volontés des parties ; d'exiger un consentement mutuel. De fait, l'exigence fondatrice et fondamentale d'un consentement exige un consensualisme pour la saisine du CIRDI. Et conduit à interpréter le « *consentement* » de l'article 72 comme un consentement-accord. Et que dès lors, dans le contexte de l'arbitrage unilatéral, « … *les droits et obligations* … » à la charge de l'Etat ont lieu d'être *uniquement si* l'investisseur privé accepte l'offre d'arbitrage donné par l'Etat. Cette acceptation devant avoir lieu avant la dénonciation. C'est ce qui ressort de la lecture de l'ancien article 72, l'article 75 selon lequel :

> *« The provisions of this Convention shall continue to apply to the obligations of the State concerned with respect to or arising out of proceedings for conciliation or arbitration pursuant to consent to the jurisdiction of the Center given prior to such notice [of denunciation] by that State, by any of its political subdivisions or agencies, or by any of its nationals »*[87].

47. De même, Monsieur BROCHES indique que *« [the] unilateral acceptance of the Centre's jurisdiction constituted an offer that could be accepted by a foreign investor and do become biding on both parties »*[88]. Ceci est confirmé par le Rapport des Directeurs exécutifs de la Convention, où on va au-delà de l'hypothèse de la clause compromissoire ou du compromis en prenant en compte l'idée de l'arbitrage unilatéral :

> *«… Nor does the Convention require that the consent of both parties be expressed in a single instrument. Thus, a host State might in its investment promotion legislation offer to submit disputes arising out of certain classes of investments to the jurisdiction of the Centre, and the investor might give his consent by accepting the offer in writing »*[89].

---

[87] Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, vol. I: Analysis of Documents concerning the Origin and the Formulation of the Convention (Washington D.C., 1970), Doc. 43, p. 302, référence cité par Allain PELLET (*Opt. Cit*).

[88] History of the ICSID Convention, Document concerning the Origin and the Formulation of the Convention, volume II, pp. 274-275.

[89] Report of the Executive Directors on the ICSID Convention, par. 24.

En outre, c'est l'accord de l'investisseur qui parfait le consentement, il revêt alors un caractère irrévocable[90].

ii) La lettre du texte de la Convention de Washington

48. La doctrine en faveur de cette thèse s'adonne à citer les nombreuses références faites à la nécessité d'un consentement exprimé par les deux parties tout le long de la Convention de Washington. C'est-à-dire qu'ils avancent un argument tiré de l'économie générale du traité par l'utilisation du pluriel[91]. Et, dans cette hypothèse on doit considérer que l'offre donnée doit être maintenue, il n'y a alors pas de caducité. Par conséquent, on subordonne la *survie* à un consentement mutuel, de l'acceptation ultérieure par l'investisseur. Ici, si l'investisseur a consenti à l'arbitrage avant la dénonciation, il y a alors un maintient du droit de recourir au Centre.

49. D'abord, dès le préambule de la Convention, il est affirmé que les Etats « *reconnaissent que le consentement mutuel des parties de soumettre ces différends à la conciliation à l'arbitrage, en ayant recours au dit mécanisme, constitue un accord ayant force obligatoire (...)* ». Il s'agit d'un extrait en faveur du consensualisme. Mais, il ne faut pas ignorer que de nombreuses références au consentement *singulier* sont également présentes dans le préambule. De même, il est fait écho de ce consensualisme dans plusieurs dispositions de la Convention CIRDI[92], notamment l'article 25-1.

iii) Une jurisprudence arbitrale riche dans le cadre de l'arbitration without privity

50. Selon la jurisprudence CIRDI, pour qu'il ait consentement, il faut une une rencontre de la volonté des deux parties, et par conséquent une simple offre d'arbitrage ne constitue pas un consentement au sens de la Convention CIRDI. Ceci est confirmé par une jurisprudence du Centre où elle a pu affirmer que :

---

[90] SCHEURER (C.), « The interpretation of the article 72 of the ICSID Convention, Effect of Denunciation on Prior Consent », in The Case of *E.T.I. Euro Telecom International N.V. c/ Bolivie*, CIRDI, Affaire No. ARB/07/28, p. 8.
[91] *Opt. Cit.* BEN HAMIDA (W.), « la Dénonciation de la Convention CIRDI », p. 119.
[92] Une référence au pluriel est faite dans les articles suivant : 26, 27 (1), 28 et 36, 44, et 46.

> *« L'exigence d'un consentement des parties ne disparait pas avec l'existence du traité [TBI]. La Convention [CIRDI] prévoit un échange de consentements entre les parties. Quand l'article 25 dit dans son paragraphe 1 que 'les parties' doivent avoir consenti par écrit à soumettre le différend au Centre il parle des Etats … plus précisément il parle des Etats et du ressortissants d'un Etat »*[93].

51. Ou encore dans l'affaire *CSOB*, le tribunal retient que :

> *« Under the system created by the ICSID Convention, consent by both parties is an indispensable condition for the exercise of the Centre's jurisdiction under the Article 25 (1) ».*

52. Et, cette position s'avère bien établie dans la jurisprudence CIRDI[94].

53. Le consentement mutuel est donc mainte fois cité, prouvé donc exigé. Comme le relève Christoph SCHEURER[95], le consentement à la juridiction du CIRDI diffère fondamentalement du consentement donné à la Cour internationale de Justice dans le cadre de la clause facultative de juridiction obligatoire[96]. En effet, le consentement donné devant la Cour opère *ipso facto*, ne bénéficiant pas une réitération de l'accord, vis-à-vis des Etats l'ayant donné dans les mêmes conditions. Dès lors que l'Etat donne son consentement, le consentement à la juridiction existe. Contrairement au CIRDI, où, malgré l'échange de consentement entre les Etats dans les TBI, celui-ci n'est parfait que lorsque que l'investisseur

---

[93] Affaire *American Manufacturing & Trading, Inc. c. Congo (Ex-Zaire)*, Sentence arbitrale du 21 février 1997, spécifiquement § 5 et 18.

[94] *Lanco c/ Argentine*, 21 février 1997, *ILM*, 1997, le tribunal a affirmé que : « *The consent of the investor, along with that of the Argentine Republic, expressed in article VII (of Argentina-United State BIT), creates the consent needed to provide ICSID with jurisdiction over this dispute, pursuant to Article 25 of the Convention* » ; *Goezt c. Burundi*, CIRDI, Affaire No ARB 95/3, 10 février 1999, par. 61 et 81 ; *CSOB c. Slovaquie*, CIRDI, Affaire No ARB 97/4, Décision sur la juridiction du 24 Mai 2009 ; *Wena Hotels c. Egypte*, CIRDI, Affaire No. ARB/ 98/4, Décision sur la juridiction du 29 juin 1999 ; *Salini c. Maroc*, CIRDI, Affaire No. ARB 00/4, Décision sur la juridiction du 23 juillet 2001, par. 27 ; *Generation Ukraine c. Ukraine*, CIRDI, Affaire No. ARB 00/9, 16 septembre 2003, par. 12.1-12.8 ; *Tokios Tokeles c. Ukraine*, CIRDI, Affaire No ARB/02/18 25 mai 2002 ; *SGS Société Générale de Surveillance c. république de Philippines*, CIRDI, Affaire No ARB/02/6, Décision sur la juridiction du 29 janvier 2004 ; *A.A.P.L. c. Sri Lanka*, 27 juin 199, CIRDI, Affaire No ARB/87/3 ; *IBM World Trade Corp. c. Equateur*, Décision sur la juridiction du 22 décembre 2003 ; *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. c. Chili*, CIRDI, Affaire No. ARB/01/7, 25 mai 2004 ; *Impregilo S.p.A. c. Pakistan*, CIRDI, Affaire No. ARB/03/3, Décision sur la juridiction, 22 avril 2005 ; *Camuzzi International S.A. c. Argentine*, CIRDI, Affaire, No. ARB/03/2, Décision sur la juridiction du 11 mai 2005 ; *Sempra Energy International c. Argentine*, CIRDI, Affaire No. ARB/02/16, Décision sur la juridiction du 11 mai 2005 ; *Ioannis Kardassopoulos c. Georgie*, CIRDI Affaire, No. ARB/05/18, décision sur la juridiction, 6 juillet 2007 ; *Wintershall Aktiengesellschaftc c.* Argentine, CIRDI, Affaire No. ARB/04/14, Décision sur la juridiction du 8 Novembre 2008.

[95] SCHEURER (C.), « The interpretation of the article 72 of the ICSID Convention, Effect of Denunciation on Prior Consent », in The Case of *E.T.I. Euro Telecom International N.V. c/ Bolivie*, CIRDI, Affaire No. ARB/07/28, p. 13.

[96] Article 36-2 du Statut de la Cour.

privé donne son 'feu vert'. Le consentement étant acquis par l'accord postérieur de l'investisseur, on qualifie cet instant de « moment du consentement ».

