

La Dénonciation de la Convention Cirdi en Amérique Latine: Significations et Conséquences

WALID BEN HAMIDA

Mestre em direito pela Universidade de Tunis e Doutor em arbitragem de investimentos pela Universidade Panthéon-Assas (Paris II), Maître de Conférences na University of Evry Val-D'Essonne and Sciences Po, em Paris, Advogado e Conselheiro Legal em Leis Arabes e Organizações Internacionais como a FAO, UNCTAD e IDLO, Direito Internacional e Resolução de Disputas e Arbitragem entre Investidores e Estados.

RÉSUMÉ: Le 2 mai 2007, le Cirdi a reçu une notification écrite par laquelle la République de Bolivie décide de dénoncer la Convention sur le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États (Convention du Cirdi). Une année plus tard, le 6 juillet 2009, le Cirdi a reçu une autre notification de dénonciation de la République de l'Équateur. Certains États ont dénoncé des traités d'investissement qui renvoient à l'arbitrage du Cirdi. Cet article explore la signification juridique et politique de ces dénonciations et leurs conséquences.

ABSTRACT: On May 2, 2007, the ICSID received a written notice of denunciation of the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States (the ICSID Convention) from the Republic of Bolivia. One year later, on July 6, 2009, the ICSID received another notification of denunciation from the Republic of Ecuador. Besides, some states decided to denounce some investment treaties that provide for ICSID arbitration. This article explores the legal and political signification of the denunciation of the Washington Convention *stricto sensu* and investment treaties and the consequences of such denunciations.

SUMMARY: Introduction; I – La dénonciation de la Convention Cirdi; A) La signification politique de la dénonciation; B) La portée juridique de la dénonciation; II – La dénonciation des clauses Cirdi dans les traités d'investissement; Conclusion.

INTRODUCTION

1. Le 2 mai 2007, le Cirdi a annoncé qu'il avait reçu de la Bolivie une notification par laquelle cet Etat dénonçait la Convention de Washington¹. La décision bolivienne intervient deux jours après le sommet de l'Alba (*Alternativa Bolivariana para las Américas*)², du 29 avril 2007. Lors de ce sommet, le Venezuela et la Bolivie ont annoncé qu'ils avaient l'intention de dénoncer la Convention de Washington et mettre fin à leur participation au

1 Une copie de la lettre de dénonciation peut être consultée sur le site du Ministère bolivien des affaires étrangères à l'adresse: <<http://www.rree.gov.bo/inicio.htm>>.

2 L'Alba comprend la Bolivie, Cuba, Nicaragua, Venezuela et l'Équateur.

Cirdi. L'Alba était proposée par le Venezuela pour se substituer au projet de l'accord sur la zone de libre échange des Amériques (ZLEA) promu par les Etats-Unis³.

Lors de ce sommet, le Président de la Bolivie, Morales 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"*. Le Président Morales a aussi vivement invité le Nicaragua à quitter le Cirdi. Le Président vénézuélien Chávez, quant à lui, a demandé aux Etats d'Amérique Latine de créer leur propre système de règlement des différends entre Etats et investisseurs. C'est la première fois dans l'histoire de la Convention, 45 ans après son entrée en vigueur, qu'un Etat dénonce la Convention Cirdi.

2. Le 6 juillet 2009, la Banque Mondiale a reçu une seconde notification de dénonciation de la Convention Cirdi par la République de l'Équateur⁴. La dénonciation de l'Équateur a été précédée d'une notification, le 4 décembre 2007, en application de l'article 25 (4), dans laquelle cet Etat a exclu de la compétence du Cirdi les litiges relatifs à des investissements dans le secteur des ressources naturelles. En application de l'article 25 (4) de la Convention de Washington:

Tout Etat contractant peut, lors de sa ratification, de son acceptation ou de son approbation de la Convention ou à toute date ultérieure, faire connaître au Centre la ou les catégories de différends qu'il considérerait comme pouvant être soumis ou non à la compétence du Centre. Le Secrétaire Général transmet immédiatement la notification à tous les Etats contractants. Ladite notification ne constitue pas le consentement requis...

La valeur, les effets et l'étendue de cette notification ont soulevé plusieurs controverses⁵. On souligne que dans la décision *PSEG c. Turquie*, un tribunal arbitral Cirdi, s'agissant d'une notification turque sur le fondement du même article a affirmé que de telle déclaration: *"Is simply an instrument that allows States to express questions of policy to which they are not bound and that do not create rights for the other parties. It is a matter of information, normally resorted to for domestic needs"*⁶.

L'Équateur a également dénoncé une dizaine de TBI. Certains de ces traités contiennent des clauses d'arbitrage qui se réfèrent au Cirdi. La presse

3 Sur ce projet, voir l'adresse: <http://www.ftaa-alca.org/alca_e.asp>.

4 <<http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=OpenPage&PageType=AnnouncementsFrame&FromPage=Announcements&pageName=Announcement20>>.

5 Voir ainsi les débats consécutifs à cette notification sur le réseau OGEMID.

6 ICSID ARB/02/5 Décision sur la compétence, 4 juin 2004, §144, disponible sur le site <<http://ita.law.uvic.ca/documents/psegdecision.pdf>>.

économique internationale rapporte aussi que le Venezuela a décidé de mettre fin à son TBI avec les Pays Bas qui avait été invoqué dans plusieurs affaires comme fondement à la compétence du Cirdi⁷.

3. Cette actualité montre qu'il y a deux phénomènes qui sont intimement liés qui méritent d'être analysés. D'une part, la dénonciation de la Convention de Washington *stricto sensu* (Partie I). D'autre part, la dénonciation des traités d'investissement qui se réfèrent à l'arbitrage Cirdi (Partie II).

I – LA DÉNONCIATION DE LA CONVENTION CIRDI

4. La dénonciation de la convention de Washington est une décision qui a une double portée, politique et juridique. Sa signification politique (A) sera examinée en premier lieu. Les problèmes juridiques qu'elle pose seront traités en second lieu (B).

A) LA SIGNIFICATION POLITIQUE DE LA DÉNONCIATION

5. Sur un plan politique, la dénonciation de la Convention de Washington montre l'hostilité de certains pays d'Amérique Latine au système du Cirdi et au droit actuel des investissements.

6. Le Président Morales explique la décision de la Bolivie de dénoncer la Convention de Washington en affirmant

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?⁸

Le rejet par la Bolivie de l'arbitrage relatif aux investissements se confirme à la lecture de la nouvelle Constitution bolivienne adoptée par référendum le 25 janvier 2009. Cette constitution renforce le contrôle étatique de l'économie. Elle réaffirme la politique de nationalisation décidée par le gouvernement dans les secteurs énergétique ou des télécoms. L'article

7 En février 2008, au Venezuela, l'Assemblée nationale a demandé au Président Chavez de dénoncer la Convention de Washington. En outre, en avril 2008, le Procureur de la République du Nicaragua a affirmé que cet Etat envisageait la possibilité de dénoncer la Convention CIRDI. Mais aucune démarche officielle en ce sens n'a été prise dans ces deux pays.

8 Evo Morales, Président de la Bolivie, <<http://www.cadtm.org/CIRDI-Telecom-Italie-Bas-les>>.

366 interdit le recours à l'arbitrage, ou même le recours à la protection diplomatique, pour régler les litiges relatifs à des investissements dans le secteur des hydrocarbures. Ces litiges, selon la Constitution, doivent être soumis aux juridictions étatiques locales⁹. Bien plus, le même article oblige tout investisseur étranger opérant dans ce secteur à respecter la souveraineté de l'Etat, les lois nationales et l'autorité publique¹⁰.

7. De même, en Equateur, la nouvelle Constitution, votée par référendum, le 26 septembre 2008¹¹, témoigne de cette hostilité. L'article 422¹² interdit à l'Etat de conclure des traités internationaux contenant des clauses de règlements des différends conférant à l'arbitrage le règlement des litiges opposant l'Etat à des personnes privées étrangères.

8. Le 25 juin 2009, lors d'une réunion organisée par certaines ONG à l'occasion du sommet des Nations-Unis sur la crise économique et financière et ses effets sur le développement¹³, le Président équatorien revient sur les causes de la dénonciation en affirmant:

Le système du Cirdi s'occupe du capital plutôt que des droits des personnes. Si quelqu'un a commis une violation des droits de l'homme dans un pays latino-américain, il doit avant d'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 du Cirdi est aussi absurde car les sociétés internationales peuvent contester la validité des lois nationales devant un tribunal international. C'est la "dictature du capital".

M. Correa a proposé une nouvelle architecture financière régionale pour l'Amérique Latine sur la base des trois piliers: une Banque de

9 La Constitution est disponible sur ce site <<http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Bolivia/bolivia09.html>>.

10 Artículo 366. "Todas las empresas extranjeras que realicen actividades en la cadena productiva hidrocarburífera en nombre y representación del Estado estarán sometidas a la soberanía del Estado, a la dependencia de las leyes y de las autoridades del Estado. No se reconocerá en ningún caso tribunal ni jurisdicción extranjera y no podrán invocar situación excepcional alguna de arbitraje internacional, ni recurrir a reclamaciones diplomáticas".

11 Cette Constitution peut être consultée sur ce site <<http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Ecuador/ecuador08.html>>.

12 Art. 422. "No se podrá celebrar tratados o instrumentos internacionales en los que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, en controversias contractuales o de índole comercial, entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas. Se exceptúan los tratados e instrumentos internacionales que establezcan la solución de controversias entre Estados y ciudadanos en Latinoamérica por instancias arbitrales regionales o por órganos jurisdiccionales de designación de los países signatarios. No podrán intervenir jueces de los Estados que como tales o sus nacionales sean parte de la controversia. En el caso de controversias relacionadas con la deuda externa, el Estado ecuatoriano promoverá soluciones arbitrales en función del origen de la deuda y con sujeción a los principios de transparencia, equidad y justicia internacional".

13 <<http://www.un.org/ga/econcrisissummit/events.shtml>>.

développement du Sud, la mise en commun des réserves de devises entre les pays latino-américains et une monnaie commune¹⁴.

9. Un document préparé par des ONG distribués lors de ce sommet, qu'on trouve sur plusieurs site et forum d'ONG, expliquent les causes de l'hostilité à l'égard du Cirdi en ces termes¹⁵:

- *Le Cirdi est un tribunal arbitral supranational, au-dessus des nations, des gouvernements... C'est un système juridique qui accorde aux multinationales des "super pouvoirs", exercés aux dépens des droits des citoyens, des peuples indigènes, du droit au développement, du droit à la vie et à l'eau.*
- *Le Cirdi est un mécanisme complètement déséquilibré et partial en faveur des multinationales:* Les raisons qui fondent les sentences Cirdi sont strictement d'ordre commercial. Aucun autre droit ne peut être évoqué, comme par exemple le droit au développement, à la protection des services publics, etc. Sur les 232 cas examinés par le Cirdi, 231 sont portés au tribunal par des multinationales. La seule chose qui peut arriver à un Etat face à ce tribunal, c'est de ne pas payer ou payer moins, jamais une entreprise n'a du indemniser un Etat. Il s'agit d'une sorte de "justice divine" particulièrement vicieuse parce que les mécanismes d'appel manquent et parce que les jugements sont définitifs.
- *Le Cirdi est antidémocratique parce qu'il délibère en secret et sans rendre des comptes à personne.* Il y a de sérieux problèmes d'éthique et de conflits d'intérêts. Dans ce monde réduit d'arbitrage international de protection des investissements, il y aurait peut-être 3.000 avocats spécialisés en ce domaine. Ils se connaissent tous. Ils déjeunent ensemble. Ils ont fréquentés les mêmes universités. Ils vont en vacances ensemble. Ils organisent des conférences dans les meilleurs hôtels à Bangkok, New York, etc. C'est une tribu. Une même personne peut à un moment apparaître comme avocat d'une entreprise, et en même temps d'un Etat. Elle peut aussi statuer comme membre du tribunal arbitral, en tant que juge. On a même vu la même personne être membre d'un tribunal arbitral dont les décisions avaient des

14 Cité par Michael Ottolenghi, Courriel du 26 juin 2009, sur OGEMID, "*Panel Discussion Today (Thursday) at UN Featuring President Correa of Ecuador and President Morales of Bolivia*".

15 Le document intitulé "People's Rights Before Corporate Profits" Join the campaign to close ICSID (International Center for Settlement of Investors Disputes) peut être consulté sur ce site <<http://www.grupospurrier.com/sp/html/noticias/ciadi-2009-06-30.php>>.

conséquences sur les autres affaires pour lesquels cette personne assure la défense d'une partie. Va-t-il prendre ici des décisions qui défavoriseraient ses argumentations en tant qu'avocat? Ce type de conflits d'intérêts est très fréquent, les arbitres sont juge et partie. Il n'y a pas de normes éthiques au Cirdi. Une fois l'arbitre est choisi, on ne peut plus le contrôler. Il a de larges marges de manœuvre. Il décide en toute liberté car la jurisprudence est libre.

- *Le Cirdi coûte très cher aux Etats pauvres, c'est un mécanisme pour plumer, ruiner et dépouiller les Etats.*
- *La double peine existe devant le Cirdi.* Une fois jugée dans une affaire, un sujet, ne peut pas être condamné de nouveau pour la même chose, mais dans le cas du Cirdi, un Etat peut être condamné plusieurs fois pour le même acte. Souvent, dans les affaires, il y a des sociétés où un, deux ou trois actionnaires sont l'un anglais, l'autre français et le dernier italien. L'italien peut aller devant le tribunal. S'il ne gagne pas, alors le Français peut s'y mettre à son tour pour la même histoire, et parfois devant le même tribunal; parce que c'est un autre demandeur.

10. Il ne faut pas cependant exagérer la portée de cette hostilité. Il y a seulement deux pays géographiquement et politiquement proches qui ont dénoncé la Convention de Washington. Les arguments invoqués par des ONG relèvent plutôt de la propagande et d'une méconnaissance du système. Il est très révélateur de constater que ces dénonciations n'ont pas encouragé les Etats à quitter le Cirdi. Les dénonciations en série¹⁶, d'abord, au niveau du continent sud américain, puis éventuellement ailleurs, n'ont pas eu lieu. Il y a aujourd'hui 155 Etats qui ont signé la Convention de Washington et 144 l'ont ratifiée. Même après les dénonciations bolivienne et équatorienne le système du Cirdi demeure un système attractif. Le 29 juin 2009 Kosovo a signé la Convention du Cirdi. Le 27 octobre 2009, Haïti a ratifié cette Convention de Washington. Le Cirdi demeure ainsi le mécanisme arbitral le plus utilisé. Au 31 décembre 2009, le Cirdi avait enregistré 305 affaires (271 sous la convention, 28 mécanismes supplémentaires et 6 affaires de conciliation). Les nouvelles modifications portant sur le règlement arbitral, ont renforcé la transparence des procédures, l'efficacité du système et la rapidité des instances.

16 Sebastien Manciaux, La Bolivie se retire du Cirdi, *Revue de l'arbitrage* 2007, p. 356.

B) LA PORTÉE JURIDIQUE DE LA DÉNONCIATION

11. Sur le plan juridique, les effets de la dénonciation soulève des controverses très difficiles à résoudre¹⁷. Il y a essentiellement deux questions: la notion de consentement protégé contre la dénonciation et la date de ce consentement.

12. Avant d'examiner ces deux questions, il convient de souligner que le mécanisme de dénonciation des traités a été prévu par la Convention de Vienne. L'article 54 prévoit "L'extinction d'un traité ou le retrait d'une partie peuvent avoir lieu: a) Conformément aux dispositions du traité; ou b) À tout moment, par consentement de toutes les parties, après consultation des autres Etats contractants".

13. Le mécanisme de la dénonciation de la Convention de Washington est expressément prévu par l'article 71 de la Convention qui prévoit que: "Tout Etat contractant peut dénoncer la présente Convention par notification adressée au dépositaire de la présente Convention. La dénonciation prend effet six mois après réception de ladite notification". Tout Etat qui souhaite quitter le système du Cirdi doit notifier son intention au dépositaire de la Convention, c'est-à-dire la Banque Mondiale¹⁸. La Banque doit, en vertu de l'article 75, informer tous les Etats membres de cette dénonciation¹⁹. La dénonciation est une faculté souveraine qu'un Etat peut exercer en toute liberté. Aucune formalité spéciale n'est exigée. Même la forme écrite n'est pas explicitement requise. Aucune déclaration préalable d'intention n'est prévue. La motivation n'est même pas nécessaire.