C – Le moment du consentement, l'exemple de l'affaire *Euro Telecom contre Bolivie*

54. Dans cette affaire, la société E.T.I., investisseur privé, introduit une action devant le CIRDI malgré la dénonciation de la Convention de Washington par la Bolivie. En effet, pour rappel, la Bolivie dénonce le CIRDI le 2 mai 2007. Par application de l'article 71, celle-ci, ne prend effet que 6 mois plus tard. Entre temps, Euro Telecom accepte l'offre d'arbitrage du TBI Bolivie/Pays-Bas, soit 4 mois après ladite notification. Par suite, la société introduit une demande d'arbitrage le 12 octobre 2007, donc toujours dans la « période suspecte »[97] de 6 mois. La question qui se posait était donc de savoir si l'acceptation donnée à l'offre générale d'arbitrage, constitue-t-elle un consentement valable au sens de l'article 72 ? Le tribunal a été constitué, néanmoins, cette question n'aura pas été tranchée car les parties se sont entendues d'un commun accord pour saisir un tribunal arbitral en application du règlement CNUDCI.

55. Selon les prétentions de la société, l'article 72 n'a aucun effet sur l'offre à l'arbitrage CIRDI donnée par la Bolivie dans le TBI, dès lors que la notice de dénonciation n'a pas encore été reçue par le dépositaire. En outre, la Bolivie entérine son consentement unilatéral à l'arbitrage à l'article 9 dudit traité. En d'autres termes, la Bolivie se trouve encore liée par le consentement donné à l'arbitrage inséré dans le Traité bilatéral d'investissement conclu avec l'Etat d'origine de l'investisseur, les Pays-Bas. Ainsi, les néerlandais peuvent recourir à l'arbitrage prévu dans le TBI, l'offre ayant été acceptée avant la dénonciation. Mais l'inverse n'est pas valable, Monsieur BEN HAMIDA relève en effet que les boliviens n'ayant pas consenti à l'arbitrage avec les Pays-Bas, ils ne peuvent recourir à l'arbitrage contre les Pays-Bas, et aboutit à un certain déséquilibre[98].

---

[97] NOUVEL (Y.), « l'Amérique Latine et le droit des investissements », Conférence organisée par l'association E.L.A.D.I., 2011, Paris (Maison de l'Amérique Latine).
[98] *Opt.Cit.* BEN HAMIDA (W.), « La dénonciation de la Convention CIRDI », p. 124.

56. Selon Alain PELLET, dans son opinion individuelle attachée à cette affaire, rejette l'interprétation de l'article 72 donnée par les investisseurs privés selon laquelle il est possible de recourir à la juridiction du CIRDI. En effet pour reprendre ses propos :

> *« The Applicant contends that according to Article 72 of the Convention, the Respondent is bound by 'consent' to the jurisdiction of the Centre given in 1992 Treaty notwithstanding its denunciation of the Convention. This allegation must be looked at with great caution and is incompatible with the correct interpretation to be given to Article 72 of the Convention »*[99].

57. Au soutien de cette position, il avance que ce n'est pas là, la juste interprétation du texte, et que celle-ci relève des règles de droit international public en la matière. Notamment de la coutume internationale telle que codifiée dans la Convention de Vienne sur le droit des traités[100]. Ainsi, au titre de l'article 72 de la Convention, le consentement direct, tel que donné dans une clause compromissoire est nécessairement valable au sens de l'article 72 de la Convention. C'est en effet le cas des consentements donnés dans les Contrats d' Etat où il a un lien juridictionnel direct entre les deux parties[101]. Or, dans ce litige opposant la société néerlandaise à la Bolivie, tel n'est pas le cas. Le professeur Allain PELLET estime que le consentement unique de la Bolivie ne peut engendrer la persistance de droit et obligations à la Charge de l'Etat hôte. Il ne s'agit pas de consentement d'un *« (...) consentement à la compétence du Centre »*, tel que le prescrit l'article 72. Celui-ci n'est parfait que dans l'hypothèse où l'offre reçoit acceptation tel que le dispose l'article 25 *in fine* : *« Lorsque les parties ont donné* ***leur*** *consentement (...) »*. De plus, seul le consentement est protégé, c'est-à-dire le consentement mutuel, et non la clause contenant cette offre d'arbitrage. La position d'Allain PELLET rejoint celle de Monsieur BROCHES qui a pu affirmer que :

> *« (...) would not be binding on the State which had made it until it had been accepted by an investor. If the State withdraws its unilateral statement by denouncing the Convention before it has been accepted by any investor, no investor could later bring a claim before the Centre. If, however, the unilateral offer of the State has been accepted before the denunciation of the Convention, then disputes arising between the State and the investor after the date of denunciation will still be within the jurisdiction of the Centre »*[102].

---

[99] Expert opinion d'Allain PELLET, *E.T.I. Euro Telecom International N.V. c/ Bolivie*, CIRDI, Affaire No. ARB/07/28, p. 3.
[100] Article 31 et 32 de la Convention de Vienne sur le droit des traités.
[101] *Opt. Cit*. Expert opinion d'Allain PELLET, *E.T.I. Euro Telecom International N.V. c/ Bolivie*, p. 5.
[102] Memorandum of the Meeting of the Committee of the Whole (February 25, 1965), Doc. 135, in Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, vol. II: Documents

Il en ressort que, dès lors qu'il y a dénonciation, un investisseur ne peut attraire l'Etat d'accueil de l'investissement devant le CIRDI. Ces derniers se prononcent donc en faveur d'une *extinction immédiate et instantanée* des droits et obligations de l'Etat. Pour Monsieur PELLET, dans l'article 72, il est davantage question de *limiter* les effets juridique de celle-ci[103].

58. Christoph SCHEURER, dans son analyse des dispositions relatives à la dénonciation, dissocie les articles 71 et 72. En effet, il prend note du fait que ces deux articles apportent des solutions différentes. L'article 71 de la Convention de Washington pause un délai de 6 mois avant que la dénonciation prenne pleinement effet. Mais la lecture de l'article 72 remet en cause l'article 71 de la Convention[104]. L'article 71 est la règle générale et l'article 72 la règle spéciale. Le premier article protège certains droits et obligations pendant une période de 6 mois, en outre, ceux-ci diffèrent de ceux protégés indéfiniment – à condition que le consentement soit parfait, préalablement à la dénonciation bien sur – à l'article 72.

59. Ainsi, tout consentement génère nécessairement des droits et obligations. Ceux concernés par l'article 72 sont les suivants : le droit d'engager une procédure (article 36) ; de participer à la constitution d'un tribunal (article 37) ; le droit de participer à la procédure (articles 41, 44, 49-2, 50, 51 et 52) ; l'interdiction de recourir à d'autres procédures et à la protection diplomatique (articles[105] 26 et 27). Ce sont ces droits et obligations qui seront maintenus indéfiniment lorsqu'ils découlent d'un consentement préalable à la *notification de dénonciation*. Et ceux concerné par l'article 71 sont : la participation au Conseil administratif (article 4-7) ; le droit de nomination du panel de conciliateurs et arbitres (article 14) ; le devoir de respecter les immunités et les privilèges accordés par la Convention (article 18-24), et le devoir d'exécuter les sentences arbitrales (article 54)[106]. Ces droits seront effectifs durant la période de 6 mois. Selon BEN HAMIDA, ce raisonnement peut s'avérer dangereux, car conduit à une facilité de dénonciation. De plus l'Etat qui souhaiterait échapper à l'arbitrage n'a qu'à dénoncer la Convention.

---

concerning the Origin and the Formulation of the Convention (Part 2) (Washington, D.C., 1968), p. 1009, par. 54., par. 62.

[103] *Opt. Cit*. Expert opinion d'Allain PELLET, *E.T.I. Euro Telecom International N.V. c/ Bolivie*, p. 4.

[104] SCHEURER (C.), « The interpretation of the article 72 of the ICSID Convention, Effect of Denunciation on Prior Consent », in The Case of *E.T.I. Euro Telecom International N.V. c/ Bolivie*, CIRDI, Affaire No. ARB/07/28, p. 4-5.

[105] *Idem*. Par. 15.

[106] *Idem*. Par. 16.

60. De même que Allain Pellet, Monsieur SCHEURER se base sur le préambule de la Convention CIRDI, les travaux préparatoires, et sur la jurisprudence arbitrale pour fonder le consentement au sens de l'article 72, conformément à principe d'interprétation des traités. Dans le cas de l'affaire *E.T.I. Telecom contre Bolivie*, étant donné que le consentement est formé par l'accord ultérieur de l'investisseur – *« ICSID's Institution Rules provide that in the case of separate declarations of consent by the parties, the date of consent is determined by the date on which the second party acted. The date of consent is relevant for a number of issues under the ICSID Convention »*[107] – le *moment de la dénonciation* aussi dit « *critical date* » est constitué dès lors que le recours formé par l'investisseur a eut lieu après la date de notification de la dénonciation, le consentement ne peut être formé, l'offre n'étant plus valable. La société E.T.I n'agit pas à bon droit. On peut dès lors s'attendre à une position similaire de leur part pour les cas futurs.

61. Cette position est rejointe par celle de FOURET, qui considère que la période de 6 mois de l'article 71 n'est qu'une période de répits, le consentement doit nécessairement être parfait *avant l'envoie de la notice* de dénonciation, pour le cas de la Bolivie, avant le 2 mai 2007, en définitive, avant la période des 6 mois, *« before the expiry of this time limit »*[108].

62. De fait, une nouvelle requête a été formulée contre la Bolivie devant le CIRDI par la société Pan American Energy LLC[109], soit trois ans après la dénonciation de la Convention de Washington. Le 12 avril 2010 le CIRDI enregistre cette demande. Mais la Bolivie proteste contre cette saisine et affirme ne pas reconnaitre cette compétence[110].

63. Aussi, une demande a été introduite contre l'Equateur par la société Quiport SA le 30 décembre 2009. Ici, on se trouve dans la même hypothèse que la société Euro Telecom.

---

[107] *Opt. Cit.*, SCHEURER (C.), « The interpretation of the article 72 of the ICSID Convention, Effect of Denunciation on Prior Consent », p. 26.

[108] *Idem*.

[109] *Pan American Energy LLC c. Bolivia*, CIRDI, Affaire No ARB/10/08.

[110] Voir le site todanoticia.com, « Bolivia protest to the ICSID arbitration at the request of Pan American Energy » : "*The Government of Bolivia sent a formal note of protest to the International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) for filing a request for a possible lawsuit arbitration Pan American Energy (PAE) against Bolivia. According to the director general of Defense Jurisdictional and Arbitration, Danny Lopez, the Bolivian State is unaware of any request for arbitration be brought before the ICSID because it is not part of that body since 2007*", http://www.todanoticia.com/11853/bolivia-protesta-ante-ciadi-solicitud/?lang=en.

64. Cependant la plupart des auteurs estiment que durant la période de 6 mois, les investisseurs peuvent saisir valablement le CIRDI. Il s'agit d'un délai de survie ou clause de survie.

65. Il semble clair et évident à la lecture de l'ensemble des arguments précités que la balance penche en faveur de l'exigence d'un consentement exprimé par les deux parties, pour que la compétence de la juridiction CIRDI soit pleinement affirmée. En outre, cette exigence de consentement mutuel ressort même de la théorie générale de la compétence des juridictions internationales. Il semble alors *incontestable* que le consentement mutuel est dument fondé. Or, les débats précédents semblent s'attarder sur la nécessité d'une protection, voir même « surprotection » du sacrosaint *principe du consensualisme*. Cependant, il ne s'agit pas ici de savoir dans quelle mesure le consentement mutuel est un principe de base de la juridiction CIRDI, et encore moins de réduire la portée de ce principe. Il s'agit de savoir si, malgré les intérêts économiques souverains de l'Etat, une telle rencontre des volontés est-elle valable postérieurement à la dénonciation. Est-ce qu'il y a un maintient des offres d'arbitrages, formulées dans de *multiples* TBI non-dénoncés, assurant ainsi garantie et sécurité de l'investissement, et, sur les fondements desquels ils se sont déjà engagés. Ne s'agit-il pas d'une violation ouverte des obligations internationales ressortant de ses TBI ?

* *
*

Chapitre 2 – Une offre générale à l'arbitrage attribuant des droit acquis à la charge des investisseurs

I– La théorie internationale des droits acquis

66. Ces interprétations semblent ne pas reconnaître de droits acquis à l'égard des investisseurs privés dès lors que le consentement n'est pas parfait. Pour autant on peut se poser la question de savoir si ces interprétations vont-elles à l'encontre de l'économie générale des traités de promotions et de protections des investissements, et du concept de sécurité, notion pilier du développement du droit des investissements. De telles prises de position violent-t-elles les traités de promotion et de protection des investissements (B). Peut-on soutenir une violation des droits acquis (A).

A – De l'existence de droits et obligations *acquis*

i) Le concept de droit acquis

67. On peut considérer que le droit d'action des investisseurs privés devant le CIRDI au titre du TBI peut constituer un droit acquis. C'est-à-dire des droits dont les investisseurs peuvent bénéficier et que l'on ne peut leur retirer, au nom d'une certaine justice, équité et sécurité juridique. Selon Monsieur LALIVE, la théorie des droits acquis est « l'expression nécessaire de la Justice et du Droit »[111]. Il convient d'apporter quelques précisions quant au contour de cette notion. Ce qu'il faut entendre par droits acquis, c'est l'idée sous-jacente de protection et de respect ; cette notion suggère une permanence et immutabilité. Il ne s'agit pas seulement de la protection d'un intérêt subjectif mais davantage d'un *droit*. Selon les termes de KAEKENBEECK : « du point de vue de celui qui a un intérêt au respect, cela se résout à un droit »[112]. Il s'agit donc d'une doctrine qui tourne autour du respect d'un droit en tant que prérogative individuelle. Ce droit apparait comme un instrument de défense contre

[111] LALIVE (P.), « Le respect du droit international des droits acquis », *Cours Institut des Hautes Etudes Internationales*, Paris, 1967-1963, p. 3.
[112] KAEKENBEECK, Recueil des cours de l'Académie de la Haye, 1937, I, vol. 59, p. 323.

d'éventuels empiètements de l'Etat sur les intérêts des particuliers[113]. La jurisprudence internationale l'a très vite érigé au rang des principes généraux des droits des gens. C'est ainsi que la Cour permanente de justice internationale, dans l'affaire *Certains intérêts allemands en Haute Silésie polonaise*[114] reconnaissait déjà les prémices d'un respect international des droits acquis en considérant que : *« The principle of the respect for vested rights ... forms part of generally accepted international law »*. Ici, la Cour semble reconnaître le respect de la propriété et des droits acquis des étrangers comme faisant partie des principes généraux admis par les droits des gens.

ii) La consécration de la théorie des droits acquis par la jurisprudence internationale

68. En outre, cette théorie a reçu de nombreuses consécrations dans la jurisprudence internationale, notamment deux sentences fondatrices de la Cour permanente d'arbitrage. Il s'agit d'abord de l'affaire des *Propriétés religieuses au Portugal*[115] où le mémoire de la partie britannique formule clairement cette théorie des droits acquis :

> *« Respect of property, respect of acquired rights,… are legal principals of all civilized countries. At these upon it is upon the security which they assure and confidence they inspire that the relations entertained by the nations with each other are based ».*

69. Selon plusieurs auteurs, il y là la formulation limpide de la protection des droits acquis[116]. La seconde sentence de la Cour permanente d'arbitrage est celle relative à l'affaire des *Armateurs norvégiens*[117] qui, de même, rappelle le principe même de la protection des droits acquis. Bien d'autres affaires peuvent être citées[118].

---

[113] *Opt. Cit*., LALIVE (P.), « Le respect du droit international des droits acquis », p. 6.
[114] C.P.J.I., *certains intérêts allemands en Haute Silésie polonaise*, Série A, n°7, page 42.
[115] Sentence *propriétés religieuses au Portugal*, 4 septembre 1920.
[116] FACHIRI, *BYBIL*, 1925, p. 168 ; SCHINDLER, *Annuaire Suisse de droit international*, 1946, III, p. 91, références citées par LALIVE (P.), « Le respect du droit international des droits acquis », p. 30.
[117] Sentence des *armateurs norvégiens*, 13 octobre 1922.
[118] Cour permanente d'arbitrage, *Russian indemnity case*, 1912 ; *French claims againts Peru*, 1921 ; *Sabla* (Etats-Unis c. Panama), *AJDL*, vol. 28, p. 602 et s.

70. Il s'agit ensuite du célèbre arbitrage *Aramco*[119], où cette théorie a été reprise par les arbitres, et trouve également sont fondement en matière d'investissement : « *Le principe du respect des droits acquis est un des principes fondamentaux, et du droit international public, et du droit interne de la plupart des Etats civilisés* ». Dans cet arbitrage *transnational*, on reconnaît dans le dispositif, que les *droits et obligations* de l'Aramco, compagnie concessionnaire, ont la nature de droits acquis et ne peuvent être modifiés par l'Etat *sans le consentement* du concessionnaire. Voici un extrait de cette sentence:

> « *Nothing can prevent a State, in the exercise of its sovereignty, from binding itself irrevocably by the provisions of a concession and from granting to the concessionaire irrectractable rights. Such rights have the character of acquired rights* ».