17 Sur la dénonciation, voir Roberto Castro de Figueiredo, *Euro Telecom v. Bolivia: The Denunciation of the ICSID Convention and ICSID Arbitration under BITs*, *Transnat'l Disp. Mgmt* 2008; Alejandro A. Escobar, *Bolivia Exposes "Critical Date" Ambiguity*, 2(3) *Global Arb. Rev.* 2007, p. 17; Julien Fouret, *Denunciation of the Washington Convention and Non-contractual Investment Arbitration: "Manufacturing Consent" to Arbitration?*, *J. of Int'l Arb.* 2008, p. 25; Emmanuel Gaillard, *The Denunciation of the ICSID Convention*, *Transnat'l Disp. Mgmt.* (2007); Oscar M. Garibaldi, *On the Denunciation of the ICSID Convention, Consent to ICSID Jurisdiction, and the Limits of the Contract Analogy*, in *International Investment Law for the 21st Century, Essays in Honour of Christoph Schreuer* (C. Binder, U. Kriebaum, A. Reinisch & S. Wittich eds., 2009), Oxford University Press 2009, p. 251; Fernando Mantilla-Serrano, *The Effect of Bolivia's Withdrawal From The Washington Convention: is a BIT-Based ICSID Jurisdiction Foreclosed?* *Mealy's Int. Arbitration Rep.* 2007, p. 39; Michael D. Nolan & Frederic Sourgens, *The Interplay between State Consent to ICSID Arbitration and Denunciation of the ICSID Convention: The (Possible) Venezuela Case Study*, *Transnat'l Disp. Mgmt.* 2007; Christian Tietje, Karsten Nowrot & Clemens Wackernagel, *Onceand Forever? The Legal Effect of a Denunciation of ICSID*, *Transnat'l Disp. Mgmt.* 2008; Christoph Schreuer, *Denunciation of the ICSID Convention and Consent to Arbitration*, in *The Backlash against Investment Arbitration: Perceptions and Reality* (Michael Waibel, Asha Kaushal, Kyo-Hwa Liz Chung, and Claire Balchin eds., 2010), Kluwer Law International, p. 353; Nigel Blackaby, *ICSID Withdrawal: A Storm in a Teacup*, *Les Cahiers de l'Arbitrage-The Paris Journal of International Arbitration*, 2010, p. 45.

18 "Art. 73. Les instruments de ratification, d'acceptation ou d'approbation de la présente Convention et de tous amendements qui y seraient apportés seront déposés auprès de la Banque, laquelle agira en qualité de dépositaire de la présente Convention. Le dépositaire transmettra des copies de la présente Convention certifiées conformes aux Etats membres de la Banque et à tout autre Etat invité à signer la Convention."

19 "Art. 75. Le dépositaire donnera notification à tous les Etats signataires des informations concernant: [...] les dénonciations conformément à l'article 71."

14. Cependant, au terme de l'article 71, cette dénonciation ne peut prendre effet que 6 mois après la date de réception la notification par la Banque Mondiale. Il y a donc une première précaution imaginée par les rédacteurs de la Convention de Washington qui concerne l'avenir ou la période de l'après-dénonciation. La dénonciation ne prendra effet qu'après 6 mois commençant à courir à partir de la date de la réception. En d'autres termes, les effets de la dénonciation sont suspendus durant 6 mois, période durant laquelle l'Etat qui dénonce la Convention demeure membre entier du Cirdi.

Ce délai de suspension qui ne pourrait pas être raccourci²⁰, permet, selon un premier commentateur de la Convention Cirdi, M. Amadio, aux Etats contractants et à leurs ressortissants dûment informés, de faire valoir leurs droits avant le retrait définitif. Il doit constituer aussi un temps de réflexion durant lequel l'Etat pourrait revenir sur sa décision à la suite notamment de consultations diplomatiques avec les Etats membres ou le Secrétaire général du Cirdi ou de pressions exercés par les dirigeants de la Banque Mondiale²¹.

Si on prend l'exemple de la Bolivie, le Cirdi a reçu le 2 mai 2007, la notification écrite de dénonciation de la Convention de Washington. Cette dénonciation "prend effet six mois après réception de ladite notification". En conséquence, le communiqué du Cirdi prévoit que la dénonciation de la Bolivie prendra effet le 3 novembre 2007. Pour l'Equateur, la Banque Mondiale a reçu la notification écrite de dénonciation le 6 Juillet 2009. Conformément à l'article 71 de la Convention du Cirdi, la dénonciation prendra effet six mois après la réception de l'avis de l'Equateur, c'est-à-dire, le 7 janvier 2010.

15. La Convention de Washington établit un mécanisme de conciliation et d'arbitrage auxquels les parties peuvent se référer en concluant des clauses d'arbitrage ou en exprimant des offres d'arbitrages dans des lois nationales ou dans des conventions internationales d'investissement. Pour protéger ces consentements, il y a une seconde précaution qui concerne le passé ou la période d'avant dénonciation. En effet, selon l'article 72,

Aucune notification par un Etat contractant en vertu de [l'article 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.*(souligné par nous)

20 On peut se demander si l'Etat peut prolonger ce délai en fixant par exemple une période supérieure à 6 mois pour déterminer la prise d'effet de sa dénonciation. Cette possibilité doit être, à notre avis, admise car elle n'affecte pas les intérêts des autres membres et des investisseurs.

21 Mario Amadio, *Le contentieux international de l'investissement privé et la Convention de la Banque Mondiale du 18 Mars 1965*, Paris, LGDJ, 1967, p. 68.

L'article 72 concerne la survie des droits et des obligations de l'Etat qui dénonce, l'une de ses entités publiques ou l'un de ses ressortissants qui découlant d'un consentement exprimé antérieurement à la réception de la notification. Ces droits et ces obligations doivent être protégés malgré la dénonciation. En d'autres termes, la dénonciation ne doit pas avoir un effet rétroactif. Elle ne doit pas affecter les engagements découlant *"d'un consentement à la compétence du centre donné par l'un d'eux antérieurement à la réception de ladite notification par le dépositaire"*. Il a été même souligné que

la Convention de Washington va beaucoup plus loin que les décisions judiciaires les plus favorables à la continuation de la compétence puisque toutes envisagent le problème après la saisine de l'organe juridictionnel alors que dans la Convention, il s'agit du consentement donnée à la compétence du centre qui peut- être très antérieure à la saisine en cas de litige éventuel.²²

Le consentement à la compétence du Cirdi exprimé avant la réception de la notification de la dénonciation est maintenu et protégé. Cette clause de survie, cependant n'est pas facile à interpréter.

16. La difficulté majeure provient du fait que l'article 72 ne définit pas la notion de consentement protégé. Que signifie le terme consentement à la compétence du Cirdi donné par l'Etat, d'une collectivité publique ou d'un organisme dépendant de lui ou d'un de ses ressortissants? S'agit-il nécessairement d'un accord, c'est-à-dire d'un acte bilatéral impliquant un échange des acceptations, ou est-ce qu'un engagement unilatéral de consentir à la compétence du Cirdi constitue le consentement prévu dans l'article 72? Le consentement, découle-il seulement de la rencontre de deux volontés ou peut résulter seulement d'une offre ou d'une déclaration unilatérale se référant au Cirdi? L'offre d'arbitrage constitue-t-elle, à elle seule, un consentement qui doit être maintenue et protégée au sens de l'article 72?

La première difficulté que pose l'article 72 est donc d'identifier le consentement qui doit être protégé et qui survit après la dénonciation.

a) La notion de consentement protégé contre la dénonciation

17. Si on considère que seul l'accord des parties est constitutif d'un consentement au sens de l'article 72, cela veut dire qu'une offre d'arbitrage non acceptée ne peut pas survivre après la dénonciation. En revanche, si le

22 Robert Kovar, La compétence du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements, in *Investissements Etrangers et Arbitrage entre Etats et Personnes Privées, La Convention B.I.R.D. du 18 Mars 1965*, Centre de Recherche sur le Droit des Marchés et des Investissements Internationaux de la Faculté de Droit et des Sciences Économiques de Dijon ed. 1969, p. 50.

consentement peut résulter de la seule offre d'arbitrage exprimée dans une loi ou dans une convention internationale, l'Etat qui dénonce est obligé de maintenir ces offres d'arbitrage après la dénonciation. L'investisseur privé peut les accepter même après la dénonciation et recourir au Cirdi tant que les instruments qui contiennent ces offres sont en vigueur.

18. En effet, l'application de l'article 72 au consentement traditionnel découlant d'un accord d'arbitrage ne pose pas énormément de problème. Ainsi un Etat ne peut pas au moyen d'une dénonciation se soustraire aux clauses d'arbitrage (clause compromissoire ou compromis) se référant au Cirdi qu'il a conclues avant la notification de la dénonciation²³. En revanche son application au consentement dissocié résultant de l'acceptation d'une offre d'arbitrage exprimée dans une convention internationale ou d'une loi nationale n'est pas sans poser des difficultés d'interprétation.

19. Deux interprétations sont possibles. Soit on considère que par consentement, l'article 72 vise l'accord, la rencontre des volontés. Dans ce cas les offres d'arbitrages non acceptées par les investisseurs privés avant la dénonciation ne peuvent pas être maintenues. Il s'agit de la théorie du consentement- accord. Soit on considère que l'article 72 vise le "consentement unilatéral". Dans cette hypothèse, les offres unilatérales d'arbitrage constituent un consentement et doivent être maintenues tant que le support qui les contient reste valable. C'est la théorie du consentement-offre ou engagement unilatéral. Que signifie alors le consentement? Un engagement unilatéral ou un accord?

20. Pour certains auteurs, le consentement visé par l'article 72 peut être unilatéral. En effet, l'article 72 se réfère seulement à l'existence d'un consentement à l'arbitrage. Il se réfère au consentement d'une seule partie et pas au consentement des deux parties. Il ne subordonne pas la survie à l'existence d'un consentement mutuel ou d'une acceptation par l'investisseur. Il n'évoque pas l'échange des consentements ou l'accord. Au contraire, l'article 72 utilise les termes "*donné par l'un d'eux*" qui confirme la nature unilatérale du consentement²⁴. Il en résulte que les offres

23 Sauf à considérer une situation de stipulation pour autrui dans laquelle, un Etat signe un contrat avec un investisseur étranger qui contient une clause d'arbitrage et prévoit une possibilité pour un tiers d'invoquer cette clause, par exemple, une société filiale ou une société affiliée. On peut se demander si la survie de cette option doit être subordonnée à l'acceptation de la clause par le bénéficiaire.

24 Il est à noter que l'article 66 qui se réfère à l'entrée en vigueur des amendements à la convention lorsque tous les Etats les ratifient contient une disposition similaire qui ne reprend pas les termes "donnés par eux". selon cet article, "1) Si le conseil administratif le décide à la majorité des deux tiers de ses membres, l'amendement proposé est distribué à tous Etats contractants aux fins de ratification d'acceptation du d'approbation. Chaque amendement entre en vigueur 30 jours après l'envoi, par le dépositaire de la présente convention, d'une notice adressée aux Etats contractants les informant que tous les Etats contractants ont ratifié, accepté ou approuvé l'amendement. 2) Aucun amendement ne peut porter atteinte aux droits et obligations d'un Etat contractant, d'une collectivité publique ou d'un organisme dépendant de lui ou d'un de ses ressortissants, aux termes de la

d'arbitrages exprimées par les Etats dans les traités d'investissement et les lois nationales doivent être maintenues autant que les instruments qui les expriment sont encore en vigueur. Ces offres peuvent être acceptées même après la période de 6 mois. Cela veut dire que les investisseurs étrangers peuvent les accepter à tout moment et engager des procédures contre les Etats qui dénoncent la Convention. Ainsi, par exemple, les investisseurs néerlandais peuvent accepter l'offre d'arbitrage exprimée par la Bolivie qui se réfère au Cirdi tant que le TBI en question est en vigueur. L'offre unilatérale d'arbitrage exprimée dans le TBI est un consentement au sens de l'article 72. Il doit en conséquence, être maintenue²⁵ jusqu'à l'expiration du TBI. L'offre d'arbitrage incorporée dans une loi doit survivre jusqu'à l'abrogation de la loi. En d'autres termes si les Etats veulent éviter l'arbitrage Cirdi, ils doivent mettre fin à leurs TBI ou abroger leur lois.

Cette interprétation permet de préserver l'harmonie et le parallélisme entre les traités d'investissement et la Convention de Washington. Un Etat qui dénonce la Convention de Washington ne peut pas priver le TBI de son effet en éliminant la possibilité pour les investisseurs de recourir au Cirdi. Cet Etat, ainsi, évite le risque de voir sa responsabilité internationale engagée pour non respect de l'obligation d'arbitrage Cirdi prévue dans le TBI. Il ne peut pas s'exposer à une réclamation internationale d'un autre Etat pour un tel comportement. La théorie de la validité de l'offre protège les attentes des investisseurs qui ont réalisé des investissements dans l'Etat qui dénonce la Convention. Ces derniers s'étaient fiés à l'engagement unilatéral de consentement exprimé dans le TBI. Il est normal de respecter un tel engagement même après la dénonciation.

Cependant, l'inconvénient de la théorie de l'engagement unilatéral de consentement est qu'elle prolonge les effets de la convention de Washington indéfiniment. Il en découle que des investissements réalisés après la dénonciation mais visés par le TBI peuvent toujours être soumis au Cirdi. A l'extrême, elle peut pousser les Etats à mettre fin aux TBI pour se libérer de leurs engagements, ce qui n'est pas de nature à favoriser la protection des investissements à long terme²⁶.

21. Pour d'autres, seules les offres acceptées peuvent survivre à la dénonciation. Le consentement au sens de l'article 72 ne peut résulter que d'un échange d'acceptations, d'un accord. Seul un accord d'arbitrage parfait

présente convention qui découlent d'un consentement à la compétence du centre donné avant la date d'entrée en vigueur dudit amendement".

25 Sur ce courant, voir Fernando Mantilla-Serrano, précité, p. 39; Oscar M. Garibaldi, précité, p. 251 et Nigel Blackaby, précité, p. 51.

26 Sur les avantages et les inconvénients, voir A. ESCOBAR, précité, p. 18.

peut survivre et peut être protégé par l'article 72 de la Convention. Les offres d'arbitrages exprimées dans des lois et des conventions internationales qui n'ont pas été acceptées par les investisseurs privés ne peuvent pas survivre à la dénonciation. Plusieurs arguments ont été invoqués pour justifier cette lecture.

En premier lieu, souvent la Convention de Washington se réfère au consentement des parties (au pluriel) à l'arbitrage. Lorsqu'un Etat offre l'arbitrage, il n'y a pas de consentement. Il y a simplement une offre d'arbitrage. C'est seulement lorsque cette offre est acceptée que le consentement est réalisé. Le consentement est un acte bilatéral qui nécessite la rencontre de volontés. Une seule volonté ne peut pas générer un consentement.