71. Ce qui ressort de cette théorie, c'est bien l'idée d'une justice minimum et de stabilité juridique[120], ce qui est l'idée promut par les TBI. L'existence même des TBI trouve sa source dans la double sécurité : la sécurité des investissements, et la sécurité de l'investisseur. L'évolution actuelle des TBI sont de nature à procurer des droits substantiels aux investisseurs. Il s'agit de garanties telles, que l'on ne peut plus les négliger à ce jour. En effet, Monsieur LALIVE relève lui-même une extension de ce principe aux « traités bilatéraux concernant, entre autres ou principalement, la protection des investissement privés »[121]. En outre, en 1929, lors d'un questionnaire de la S.D.N. sur la codification des règles relatives à la responsabilité des Etats[122], le Conseil fédéral suisse soulignait que la protection des droits acquis est l'un des principes reconnus par le droit des gens en considérant que :

> *« Le droit des gens oblige tout Etat à protéger la propriété des étrangers. Or les droits contractuels font partie de la propriété. Il donc pas admissible qu'une partie contractante soit lésée après coup par une telle atteinte de l'Etat à des droits acquis ».* [123]

72. La propriété est l'archétype du droit acquis, à ce titre ; Grotius considérait déjà la propriété comme un droit naturel dont l'Etat doit assurer le respect. S'agissant des droits contractuels, toujours selon Monsieur LALIVE, se dessine « une tendance récente à renforcer, voir à remplacer, la protection de la propriété, par une protection du contrat passé entre l'Etat et une personne privée étrangère (par exemple une société) au moyen du principe *pacta sunt*

---

[119] Sentence arbitrale, *Arabie Saoudite c. Aramco*, 23 Aout 1958.
[120] *Opt. Cit.*, LALIVE (P.), « Le respect du droit international des droits acquis », p. 35.
[121] *Idem.*
[122] S. D. N., doc. M 69, 1929 V, 239.
[123] SALIS-BURCKHARDT, *Le droit fédéral suisse*, vol. I, No 140 bis, cité par GUGGENHEIM, Traité I, p. 338.

sevanda »[124]. Il y a une extension du sens de propriété qui inclut aussi les droits contractuels. C'est reconnaitre la force obligatoire d'un contrat passé entre un Etat et un particulier étranger. Cependant, il faut savoir que cette thèse ne fait pas unanimité, ainsi Georges VEDEL considère « *qu'il est impossible à un Etat souverain de se lier irrévocablement envers un particulier étranger ou national en dehors d'une convention interétatique* »[125]. En outre, LALIVE fait état du fait que la jurisprudence internationale a reconnu à de nombreuses reprises la responsabilité internationale de l'Etat pour atteintes portées aux droits contractuels des étrangers[126].

73. En définitive, la théorie des droits acquis a été créée dans l'hypothèse même de la protection des étrangers, de sauvegarder leurs droits de la mainmise de l'Etat *souverain*.

B – La possible protection du consentement unilatérale de l'Etat

i) L'interdiction de la rétractation unilatérale du consentement

74. La Bolivie et l'Equateur dénoncent la Convention de Washington sur le fondement de l'article 71 de la Convention. On a pu voir que la dénonciation est possible, et est admise par le droit international des traités et par la Convention elle-même. Cependant la rétractation unilatérale n'est pas admise conformément au droit international des traités[127]. De même l'article 25-1 *in fine* de la Convention de Washington le prohibe expressément : « *Lorsque les parties ont donné leur consentement, aucune d'elles ne peut le retirer unilatéralement* ». De surcroît, La question du retrait du consentement unilatéral résulte *uniquement* des termes du traité lui-même[128].

75. C'est la thèse soutenue par Nigel BLACKABY, qui affirme que s'agissant des effets juridiques de la dénonciation, la dénonciation n'affecte pas la validité de la clause

---

[124] *Opt. Cit*., LALIVE (P.), « Le respect du droit international des droits acquis », p. 38.
[125] VEDEL (G.), Rapport du Congrès international de l'arbitrage, Paris, 1961, p. 9.
[126] Affaire *des réclamations françaises contre le Pérou*, sentence du 11 octobre 1920, *UN RIAA*, vol. I, p. 347 ; Affaire Georges Cook, 30 avril 1929, *American Journal*, No 193, p. 398 ; Affaire de l'Illinois *Central Rail road Company*, jugée par le Commission générale des réclamations entre les Etats-Unis et la Mexique, *A.J.I.L*., 1926, p. 794.
[127] Article 70-3 de la Convention de Vienne relative au droit des Traités.
[128] *Opt. Cit*., BLACKABY (N.), « ICSID Withdrawal: a Storm in a Teacup », p. 45.

compromissoire CIRDI signées par l'Etat, et que le consentement mutuel ne peut être remis en cause par une simple dénonciation *unilatérale*. De plus, elle n'affecte pas non plus les droits et obligations qui résultent du consentement unilatéral laissé par l'Etat dans le TBI.

76. Walid BEN HAMIDA résume ce pan de la doctrine de la façon suivante : l'offre d'arbitrage laissée dans les TBI constitue à elle seule le consentement protégé au sens de l'article 72, c'est-à-dire que l'on vise ici le *consentement unilatéral*. Par conséquent on peut soutenir l'idée selon laquelle la dénonciation *illégale* du CIRDI par la Bolivie et l'Equateur n'est pas de nature à avoir des effets sur les droits et obligations des parties. Il y a une survivance des droits, un droit acquis au bénéfice des investisseurs privés.

ii) L'offre générale d'arbitrage ou l'engagement perpétuel

77. Il s'agit ici de démonter que le consentement protégé de l'article 72 peut renvoyer au consentement unilatéral de l'Etat exprimé dans le TBI. D'abord, cette thèse se trouve justifié par les termes mêmes du texte, abordant la question du consentement de la façon suivante *« donné par l'un d'eux »*, selon les partisans de cette théorie, cette expression renvoie non pas au consentement de l'Etat ou l'un de démembrement comme le suggère SCHEURER – « *…Etat, d'une collectivité publique ou d'un organisme dépendant de lui ou d'un de ses ressortissants… »* – mais au consentement donné par l'Etat ou l'investisseur privé. C'est-à-dire que l'offre unilatérale d'arbitrage contracté par l'Etat dans le TBI est irrévocable. L'Etat ne peut s'en défaire, ce qui laisse donc un champ d'action ouvert aux investisseurs étrangers, et persister à poursuivre l'Etat hôte devant le CIRDI[129]. Pour Fernando MANTILLA-SERRANO, l'article 72 de la Convention CIRDI se réfère au consentement unilatéral, et exprime cette idée très clairement : *« you do not need any other party to have acted on that consent »*[130].

[129] MANTILLA-SERRANO (F.), « The effect of Bolivia's Withdrawal from the Washington Convention : is a BIT-Based ICSID Jurisdiction Foreclosed, *Mealy's International Arbitration Rep*. 2007. p. 39 ; GARIBALDI (O.-M.), « On the denunciation of the ICSID Convention Consent to ICSID Jurisdiction, and the Limits of the Contracts analogy, in *International investment Law for the 21st Century*, Essay in Honor of Christoph Schreur, Oxford University Press 2009, p. 251 ; BLACKABY (N.), « ICSID Withdrawal: a Storm in a Teacup », *Les Cahiers de l'arbitrage*, p. 51.

[130] Opt. Cit., FOURET (J.), p. 79.

78. De plus au soutien de cette thèse, on peut avancer l'argument de l'arbitrage « automatique » ou « forcé » comme l'affirme DERAINS[131]. En effet, une partie de la doctrine dénonce cette prépondérance de l'individu sur l'arbitrage transnational CIRDI. Depuis la sentence fondatrice *AAPL c. Sri Lanka*, c'est essentiellement l'individu qui est à l'initiative de la saisine du CIRDI. Dès lors que l'individu *manifeste sa volonté* de régler le différend devant le tribunal, l'Etat se voit immédiatement engager sa responsabilité. Mais, alors même que, *théoriquement,* un Etat donne son consentement à l'arbitrage en général, il peut s'avérer *que dans la pratique* il manifeste une certaine réticence à voir sa responsabilité engagé et discuté devant le CIRDI, et ceux, sans même pouvoir s'expliquer au préalable directement avec l'investisseur. De plus, c'est l'idée selon laquelle les sentences CIRDI vont systématiquement dans le sens de l'investisseur privé – autrement dit, de grandes firmes multinationales – qui se trouve *surprotégées* que le président bolivien conteste. Et ceci suggère donc la thèse de l'*arbitrage forcé*. Donc, admettre un tel arbitrage, c'est admettre que le consentement de l'Etat au travers du TBI n'est pas plein et entier. De fait, les partisans de la thèse de la protection de consentement semblent se fonder sur des *bases fragiles*. Comment défendre la rencontre des volontés quand celle-ci est discutable. Les fervents défenseurs du consensualisme devraient davantage exiger un double consentement de la part de l'Etat, voir un triple si l'on admet que le TBI est déjà l'expression d'un second consentement, le premier étant celui donné à la Convention de Washington. En outre, toujours sur la fragilité de « l'offre d'arbitrage », la rencontre des consentements suppose : offre et acceptation. Or, pour que cette affirmation soit valable, il semble nécessaire que l'offre soit non pas *générale* mais *spéciale*. C'est-à-dire qu'elle soit suffisamment claire et précise, de sorte que son acceptation vaut accord.