Ainsi, dans le préambule de la convention de Washington, les Etats signataires

*“reconnaiss[ent] que le consentement mutuel des parties de soumettre ces différends à la conciliation ou à l'arbitrage, en ayant recours auxdits mécanismes, constitue un accord ayant force obligatoire qui exige en particulier que toute recommandation des conciliateurs soit dument prise en considération et que toute sentence arbitrale soit exécutée.”*²⁷ (souligné par nous)

Il a été aussi remarqué que la référence à l'article 72 au consentement donné par *l'un d'eux* ne vise pas le consentement de l'Etat ou de l'investisseur étranger. Mais, en l'occurrence, le consentement de Etat, d'une collectivité publique ou organisme dépendant de lui ou un de ses ressortissants. L'objectif du dispositif était ainsi de protéger les droits et les obligations de l'Etat, qui a dénoncé la convention, ses entités publiques et ses ressortissants. Ainsi,

27 Voir cependant des références au consentement au singulier dans le même préambule, “déclarant qu'aucun Etat contractant, par le seul fait de sa ratification, de son acceptation ou de son approbation de la présente convention et *sans son consentement*, ne sera réputé avoir assumé aucune obligation de recourir à la conciliation ou à l'arbitrage, en aucun cas particulier”. Certaines dispositions renvoient cependant au consentement au singulier. Ainsi par exemple, l'article 25 (3) dispose que “*le consentement d'une collectivité publique ou d'un organisme dépendant d'un Etat contractant ne peut être donné après approbation par ledit Etat, sauf si celui-ci indique au centre que cette approbation n'est pas nécessaire*”. L'article 25 (4) ajoute que: “Tout Etat contractant peut, lors de sa ratification, de son acceptation ou de son approbation de la convention ou à toute date ultérieure, faire connaître au centre la ou les catégories de différends qu'il considérerait comme pouvant être soumis ou non à la compétence du centre. Le secrétaire général transmet immédiatement la notification à tous les Etats contractants. *Ladite notification ne constitue pas le consentement requis aux termes de l'alinéa*”. L'article 26 prévoit que: “Comme condition à son consentement à l'arbitrage dans le cadre de la présente convention, un Etat contractant peut exiger que les recours administratifs ou judiciaires internes soient épuisés”. Sur ces dispositions Christophe Schreuer a affirmé que: “*These uses of the term 'consent' relating to one party only either contain purely negative statements (no obligation to submit without consent, no consent through mere notification of intent), or they spell out conditions for consent (permission by the state, exhaustion of local remedies). Significantly, these provisions do not refer to rights or obligations under the Convention arising from consent. By contrast, all the Convention's provisions spelling out the various rights and obligations arising from consent indicate that consent must be mutual or reciprocal. Therefore, in order to trigger rights and obligations under the Convention, consent must be obtained from both (or all) parties*”, précité, p. 356-357.

si le ressortissant de l'Etat qui a dénoncé la Convention avait consenti à l'arbitrage Cirdi avant cette dénonciation, ce ressortissant continue d'avoir le droit de recourir à l'arbitrage du Centre, même si son Etat d'origine ne participait plus au système de la Convention.

En second lieu, on a observé que plusieurs dispositions se réfèrent aux consentements des parties (au pluriel) ce qui montre que le consentement à l'arbitrage Cirdi découle d'un accord ou au moins de deux consentements parallèles. L'article 25 (1) de la Convention de Washington prévoit que la

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.

Le même article définit dans le § 2, le "R ressortissant d'un autre Etat contractant" comme "a) toute personne physique qui possède la nationalité d'un Etat contractant autre que l'Etat partie au différend à la date à laquelle *les parties ont consenti* à soumettre le différend à la conciliation ou à l'arbitrage ainsi qu'à la date à laquelle la requête a été enregistrée..." et "b) toute personne morale qui possède la nationalité d'un Etat contractant autre que l'Etat partie au différend à la date à laquelle *les parties ont consenti* à soumettre le différend à la conciliation ou à l'arbitrage"(souligné par nous). L'article 26 de la Convention dispose que "*Le consentement des parties* à l'arbitrage dans le cadre de la présente convention est, sauf stipulation contraire, considéré comme impliquant renonciation à l'exercice de tout autre recours" (souligné par nous). L'article 27 (1) sur la protection diplomatique dispose qu'

aucun Etat contractant n'accorde la protection diplomatique ou ne formule de revendication internationale au sujet d'un différend que l'un de ses ressortissants et un autre Etat contractant *ont consenti* à soumettre ou ont soumis à l'arbitrage dans le cadre de la présente convention, sauf si l'autre Etat contractant ne se conforme pas à la sentence rendue à l'occasion du différend. (souligné par nous)

Les articles 28 et 36 qui déterminent le contenu des requêtes d'arbitrage et de conciliation précisent que ces requêtes doivent contenir des informations concernant l'objet du différend, l'identité des parties *et leur consentement* à la conciliation ou à l'arbitrage, conformément au règlement de procédure relatif à l'introduction des instances de conciliation et d'arbitrage. L'article 44 prévoit que "toute procédure d'arbitrage est conduite conformément aux dispositions de la présente section et, sauf accord contraire des parties, au

règlement d'arbitrage en vigueur à la date à laquelle elles ont consenti à l'arbitrage" (souligné par nous). Enfin, l'article 46 affirme que:

Sauf accord contraire des parties, le tribunal doit, à la requête de l'une d'elles, statuer sur toutes demandes incidentes, additionnelles ou reconventionnelles se rapportant directement à l'objet du différend, à condition que ces demandes soient couvertes par le consentement des parties et qu'elles relèvent par ailleurs de la compétence du centre.

On a invoqué aussi la disposition de l'article 2 (3) du Règlement d'introduction des instances Cirdi: La "date du consentement – est la date à laquelle les parties au différend ont consenti par écrit à soumettre leur différend au Centre; si les deux parties ont donné leur consentement à des dates différentes, c'est la dernière des deux dates qui est retenue". Cet article montre que le consentement ne peut exister que lorsque l'offre est acceptée. La date du consentement est la date de la dernière acceptation. Il a été souligné que l'interprétation selon laquelle une offre d'arbitrage exprimé dans un traité constitue un consentement conduit à un résultat bizarre, un consentement peut exister avant la date du consentement tel que définie par la règle de l'article 2²⁸.

En troisième lieu, cette interprétation est conforme à la jurisprudence arbitrale des tribunaux Cirdi. A plusieurs reprises, les arbitres statuant sous les auspices du Cirdi insistent sur le fait que la compétence Cirdi repose sur la rencontre des consentements et l'accord des volontés et qu'une simple offre d'arbitrage non acceptée ne constitue pas le consentement requis au sens de la Convention Cirdi. Ainsi par exemple, dans l'affaire *AMT c. Congo (ex-Zaïre)*, le tribunal a bien souligné que la Convention de Washington envisage un échange de consentements entre les parties. Il a affirmé "l'exigence d'un consentement des parties ne disparaît pas avec l'existence du traité [le TBI]. La Convention [Cirdi] prévoit un échange de consentements entre les parties. Quand l'article 25 dit en son paragraphe 1 que "les parties" doivent avoir consenti par écrit à soumettre le différend au Centre il ne parle pas des Etats[...] Plus précisément, il parle d'un Etat et du ressortissant d'un Etat"²⁹. Dans l'affaire *Lanco c. Argentine*³⁰, un autre tribunal arbitral a souligné que "le consentement de l'investisseur combinée au consentement de l'Argentine exprimé dans le TBI crée le consentement

28 Christophe Schreuer: "An interpretation that accepts an offer of consent contained in a treaty as 'consent' for purposes of Article 72 would lead to the absurd result that consent can exist before the date of consent as defined in Institution Rule 2".

29 American Manufacturing & Trading, Inc., Sentence arbitrale du 21 février 1997, spécifiquement, § 5.18.

30 "Award of February 21, 1997, 36 ILM 1534 (1997), at 1545-1546. Le Tribunal a affirmé que: "[t]he consent of the investor, along with that of the Argentine Republic, expressed in Article VII(4) [of the Argentina-United States BIT], creates the consent needed to provide ICSID with jurisdiction over this dispute, pursuant to Article 25(1) of the ICSID Convention".

exigé pour fonder la compétence du Cirdi en application de l'article 25 (1) de la Convention Cirdi³¹.

Les travaux préparatoires de la Convention de Washington confirment cette interprétation. Lors de la rédaction de l'article 72 (ex-73), à la question de savoir quel serait l'effet d'une dénonciation sur une déclaration par laquelle l'Etat a accepté l'arbitrage Cirdi, M. Broches, l'architecte de la Convention Cirdi, a répondu qu'une telle déclaration ne pouvait engager l'Etat que lorsqu'elle était acceptée. Il a affirmé que si cette déclaration n'avait pas été acceptée avant la dénonciation, aucun investisseur ne pouvait engager une procédure Cirdi contre l'Etat qui dénonce la Convention. Si en revanche, l'offre de l'Etat avait été acceptée avant la dénonciation, le litige pouvait être soumis au Cirdi³².

22. Les arguments contre la théorie de l'engagement unilatéral du consentement semblent donc l'emporter. L'offre d'arbitrage ne constitue un consentement que lorsqu'elle est acceptée. L'article 72 ne protège que les offres acceptées. Seules ces offres survivront à la dénonciation.