80. En définitive, partant du postulat de la célèbre sentence *AAPL c. Sri Lanka*, c'est-à-dire que le consentement donné par l'Etat est plein et entier (et conforme à l'article 25 de la Convention de Washington), il est difficile d'admettre que celui-ci puisse être remis en cause par la dénonciation de la Convention CIRDI.

[131] DERAINS (Y.), « L'impact des accords de protection des investissements sur l'arbitrage », *Gazette du Palais*, 29 Avril 2001, spécial arbitrage, *Recueil mai-juin 2001*, p. 633.

II – Le respect des traités bilatéraux d'investissements en l'absence de dénonciation des TBI

81. En l'absence de parallélisme des formes entre la dénonciation du CIRDI et dénonciation des TBI, il est douteux de prétendre à l'inefficacité de la clause d'arbitrage du CIRDI incluse dans ces traités (A) ; malgré tout on peut s'interroger sur l'existence de mécanismes *palliatifs* pour déterminer la compétence de la juridiction arbitrale (B).

A – Une non-dénonciation des TBI en faveur du maintien de droits à l'égard de l'investisseur

82. Nonobstant la dénonciation du CIRDI par la Bolivie et l'Equateur, ces Etat restent néanmoins liés par de nombreux traités bilatéraux d'investissements. Ici, il y a un flagrant manque de parallélisme des formes qui peut être critiqué. En outre, ces TBI contiennent eux aussi les clauses de survies. En effet la grande majorité des TBI prévoient que leurs protections survivent à leur dénonciation pour plusieurs années. La plupart contiennent des clauses de survie de 10 ans[132], 15 ans et parfois même pour une période de temps illimitée[133]. Ainsi « *ni la dénonciation du CIRDI, ni la dénonciation des TBI n'offrent un anéantissement instantané des droits des investisseurs* »[134]. Par conséquent, du fait de l'existence de ces clauses de survies dans les traités, il en découle que les dispositions des TBI continuent à avoir des effets sur les investissements déjà engagés sur le territoire de l'Etat hôte[135]. Selon Emmanuel GAILLARD qui opte pour cette thèse, les TBI accordent un acquis avant même que l'investisseur ne donne son consentement. En outre, *« a state's consent to ICSID Convention in such treaties may remain in effect long after it has ceased to be an ICSID contracting party »*[136]. Aussi, au regard du droit du contentieux international, l'engagement juridictionnel désigne « *l'acte qui attribue à l'organe le pouvoir le juger* »[137]. L'offre d'arbitrage peut être qualifiée en tant que tel dans la mesure où l'on admet le consentement dissocié.

---

[132] *Opt. Cit*., BLACKABY (N.), p. 47.
[133] *Opt. Cit*. GAILLARD (E.), « The denunciation of the ICSID Convention ».
[134] *Idem.*
[135] *Idem.*
[136] *Idem.*
[137] SANTULLI (C.), *Droit du contentieux international*, éd. Montchrestien, Paris, 2005, p. 105.

83. De plus, les Etats qui ont signé le TBI sont liés par un traité international de type classique, et doivent s'efforcer de l'exécuter de bonne foi au titre de l'adage *pacta sunt servanda*. Par ailleurs, c'est que « sur la base de *pacta sunt servanda*, le retrait unilatéral est exclu, sauf s'il est expressément prévu par le traité lui-même »[138]. De plus, s'agissant de l'exécution du TBI, l'objet même de la Convention de Washington est complémentaire à celui du TBI, et en conséquence, la dénonciation de la première pourrait être interprétée comme un acte fautif de la Bolivie à l'égard de ses obligations dérivant du TBI. Deux principes tirés de la Convention de Vienne sur le droit des traités paraissent très intéressants à cet égard. Le premier est celui de l'obligation d'exécuter les traités de bonne foi (Article 26) et le deuxième, est l'obligation de ne pas priver un traité de son objet et de son but (Article 18). Dans le même ordre d'idées, la dénonciation de la Convention de Washington par la Bolivie peut être interprétée comme un manquement substantiel (faute) de ses obligations internationales dérivées du TBI.

84. Enfin, l'importance des TBI pour les investisseurs étrangers ne fait aucun doute[139]. Dans ces traités, chaque Etat promet à l'autre Etat de protéger les investissements effectués sur son territoire par les « ressortissants » de cet autre Etat. Ils comportent toujours quatre séries de dispositions : *premièrement*, celles de l'accueil de l'investissement ; *deuxièmement*, celles sur le traitement des investissements une fois constitués ce traitements fait l'objet d'un véritable internationalisation du régime dans la mesures où tous les Etats d'accueils s'expriment souvent en des termes identiques d'une part, et qu'ils accordent un standard de traitement minimum des étrangers tel que celui conçu par le droit international coutumier ; *troisièmement*, celles sur la protection et garanties de l'investissement ; *quatrièmement* enfin, celles relatives au règlement des différends[140]. Ces TBI sont des instruments au service des investisseurs, il semble contraire à l'économie générale des TBI et au droit des relations internationales économiques l'idée de pouvoir les remettre en cause de manière aussi simple.

---

[138] COMBACAU (J.), SUR (S.), *Droit international public*, éd. Montchrestien, Paris, 2004, 8ème éd., p. 146.
[139] *Opt. Cit*. MAYER (P.), « Les arbitrages CIRDI en matière d'eau », p. 164.
[140] LEBEN (C.), « L'évolution du droit international des investissements », Octobre 2000, 7 p. spéc. p. 2, disponible sur : http://www.jurispolis.com/dt/mat/dt_invts.html.

B – De la persistance de la possibilité d'invoquer le CIRDI, une survie du système CIRDI

i) Le mécanisme supplémentaire du CIRDI

85. On peut se poser légitimement la question de la survivance du mécanisme supplémentaire du CIRDI : le mécanisme supplémentaire étend la compétence du CIRDI. En effet, la compétence du centre peut aller au-delà de la sphère des parties. Un Etat tiers ou un investisseur tiers peuvent former un recours spontané auprès du CIRDI. Ce mécanisme supplémentaire a été adopté le 27 septembre 1978 par le Conseil administratif du CIRDI. Il permet de faire entrer des litiges qui ne sont pas prévu par la Convention ; permet une procédure contentieuse avec des Etats tiers. Or, l'arbitrage du mécanisme supplémentaire n'est pas soumis à la Convention de Washington. Il est régi par un règlement général (règlement du mécanisme supplémentaire) qui s'applique à l'arbitrage, à la conciliation et à la constatation des faits, et par un règlement spécifique d'arbitrage (règlement d'arbitrage). Par conséquent il semblerait que les investisseurs puissent l'utiliser contre la Bolivie et que la référence dans les TBI conclus par la Bolivie au CIRDI est une référence générale qui englobe aussi bien l'arbitrage CIRDI (stricto sensu qui est prévu par la convention de Washington) que l'arbitrage du mécanisme supplémentaire. C'est en effet la thèse défendue par Walid BEN HAMIDA, la dénonciation CIRDI n'affectant pas l'ensemble du système CIRDI. Sébastien MANCIAUX quant à lui réfute cette thèse qui affirme la chose suivante : « *on ne peut considérer que le consentement donné par la Bolivie dans ses TBI en faveur de l'arbitrage CIRDI permette à l'investisseur d'initier, faute de mieux, une procédure d'arbitrage fondée sur le mécanisme supplémentaire du CIRDI. Il s'agit de deux procédures de règlement des différends complètements distinctes et le consentement donné en faveur de l'une ne saurait valoir pour l'autre* »[141].

ii) Le mécanisme de la clause de la nation la plus favorisée

86. Selon la CNUCED, la clause de la nation les plus favorisée traduit l'obligation qui pèse sur un Etat hôte d'accorder aux investisseurs étrangers un traitement non moins favorable que celui qu'il accorde aux investisseurs de tout autre pays étranger. Cette clause

[141] *Opt. Cit*. MANCIAUX (S.), p. 4.

remonte au début du XIe siècle, et était utilisée dans les rapports entre commerçants et villes marchandes. Elle est l'un des piliers du droit OMC, exprimant le standard de non discrimination. La Cour Internationale de Justice a eut l'occasion de reconnaître validité de cette clause dans l'affaire relative aux *droits des ressortissants des États-Unis d'Amérique au Maroc*, en examinant la portée de la clause dans un Traité de 1836 entre les États-Unis a relevé que le but de la clause est « d'établir et de maintenir l'égalité de traitement sans discrimination entre les divers pays intéressés ». Et contre toute attente elle fait son apparition en droit des investissements dans la célèbre affaire *Maffezini contre Espagne*[142]. « *La clause [NPF] est contenue dans de nombreux Traités de protection des investissements. Elle est celle par laquelle chaque État s'engage à faire bénéficier les ressortissants de l'autre État non seulement des droits prévus par le Traité lui-même, mais également de ceux qu'il aurait accordé aux ressortissants d'autres États dans la mesure où ils sont plus favorables* »[143]. La question était de savoir dans quelle mesure un investisseur étranger peut invoquer le bénéfice de la clause NPF dans un traité de base pour obtenir l'application d'une autre clause de règlement des différends plus favorable insérée dans un traité tiers. Cette sentence inaugure l'application de la clause NPF au règlement des différends. En effet le tribunal relève que les procédures de règlements des différends sont *« indissociablement liées »* à la protection des investisseurs étrangers et quelles étaient *« essentielles à la protection adéquat des droits qu'elles étaient destinées à garantir »*[144]. L'extension de la clause dans l'affaire en cause est légitime[145]. On admet donc la clause de la nation la plus favorisée afin de bénéficier des avantages d'un autre traité plus favorable[146]. Plusieurs décisions rendues sous l'égide du CIRDI ont consolidé la sentence *Maffezini*. C'est le cas de l'affaire *Siemens contre Argentine*[147] ; *Salini contre Jordanie*[148]. Il y a donc une brèche ouverte, une possibilité pour les investisseurs privés de se prévaloir du forum du CIRDI par ce biais.

---

[142] *Emilio Agustin Maffezini c. Espagne*, CIRDI, décision sur la compétence 25 janvier 2000, ARB/97/7.

[143] ALDMOUR (A.), « L'avenir de l'arbitrage de la protection des investissements dans les contentieux des contrats internationaux de construction », 38 p., spéc. p. 17, disponible sur le lien suivant : http://slconf.uaeu.ac.ae/papers/CONF18/%D8%AC3%20%D8%A7%D9%86%D9%83%D9%84%D9%8A%D8%B2%D9%8A/18-%20Dr_%20Abdullah%20M_%20ALDMOUR.pdf.

[144] Sentence *Maffezini c. Espagne* précité, §54.

[145] LABINI (H.), SARSAR (I.), « La clause de la nation plus favorisée et la compétence du CIRDI » *in* HORCHANI (F.), *CIRDI 45 ans après, bilan d'un système*, Actes du Colloques de Tunis, 11, 12 et 13 mars 2010, Paris, éd. Pedone, p. 98.

[146] *Opt. Cit*. FOURET (J.), p. 85.

[147] *Siemens AG contre Argentine*, CIRDI, décision sur la compétence 3 Aout 2004, Affaire No ARB/ 02/8.

[148] *Salini Costruttori SpA & Italstrade SpA contre Jordanie*, CIRDI, décision sur le compétence du 29 novembre 2004, Affaire ARB/02/13.

Conclusion

87. *Premièrement*, cette problématique récente a fait l'objet de vigoureux débats en doctrine en l'attente du prononcé du CIRDI. Nigel BLACKABY souligne qu'il s'agit d'une *réorientation régionale et isolée* qui ne trouve pas son reflet dans la tendance globale d'intégration économique au vue des ratifications grandissantes de la convention CIRDI et de traités bilatéraux d'investissements[149]. En outre, il établit que sur 144 Etats membres[150] à la Convention CIRDI, seuls deux Etats ont choisit de se retirer du système CIRDI. De même, Walid BEN HAMIDA atténue également cette tendance. Il rappelle que les « dénonciations en séries »[151] n'ont pas eu lieu[152]. De même, il rappelle que le CIRDI reste le mécanisme de règlement des différends en matière d'investissement le plus usité[153].

Pour autant, la réaction sud-américaine n'est pas à négliger dans la mesure où, certes les Etas Latino membres de l'Alba n'ont peut-être pas l'intention de dénoncer le CIRDI, mais l'intention de dénoncer les traités bilatéraux d'investissements qui constituent le support privilégiés des actions CIRDI, et qui pourraient entrainer des conséquences toutes aussi équivalentes.

88. *Deuxièmement*, L'ALBA annonce très tôt son intention de dénoncer la Convention CIRDI et d'établir son propre système d'arbitrage[154]. L'ALBA est le premier groupe régional à proposer ce genre d'*alternative régionale*, là aussi sous les auspices d'une institution régionale, l'UNASUR[155]. C'est dans un Sommet en octobre 2008 que le Chili, le Pérou et la Colombie demande la création d'un tel centre d'arbitrage. En juin 2009, le ministre des affaires étrangères de l'Equateur se joint à ce projet et demande la création d'un

[149] *Opt. Cit*., BLACKABY (N.), « ICSID Withdrawal: a Storm in a Teacup », *Les Cahiers de arbitrage*, p. 45.
[150] Notons qu'il y a plus exactement 155 Etats signataires, mais uniquement 144 ont ratifié la Convention.
[151] *Opt. Cit*. MANCIAUX (S.), « La Bolivie se retire du CIRDI », *Revue de l'arbitrage*, 2007, p. 356.
[152] *Opt. Cit*., BEN HAMIDA (W.), « La dénonciation du CIRDI », p. 114.
[153] *Idem*.
[154] Cinquième sommet de l'ALBA, au Venezuela ; Voir Alba press, publié le 30 avril 2007, http://www.alternativabolivariana.org.
[155] *Treaty of the Union of South American Nations*, dont le Traité constitutif a été signé le 23 Mai 2008 dont l'objet est d'assurer une meilleure intégration économique de l'Amérique Latine.

arbitrage régional sous les auspices de l'UNASUR. Plus récemment en octobre 2009[156], un groupe de travail est instruit de créer un centre en remplacement du CIRDI[157].

89. Mis-à-part cette hypothèse hypothétique, les TBI conclus par l'Equateur et la Bolivie contiennent le consentement de cet Etat en faveur d'autres modes de règlement des différends, arbitrage CCI, les règles de la CNUDCI (…). Ces modes de règlements restent à la disposition des investisseurs pour encore de très longues années. Il reste donc, malgré ces dénonciations un choix de forum en faveur de l'investisseur privé. Ainsi, pour l'Equateur, sur 19 TBI, 13 proposent l'alternative du CIRDI.

90. *Troisièmement*, ce recul de l'Amérique Latine face au CIRDI semble témoigner d'un regain pour la doctrine CALVO.

91. En effet, c'est dans le courant des années 1980 que les succès les TBI s'exportent dans les pays de l'Amérique Latine, contenant donc des clauses de règlement des différends. Ce phénomène est le reflet de l'abandon de la clause *Calvo*[158]. La clause Calvo, du nom de l'éminent juriste argentin, Carlos Calvo (1824-1906) qui l'a inventée, a longtemps dominé les débats consacrés à la règle des recours internes et a été décrite en 1955 comme « l'une des questions les plus controversées de la diplomatie et de la jurisprudence internationale contemporaines »[159]. C'est une clause selon laquelle tout litige entre un Etat et un investisseur privé est de la seule compétence des tribunaux internes et doit être jugé selon le droit de l'Etat d'accueil, sans internationalisation du différend par le biais de la protection diplomatique. Il y a une limitation « exclusive » aux recours judiciaires internes[160].

92. Les manifestations d'hostilités des Etats Latino-américains à l'égard de l'arbitrage international semblent redonner vie à la doctrine Calvo (bien que la jurisprudence internationale récente se prononce à faveur de la nullité de telles clauses[161]). En effet, comme nous avons pu le voir précédemment dans notre sujet, la Bolivie modifie sa Constitution en

---

[156] Declracion de la VII Cumbre del ALBA, Cochabamba, Bolivia, 17 octobre 2009, disponible sur : http://www.Alternativabolivariana.org/images/declaracionVIIumbrealba-.tcp.pdf .

[157] *Opt. Cit*. BLACKABY (N.), « ICSID Withdrawal: a Storm in a Teacup », *Les Cahiers de arbitrage*, p. 59.

[158] LEBEN (C.), « L'évolution du droit international des investissements », Octobre 2000, 7 p. spéc. p. 4 disponible sur : http://www.jurispolis.com/dt/mat/dt_invts.html.

[159] SHEA (D. R.), *The Calvo Clause: A Problem of International Law and Diplomacy*, 1955, p. 6.

[160] Commission du Droit International (C.D.I.), Rapport sur la protection diplomatique, 16 avril 2002, A/CN.4/523/Add.1, page 2 ; FREEMAN (V. A.), « Recent Aspects of the Calvo Doctrine and the Challenge to International Law », 1946, *A.J.I.L*, p. 130. ; GARCIA-AMADOR (F. V.), « Calvo Doctrine, Calvo Clause », *in Encyclopaedia of Public International Law*, 1992, p. 522 ; SCHWARZENBERGER (G.), *International Law*, vol. 1 (International Courts), 3 éd., 1957, p. 150 ; SHEA (D. R.), *Idem.*

[161] *Opt. Cit*., ALDMOUR (A.), « L'avenir de l'arbitrage de la protection des investissements dans les contentieux des contrats internationaux de construction », p. 8.