23. A ces arguments, on peut ajouter un autre argument d'ordre général. La théorie de l'offre conduit à un résultat singulier permettant ainsi aux investisseurs bénéficiaires d'un traité d'investissement d'invoquer une offre d'arbitrage exprimée dans le traité contre l'Etat qui dénonce. En revanche, les investisseurs de l'Etat qui dénonce ne peuvent pas invoquer la même offre contre un autre Etat signataire du TBI.

31 Voir aussi, *Goetz v. Burundi*, ICSID Case n° ARB 95/3, Award (Feb. 10, 1999), paras. 67, 81; *CSOB v. Slovakia*, ICSID Case n° ARB 97/4, Decision on Jurisdiction (May 24, 1999), paras. 37, 38; *Wena Hotels v. Egypt*, ICSID Case n° ARB 98/4, Decision on Jurisdiction (Jun. 29, 1999), 6 ICSID Reports 87; *Salini v. Morocco*, ICSID Case n° ARB 00/4, Decision on Jurisdiction, (Jul. 23, 2001), para. 27; *Generation Ukraine v. Ukraine*, ICSID Case n° ARB 00/9, Award (Sep. 16, 2003), paras. 12.1-12.8.

32 "61. *Mr. Gutierrez Cano said that Article 73 in the new text was lacking a time limit beyond which the Convention would cease to apply. Unless such time limit was introduced States would be bound indefinitely. He had in mind the case in which there was no agreement between the State and the foreign investor but only a general declaration on the part of the State in favor of submission of claims to the Centre and a subsequent withdrawal from the Convention by that State before any claim had been in fact submitted to the Centre. Would the Convention still compel the State to accept the jurisdiction of the Centre?*

62. *Mr. Broches replied that a general statement of the kind mentioned by Mr. Gutierrez Cano 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.*

[...]

66. *Mr. Woods thought it important to clarify all the implications of Article 73 before proceeding further. For his part he thought Article 73 expressed a basic principle, i.e., that if an agreement was in force at the time the State party to that agreement denounced the Convention, obligations under that contract to have recourse to arbitration would continue after denunciation", Voir History of the ICSID Convention, vol. II, part 2, p. 1010.*

La doctrine n'a pas examiné l'effet de la dénonciation sur les offres d'arbitrage consenties dans les traités d'investissement au profit des ressortissants de l'Etat qui dénonce. On a ainsi examiné s'il était possible aux néerlandais d'invoquer l'offre d'arbitrage prévue dans le TBI Pays-Bas-Bolivie contre la Bolivie. Mais, on ne s'est pas interrogé si les boliviens après la dénonciation de la Convention de Washington pouvaient invoquer cette offre d'arbitrage Cirdi contre les Pays-Bas. Les boliviens peuvent-ils invoquer l'offre d'arbitrage de ce TBI contre les Pays-Bas après la dénonciation de la Convention de Washington? S'ils ont acceptée cette offre, la réponse est positive. À défaut d'une acceptation, une application de l'article 72 ne semble pas permettre ce recours. En effet, l'article préserve les droits et les obligations de l'Etat qui dénonce et ses ressortissants qui découlent d'un consentement à la compétence du centre donné par l'un d'eux antérieurement à la réception de ladite notification. Or, les boliviens n'ont pas consenti à l'arbitrage avec les Pays Bas. La théorie de l'offre aboutit ainsi à un résultat qui déséquilibre l'édifice conventionnel. Les néerlandais peuvent engager la procédure d'arbitrage contre la Bolivie car la Bolivie a consenti à l'arbitrage dans le TBI. En revanche, les boliviens ne peuvent pas recourir à l'arbitrage contre les Pays-Bas car ils n'ont pas consenti à cet arbitrage avant la dénonciation. Seule la théorie de l'accord préservera l'équilibre et permettra un traitement égalitaire des investisseurs boliviens au Pays-Bas et des investisseurs néerlandais en Bolivie.

24. A notre avis, seules les offres d'arbitrages acceptées par les investisseurs privés sont préservées contre la dénonciation. Les offres non acceptées ne peuvent pas survivre à la dénonciation et ne peuvent pas engager l'Etat devant le Cirdi. Un second problème se pose immédiatement: quand l'investisseur doit manifester son acceptation? Doit-il accepter l'offre avant la notification de la dénonciation ou peut-il l'accepter dans la période de 6 mois, période durant la quelle les effets de la dénonciation seront suspendus³³?

b) La date du consentement protégé contre la dénonciation

25. L'articulation entre les articles 71 et 72 de la Convention de Washington n'est pas une chose facile. En effet, l'article 72 protège le consentement à la "*compétence donnée antérieurement à la réception de ladite notification par le depositaire*". Il admet donc la survie du seul consentement exprimé avant la date de la réception de la notification. Il en découle *a contrario* que le consentement donné après la date de la réception de la notification n'est pas protégé. Autrement dit, la dénonciation

33 Si on considère que l'offre d'arbitrage constitue un consentement protégé, ce second problème ne se pose car l'investisseur privé peut accepter cette offre dès que l'instrument qui le contient reste en vigueur.

semblait avoir des effets immédiats sur le consentement de l'Etat qui se retire de la Convention. En revanche, l'article 71 prévoit que "La dénonciation prend effet six mois après réception de ladite notification". Il en découle que l'Etat qui dénonce la convention demeure membre du Cirdi durant une période de 6 mois après la réception de la dénonciation, ce qui implique la possibilité de consentir à l'arbitrage Cirdi durant cette période. L'article 71 admet donc que le retrait de la Convention de Washington n'atteint pas le consentement des parties qu'après la période de 6 mois. Comment concilier ces deux dispositions?

26. Certes, il est très difficile à un Etat qui a dénoncé la Convention Cirdi de signer des clauses compromissoires se référant à l'arbitrage Cirdi après avoir dénoncé la convention. En revanche, lorsque le consentement est exprimé dans une offre d'arbitrage prévue dans un traité international ou dans une loi nationale le problème se pose. On peut se demander si la Convention de Washington n'admet que la survie des offres acceptées avant la notification telle que le laisse entendre l'article 72 ou doit-elle aussi s'étendre aux offres d'arbitrage acceptées après cette notification durant la période de 6 mois. Plus précisément, il s'agit de se demander si le délai de six mois établi par l'article 71 peut-il être considéré comme une sorte de période de grâce, permettant aux investisseurs de consolider des accords d'arbitrage avec l'Etat sortant de la Convention en acceptant des offres d'arbitrage dans la mesure où la convention de Washington est toujours en vigueur.

27. Ce problème s'est posé dans l'affaire Euro Telecom contre la Bolivie. La Bolivie a notifié sa dénonciation de la Convention le 2 mai 2007. Aux termes de l'article 71, cette dénonciation n'a pris effet que six mois après la date de réception de la notification, en l'occurrence, le 3 novembre 2007. Euro Telecom a accepté l'offre d'arbitrage du TBI Bolivie-Pays Bas, 4 mois après la notification de la dénonciation, et a introduit une demande d'arbitrage fondée sur ce TBI le 12 octobre 2007, c'est-à-dire, avant l'expiration du délai de 6 mois, mais après la date de réception de la notification de dénonciation de la Bolivie. Est-ce que le consentement des parties pouvait être perfectionné pendant le délai de six mois?

Selon les données disponibles sur cette affaire, il semble exister une lettre adressée par l'investisseur à la Bolivie datée du 30 avril 2007 (en l'occurrence, avant la notification de dénonciation) qui fait mention à la protection du TBI. On ne sait pas si l'investisseur a affirmé que cette lettre représentait son consentement par écrit à l'arbitrage.

En tout cas, la Bolivie a insisté sur le fait que le document en cause ne faisait pas référence ni au Cirdi, ni à la clause d'arbitrage du TBI. Mais malgré les objections de cet Etat et une lettre envoyée par des ONG au Président

de la Banque Mondiale soutenant la Bolivie, la demande d'arbitrage d'Euro Telecom a été enregistrée par le Secrétariat du Centre. Le tribunal a ainsi été constitué pour examiner la question. Cependant, la problématique des effets du retrait de la Convention sur les consentements étatiques donnés dans les traités d'investissement ne sera pas appréciée par le tribunal dans l'affaire *Euro Telecom* parce que le 21 octobre 2009, les parties ont décidé de soumettre ce litige à un tribunal arbitral avec la même composition mais agissant en application du règlement CNUDCI³⁴.

Cependant, ce débat peut se rouvrir après la requête de la société Pan American Energy LLC contre la Bolivie devant le Cirdi. On note que cette requête a été introduite 3 ans après la dénonciation de la Convention de Washington par la Bolivie. Il semble aussi que l'investisseur ait accepté l'offre d'arbitrage exprimée dans le TBI après l'écoulement de la période de suspension de 6 mois. Le 12 avril 2010, le Cirdi a accepté d'enregistrer cette demande³⁵. La Bolivie a vigoureusement protesté contre l'enregistrement de la requête. Dans une lettre adressée au Cirdi, le 27 avril 2010, cet Etat a affirmé qu'il n'est plus partie au Cirdi et qu'il ne reconnaît pas sa compétence depuis sa dénonciation de la Convention de Washington³⁶.

28. Il y a aussi une demande introduite par la société Corporacion Quiport SA contre l'Equateur qui a été enregistrée le 30 décembre 2009, c'est-à-dire avant l'expiration de la période du 6 mois. On rappelle pour mémoire que la Banque Mondiale a reçu la notification écrite de dénonciation de l'Equateur le 6 juillet 2009. Conformément à l'article 71 de la Convention du Cirdi, la dénonciation prendra effet six mois après la réception de l'avis de l'Equateur, c'est-à-dire, le 7 janvier 2010. Cependant, cette affaire n'est pas pertinente car elle a été fondée sur une clause d'arbitrage prévue dans un contrat de concession conclu avant la notification de dénonciation.

29. M. M. Amadio s'était déjà interrogé sur la question. Il a souligné que

d'après l'article 72, le consentement de l'Etat, d'une personne publique ou d'un ressortissant ne sera plus valable à dater de la réception de la notification

34 Sur cette affaire, voir Ana Carolina Simões e Silva, *Le consentement dans l'arbitrage CIRDI*, Thèse Paris I, sous la direction de Brigitte Stern, p. 84.

35 Pan American Energy LLC v. Plurinational State of Bolivia (ICSID Case n° ARB/10/8).

36 Voir Bolivia protesta ante el Ciadi por solicitud arbitral de PAE, <<http://www.cambio.bo/noticia.php?fecha=2010-04-28&idn=18209>>, Pan American files for arbitration against Bolivia, <<http://in.reuters.com/article/idINN2712145020100427>>, Fernando Cabrera Diaz, Pan American Energy takes Bolivia to ICSID over nationalization of Chaco Petroleum, Investment Treaty News, May 11, 2010, <<http://www.investmenttreatynews.org/cms/news/archive/2010/05/11/pan-american-energy-takes-bolivia-to-icsid-over-nationalization-of-chaco-petroleum.aspx>>.

de retrait par le depositaire. Il n'y a donc pas sur ce point respect du délai de six mois, mais une application immédiate très rigoureuse et regrettable.³⁷

30. De même, selon le professeur Christophe Schreuer seuls les consentements donnés avant la réception de la notification pouvaient subsister à la dénonciation. Les offres d'arbitrage non acceptées avant la notification de dénonciation ne peuvent pas survivre.

Le raisonnement du Professeur Schreuer est le suivant: l'article 72 est une règle spéciale qui déroge à la règle générale de l'article 71 en ce qui concerne les effets de la dénonciation quant au consentement à l'arbitrage. Le principe est que la dénonciation ne produit ses effets que 6 mois après la notification. Après cette date, tous les droits et les obligations de l'Etat qui dénoncent seront caducs. Cependant pour le consentement, l'article 72 pose une règle spéciale qui déroge à la règle générale de l'article 71. Selon cette règle spéciale, la notification de la dénonciation met fin à la possibilité de consentir à l'arbitrage Cirdi immédiatement sans attendre le délai du 6 mois. En outre, les droits et les obligations découlant d'un tel consentement seront préservés même après la période de 6 mois³⁸.

Le Professeur Schreuer distingue entre les droits et les obligations qui découlent du consentement visés par l'article 72 qui seront protégés indéfiniment et les autres droits et obligations prévus dans l'article 71 qui ne seront effectifs que pendant la période de six mois.

Le premier régime concerne les droits et les obligations découlant du consentement. Pour les droits, il s'agit du droit d'engager une procédure d'arbitrage (article 36), le droit de nommer un arbitre (article 37) et de participer à la procédure (article 41 et 44), le droit de recourir contre la sentence en annulation ou en interprétation ou en révision, (article 49(2), 50, 51 et 52). Quant aux obligations, il s'agit de l'obligation de respecter les sentences rendues (article 53), l'obligation de garantir l'exclusivité du Cirdi en s'abstenant de recourir aux juridictions nationales d'exercer la protection diplomatique (Articles 26, 27). Ces droits et obligations seront

37 Mario Amadio, précité, p. 68-69.

38 Selon Christophe Schreuer, "Article 72 contains a different rule on the effective date of the denunciation with respect to consent. If consent was given before the notice of denunciation rights or obligations arising therefrom shall remain unaffected. Therefore, Article 72 modifies the general rule of Article 71 in two ways:
a) The critical date for the denunciation's effect on consent is not the general rule on the taking of effect of the notice of denunciation (6 months after its receipt) but rather the date of its receipt.
b) Rights or obligations arising from consent to jurisdiction remain unaffected by the denunciation even beyond the date the denunciation takes effect i.e. beyond the six month period".

maintenus indéfiniment lorsqu'ils découlent d'un consentement préalable à la notification de dénonciation.

Le second régime établi par l'article 71 vise les autres droits et obligations qui ne découlent pas du consentement à l'arbitrage. Ils seront effectifs durant 6 mois à partir de la date de la notification seulement. Il s'agit du droit de participer au conseil administratif du Cirdi (Articles 4-7), le droit de nommer les arbitres et les conciliateurs sur la liste du Cirdi (Article 14)³⁹, l'obligation de contribuer aux frais du centre (Article 17), l'obligation de respecter l'immunité et les privilèges accordés par la convention aux personnels du Cirdi et aux arbitre (Articles 18-24) et l'obligation de reconnaître d'exécuter les sentences arbitrales (article 54). Ces droits et ces obligations seront maintenus durant une période de 6 mois et après cette période l'Etat est libéré des obligations et ne peut pas bénéficier des droits⁴⁰.

31. Ce raisonnement pourrait s'avérer dangereux. Il suffit à un Etat pour échapper à l'arbitrage offert dans un TBI de dénoncer la Convention de Washington avant l'acceptation de l'investisseur. Un Etat pourrait, après avoir exproprié plusieurs investisseurs étrangers, dénoncer la Convention de Washington pour éviter toute réclamation d'arbitrage devant le Cirdi. Cette situations serait, sans doute, incompatible avec l'obligation d'exécuter les traités de bonne foi prévue dans l'article 26 de la Convention de Vienne sur le droit des traités.

En pratique, la compétence du Cirdi, résulterait d'une véritable course (qui va notifier avant: l'investisseur qui notifie son acceptation pour consolider l'offre à l'Etat avant, ou l'Etat qui notifie la dénonciation avant l'acceptation).

39 S'agit-il vraiment de droits? On peut considérer ces articles comme prévoyant des obligations à la charge de l'Etat.

40 On peut aussi mettre en cause la logique de cette classification. Certes l'Etat qui consent à l'arbitrage sera obligé d'exécuter la sentence rendue contre lui malgré la dénonciation et de faire bénéficier cette exécution du régime privilégié d'exécution prévue dans la Convention de Washington. Une telle obligation découle du consentement de l'Etat. En revanche, lorsque le litige oppose un Etat à un investisseur dont l'Etat a dénoncé la Convention, l'obligation de ne pas accorder la protection diplomatique est une obligation découlant du consentement de l'investisseur privé. Mais, si le tribunal arbitral a rendu une sentence en faveur de cet investisseur, on peut se demander si l'obligation d'exécuter cette sentence, et le respect du régime privilégié de l'exécution est un droit ou plutôt une obligation. Si c'est une obligation, on peut s'interroger s'il s'agit d'une obligation découlant du consentement (dans ce cas elle est indéfinie) ou simplement de la participation de l'Etat à la Convention (dans ce cas elle est limitée dans le temps).