2009, est témoigne d'un contrôle étatique accrut, notamment en matière de contentieux relatifs à l'hydrocarbure[162], où il est impossible de recourir à des juridictions autres qu'internes, de même il y a une interdiction de recourir à la protection diplomatique. Cette phase de transition semble se manifester par une tentative d'*internalisation* du contentieux de l'arbitrage. En outre, cette clause fait partie de « l'identité » de l'Amérique latine[163]. Notons que cette résurgence de la doctrine Calvo en Bolivie n'est possible que dans la mesure où la Bolivie n'est plus partie à la Convention.

93. Enfin, il s'agit davantage d'une Amérique Latine en crise, qu'une crise du CIRDI en lui-même.

* *
*

[162] Voit l'article 366 de la nouvelle Constitution bolivienne précitée.
[163] *Opt. Cit*. SHEA (D. R.), p. 270-279.

Bibliographie

Manuels

COMBACAU (J.), SUR (S.), *Droit international public*, éd. Montchrestien, Paris, 2004, 8ème éd.,. 818 p.

CARREAU (D.), JUILLARD (P.), Droit international économique, éd. Dalloz, p. 744 p.

SANTULLI (C.), *Droit du contentieux international*, éd. Montchrestien, Paris, 2005, p. 584 p.

VERHOEVEN (J.), *Droit international public*, Bruxelles, éd. Larcier, 2000, 856 p.

Ouvrages

HORCHANI (F.), *CIRDI 45 ans après, bilan d'un système*, Actes du Colloques de Tunis, 11, 12 et 13 mars 2010, Paris, éd. Pedone, 446 p.

LALIVE (P.), « Le respect du droit international des droits acquis », Cours Institut des Hautes Etudes Internationales, Paris, 1967-1963.

Thèse

BEN HAMIDA (W.), *L'arbitrage transnational unilatéral*, Université Paris II, Thèse 2003, 728 p.

Articles

ALDMOUR (A.), « L'avenir de l'arbitrage de la protection des investissements dans les contentieux des contrats internationaux de construction », 38 p., spéc. p. 17, disponible sur le lien suivant : http://slconf.uaeu.ac.ae/papers/CONF18/%D8%AC3%20%D8%A7%D9%86%D9%83%D9%84%D9%8A%D8%B2%D9%8A/18-%20Dr_%20Abdullah%20M_%20ALDMOUR.pdf.

BEN HAMIDA (W.), « La dénonciation du CIRDI », *in* HORCHANI (F.), *CIRDI 45 ans après, bilan d'un système*, Actes du Colloques de Tunis, 11, 12 et 13 mars 2010, Paris, éd. Pedone, pp. 109-138.

BLACKABY (N.), « ICSID Withdrawal: a Storm in a Teacup », *Les Cahiers de arbitrage*, p. 45-61.

CASTRO DE FIGUEIREDO (R.), « Euro Telecom v. Bolivia : The denunciation of the ICSID Convention and de ICSID Arbitration under BITs », *Transnational Dispute. Management*, 2008.

DERAINS (Y.), « L'impact des accords de protection des investissements sur l'arbitrage », *Gazette du Palais*, 29 Avril 2001, spécial arbitrage, *Recueil mai-juin 2001*, pp. 631-635.

DUPUY (P.-M.), « Les émanations engagent-elles les responsabilité des Etats ? Etude du droit international des investissements », *European University Intitute*, Working Paper, LAW No. 2006/07, 15 p.

ESCOBAR (A.), « The Bolivia Exposes 'Critical Date' Ambiguity », Global Arb. Rev., 2007, p. 17 et s.

EL-AHDAB (J.), « Les institutions arbitrales alter,natives au CIRDI et les arbitrages d'investissements » *in* HORCHANI (F.), *CIRDI 45 ans après, bilan d'un système*, Actes du Colloques de Tunis, 11, 12 et 13 mars 2010, Paris, éd. Pedone, pp. 177-212.

FOURET (J.), « Denunciation of the Washington Convention and non-contractual investment arbitration : manufacturing consent to ICSID Arbitration ? », *Journal of International Arbitration*, Kluwer Law International 2008, volume 25, pp. 71-87.

GAILLARD (E.), « The Denunciation of the Washington of the ICSID Convention, *Transnational Dispute Management*, Vol. 4, septembre 2007, 5p.

GARIBALDI (O. M.), « On the denunciation of the ICSID Convention Consent to ICSID Jurisdiction, and the Limits of tne Contracts analogy, in *International investment Law for the 21st Century*, Essay in Honor of Christoph Schreur, Oxford University Press 2009.

HORCHANI (F.), « Rapport Introductif » *in* HORCHANI (F.), *CIRDI 45 ans après, bilan d'un système*, Actes du Colloques de Tunis, 11, 12 et 13 mars 2010, Paris, éd. Pedone, pp. 17-39.

KAUFMANN-KOHLER (G.), « L'arbitrage d'investissement : entre contrat et traité – entre intérêts privés et intérêts publics », Conférence prononcée le 24 juin 2004 au centre d'arbitrage libanais à Beyrouth, p. 4. Article disponible sur : http://www.lk-k.com/data/document/arbitrage-investissement-entre-contrat-traite-entre-interets-prives-interet-public-i.e.pdf.

KURTZ (J.), « Aguas del Tunari v. Bolivia », *Transnational Dispute Management*, Vol. 4, septembre 2007, 3 p.

LABINI (H.), SARSAR (I.), « La clause de la nation plus favorisée et la compétence du CIRDI » *in* HORCHANI (F.), *CIRDI 45 ans après, bilan d'un système*, Actes du Colloques de Tunis, 11, 12 et 13 mars 2010, Paris, éd. Pedone, pp. 93-107.

LEBEN (C.), « Théorie du contrat d'Etat et l'évolution du droit international des investissements », *R.C.A.D.I.* 2003, vol. 302, pp. 197-386.

LEBEN (C.), « La responsabilité internationale de l'Etat sur le fondement des traités bilatéraux de promotion et de protection des investissements », *A.F.D.I.*, 2004, 683-714.

LEBEN (C.), « L'évolution du droit international des investissements », Octobre 2000, 7 p. spéc. p. 4 disponible sur : http://www.jurispolis.com/dt/mat/dt_invts.html

MAYER (P.), « Les arbitrages CIRDI en matière d'eau », *in* Colloque d'Orléans du 3 au 5 juin 2010, *S.F.D.I.*, Paris, éd. Pedone, 2011, pp. 163-183.

MAYER (P.), « *Contract claims* et clauses juridictionnelles des traités relatifs à la protection des investissements », *J.D.I.* 2009, pp. 72-96.

MANCIAUX (S.), « La Bolivie de retire du CIRDI », *revue de l'arbitrage*, 2007, 6 p.

MANTILLA-SERANO (F.), « The effet of Bolivia's Withdrawal from the Washington Convention : is a BIT-Based ICSID Jurisdiction Forclosed, *Mealy's Int. Arbitration Rep*. 2007. 15 p.

MCLLWRATH (M.), SAVAGE (J.), « Chapter seven: ICSID and investment Treaty Arbitration », *Kluwer Law international*, 367-387.

NOUVEL (Y.), « l'Amérique Latine et le droit international des investissements », Conférence organisée par l'association E.L.A.D.I., 2011, Paris (Maison de l'Amérique Latine).

SCHREUER (C.), « Part IV chapter 15 : denunciation if the ICSID Convention and Consent to arbitration », *in* Michael Waibel, Asha Kaushal, et al. (eds), The Blacklash against Investment Arbitration, 2010, pp. 353-368.

SCHREUER (C.), The ICSID Convention: a commentary on the Convention on the Settlement of Investment Disputes, Cambridge University Press, 2009, 1 vol. LXVII-1524 p.

VALLES (P.), « Caractères et techniques du droit international public économique », Paris, Institut des Hautes Etudes internationales, Paris, 1967-1963.

Opinions individuelles

Expert opinion by Allain Pellet, *E.T.I. Euro Telecom International N.V. c/ Republic of Bolivia*, ICSID Case No. ARB/07/28.

Expert opinion by Christoph Schreuer, *E.T.I. Euro Telecom International N.V. c/ Republic of Bolivia*, ICSID Case No. ARB/07/28.

Sites

http://icsid.worldbank.org.

http://www.latinarbitrationlaw.com.

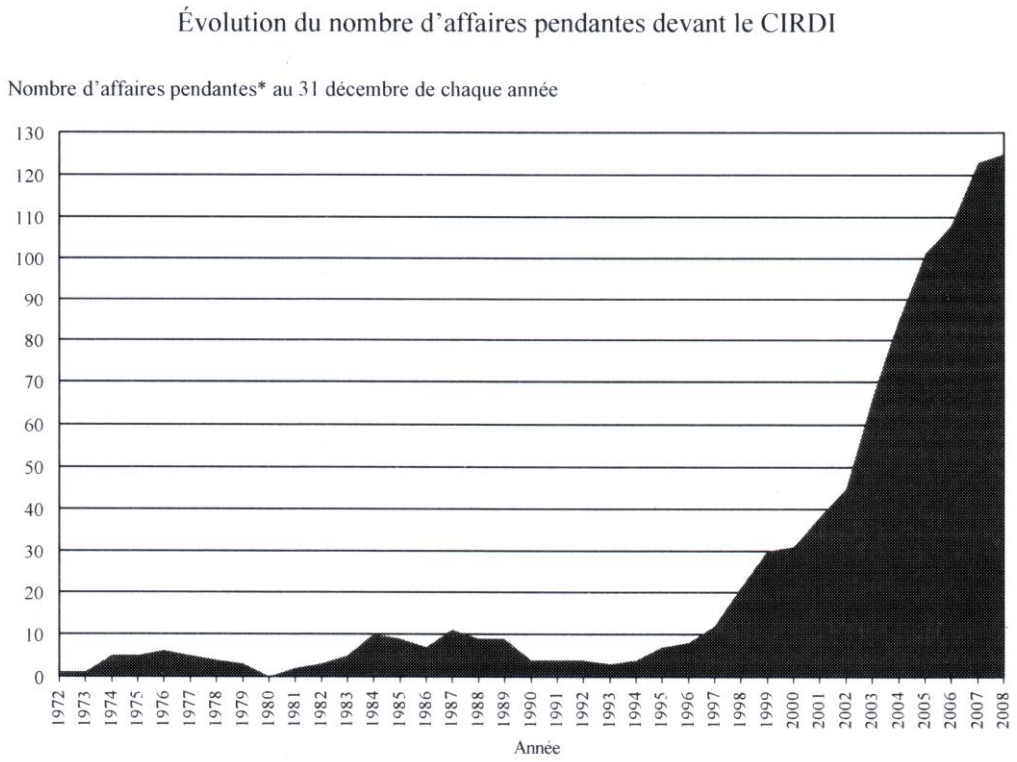
http://www.alternativabolivariana.org.

Document officiel

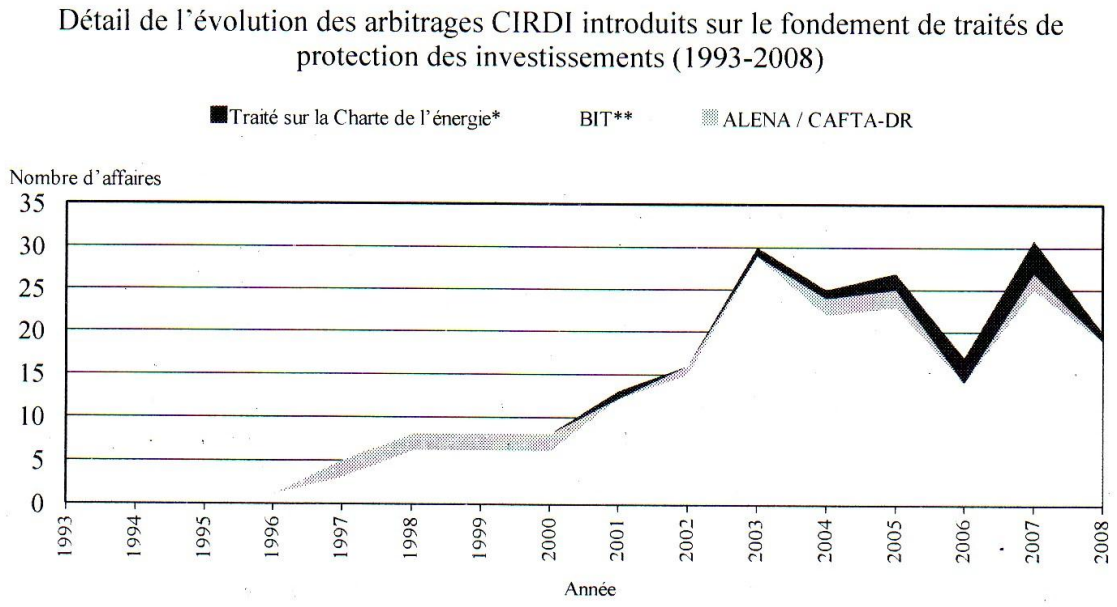
Commission du Droit International (*C.D.I.)*, Rapport sur la protection diplomatique, 16 avril 2002, A/CN.4/523/Add.1,

Annexes 1

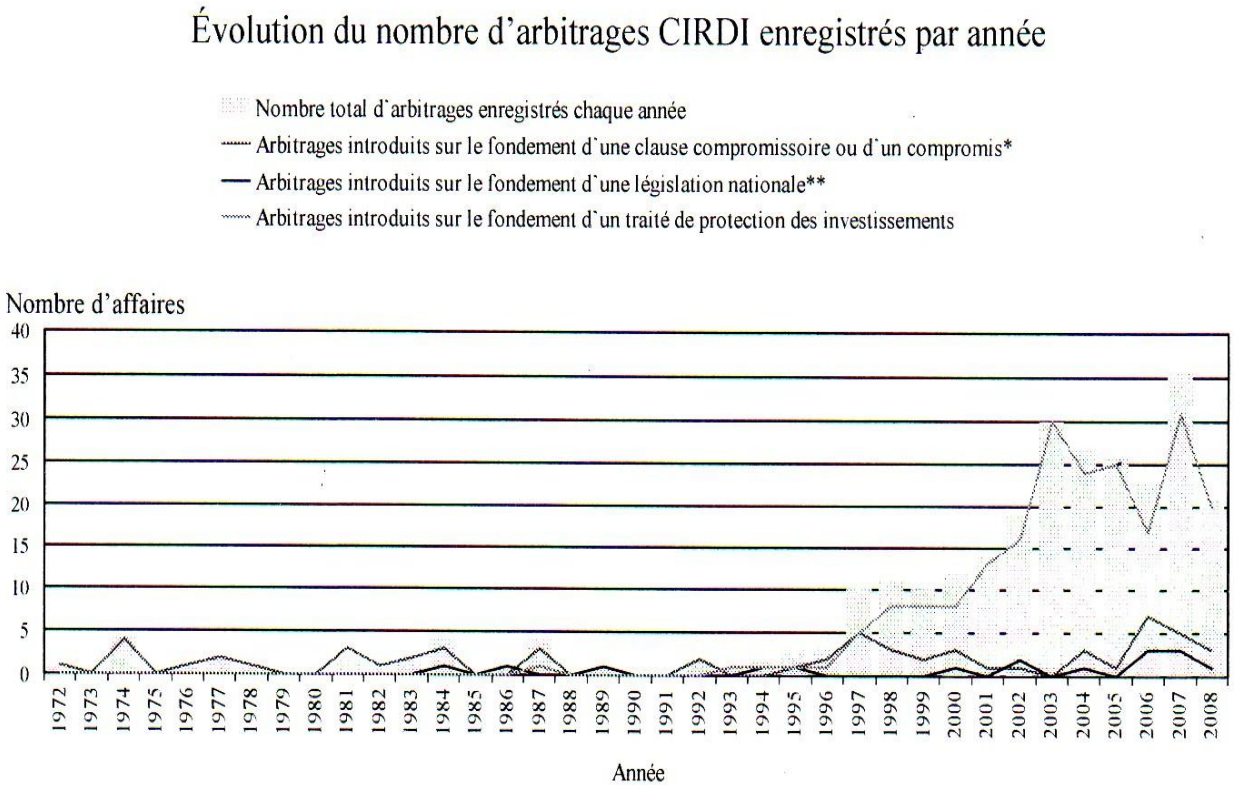
Document 1



Document 2



Document 3


Évolution du nombre d'arbitrages CIRDI enregistrés par année
Nombre total d'arbitrages enregistrés chaque année
Arbitrages introduits sur le fondement d'une clause compromissoire ou d'un compromis*
Arbitrages introduits sur le fondement d'une législation nationale**
Arbitrages introduits sur le fondement d'un traité de protection des investissements
Nombre d'affaires
40
35
30
25
20
15
10
5
0
1972
1973
1974
1975
1976
1977
1978
1979
1980
1981
1982
1983
1984
1985
1986
1987
1988
1989
1990
1991
1992
1993
1994
1995
1996
1997
1998
1999
2000
2001
2002
2003
2004
2005
2006
2007
2008
Année

Annexes 2

Convention de Washington du 18 Mars 1965

Article 25-1 :

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

Article 71 :

« Tout Etat contractant peut dénoncer la présente Convention par notification déposée au dépositaire (la Banque Mondiale), de la présente Convention. La dénonciation prend effet 6 mois après ladite notification ».

Article 72 :

« Aucune notification par un Etat contractant en vertu des articles 70 et 71 ne peut porter atteinte aux droits et obligations dudit Etat, d'une collectivité publique ou d'un organisme dépendant de lui ou d'un de ses ressortissants, aux termes de la présente Convention qui découlent d'un consentement à la compétence du Centre donné par l'un d'eux antérieurement à la réception de ladite notification par le dépositaire ».