De même, l'article 64 qui dispose que: "Tout différend qui pourrait surgir entre les Etats contractants quant à l'interprétation ou l'application de la présente convention et qui ne serait pas résolu à l'amiable est porté devant la Cour internationale de justice à la demande de toute partie au différend, à moins que les Etats intéressés ne conviennent d'une autre méthode de règlement" peut être considéré comme un droit découlant du consentement lorsque par exemple, un Etat n'exécute pas une sentence rendue en faveur d'un Etat qui a dénoncé la Convention, ou comme un droit découlant de la participation de l'Etat à la Convention.

Qui plus est, cette interprétation n'assure même pas la protection des investisseurs ayant la nationalité de l'Etat qui dénonce la convention Cirdi. Ces investisseurs, par exemples les ressortissants boliviens, seront aussi dans l'incapacité d'accepter les offres d'arbitrages des autres Etats dès la notification de la dénonciation.

32. Sur un plan technique, le raisonnement du Professeur Schreuer conduit à une sorte d'adhésion amputée à la Convention de Washington. L'Etat sera considéré comme un "incapable" empêché de consentir durant la période de 6 mois. Or, en application de l'article 71, durant cette période, tous les effets de la dénonciation seront suspendus. L'Etat demeure donc un membre entier du Cirdi avec toutes les attributions qu'implique l'adhésion à la Convention de Washington. Il ne perd pas son droit de consentir à cet arbitrage. Les offres qu'il exprime peuvent être acceptées par les investisseurs privés. La Bolivie demeure ainsi un Etat contractant de la Convention. S'il est un Etat contractant pourquoi le traiter comme "un majeur sous tutelle" autorisé à accomplir un certains nombre d'actes et incapable d'offrir l'arbitrage ou de consentir à la compétence du centre.

Durant cette période, tout Etat peut revenir sur la décision de dénonciation. Si cette décision est prise, la continuité de l'adhésion de l'Etat est assurée. Il n'y aura pas une période de vide ou d'impossibilité de consentement.

33. Contrairement au Professeur Schreuer, nous pensons que les investisseurs privés peuvent accepter les offres d'arbitrages durant la période de 6 mois et peuvent donc consolider les accords d'arbitrage pendant cette période. Ces accords doivent être reconnus et produisent tous les effets d'un accord d'arbitrage valablement conclu.

Certes, l'article 72 protège les accords conclus avant la notification de la dénonciation. Mais rien n'interdit la protection des accords formés après cette notification dès lors que la Convention de Washington est en vigueur. D'ailleurs, ces accords doivent être considérés comme irrévocables en application de l'article 25 de la convention. Cet article s'applique aux accords formés après la notification de dénonciation dans la mesure où la Convention Cirdi est encore en vigueur. Cependant, hormis cet article qui consacre l'immutabilité du consentement, la Convention de Washington est silencieuse sur la survie des autres effets qui découlent du consentement à l'arbitrage Cirdi, notamment le régime d'exécution privilégié prévu par la convention. Rien dans la Convention de Washington ne prévoit la protection des accords formés durant la période de suspension (qui peuvent être des accords d'arbitrage classique ou découler de l'acceptation d'une offre d'arbitrage) alors que ces accords sont valables et obligatoires. Face à

ce silence, on préconise une application du droit international général et un retour à la règle générale prévue par la Convention de Vienne sur le droit des traités.

L'article 70 de la convention de vienne prévoit qu'

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.

La Convention de Vienne est entrée en vigueur en 1980. Techniquement, elle ne s'applique pas à la Convention de Washington qui est entrée en vigueur en 1966. Mais, il est largement admis que les dispositions qu'elle contient expriment l'état du droit international coutumier en la matière.

En conséquence, les accords d'arbitrage conclus avant la dénonciation seront protégés par la clause de survie spéciale de l'article 72 de la Convention de Washington. Quant aux accords conclus après la notification durant la période du 6 mois, ils seront protégés, en application, de l'article 70 de la Convention de Vienne. Aux termes de cet article, si les parties n'en conviennent pas autrement (c'est le cas ici), lorsqu'un Etat dénonce un traité multilatéral ou s'en retire, cette dénonciation ne porte atteinte à aucun droit, aucune obligation ni aucune situation juridique des parties, créés avant que cette dénonciation ne prenne effet.

34. Quelle que soit l'issue de ce débat, la dénonciation de la Convention de Washington n'a pas d'effets catastrophiques sur les investisseurs étrangers. Les autres mécanismes de règlement de différends éventuellement mentionnés à côté de celui du Cirdi dans les lois internes et les traités de protection d'investissement demeurent à la disposition des investisseurs. Plusieurs TBI conclus par la Bolivie et l'Equateur se réfère ainsi à l'arbitrage CNUDCI. Plusieurs investisseurs étrangers en Equateur ont consenti à l'arbitrage dans des contrats d'investissements conclus avant la dénonciation et qui survivront à la dénonciation.

35. Bien plus, nous pensons qu'en cas de dénonciation de la Convention Cirdi, les investisseurs peuvent utiliser le mécanisme supplémentaire du Cirdi

lorsque la clause de règlement des différends Etat-investisseur vise en général le recours au Cirdi, sans exiger une procédure arbitrale conforme aux règles de la Convention de Washington. Une référence générale au Cirdi englobe aussi bien l'arbitrage Cirdi (*stricto sensu* qui est prévu par la Convention de Washington) que l'arbitrage du mécanisme supplémentaire⁴¹. Le mécanisme supplémentaire fonctionne pour résoudre les litiges transnationaux entre Etats contractants et Etat non contractants. C'est le cas lorsque l'un des Etats se retire de la convention de Washington⁴².

36. En réalité un Etat ne peut échapper à l'arbitrage consenti dans un traité d'investissement que lorsqu'il dénonce ce traité. Comme on verra, cette dénonciation est strictement encadrée.

II – LA DÉNONCIATION DES CLAUSES CIRDI DANS LES TRAITÉS D'INVESTISSEMENT

37. La dénonciation des instruments contenant des offres d'arbitrage Cirdi n'est pas nouvelle. À la suite à la saisine du Cirdi par un investisseur saoudien, Gaith Pharoan, sur le fondement du code tunisien des investissements de 1969 qui se réfère au Cirdi, la Tunisie a adopté une nouvelle loi sur les investissements supprimant l'offre d'arbitrage et exigeant un "accord prévu par une clause compromissoire ou permettant à l'une des parties de recourir à l'arbitrage". La même position a été adoptée par l'Egypte qui a remplacé en 1989 la loi de 1974 qui a été considérée comme exprimant une offre d'arbitrage par deux tribunaux Cirdi (SPP et Manufacturers Hannover Trust Co) par une nouvelle législation consacrant l'aspect mutuel et contractuel du consentement à l'arbitrage⁴³.

41 Parmi les arguments qu'on peut invoquer pour démontrer qu'une référence au Cirdi vise les deux procédures, le TBI France-Syrie de 1977. Ce TBI exprime dans son article 9 un consentement à l'arbitrage Cirdi et ne se réfère pas explicitement à l'arbitrage du mécanisme supplémentaire alors que la Syrie n'était pas partie à la Convention de Washington au temps de la signature de ce traité. Lors du débat parlementaire tendant à autoriser la ratification de ce TBI, le Secrétaire des affaires étrangères a affirmé que la mention faite au Cirdi concernait son mécanisme supplémentaire, Patrick Juillard, Les conventions bilatérales d'investissements conclues par la France, *Journal du Droit International*, 1979, p. 288.

42 On rappelle que le mécanisme supplémentaire du Cirdi a été créé par la résolution du 27 septembre 1978 adoptée par le Conseil administratif du Cirdi. Cette résolution autorise le secrétariat du Cirdi à administrer trois procédures qui ne rentrent pas dans le champ d'application de la Convention de Washington. Il s'agit (i) des procédures de constatation des faits; (ii) des procédures de conciliation ou d'arbitrage pour le règlement de différends relatifs aux investissements surgissant entre des parties dont l'une n'est ni un Etat contractant ni le ressortissant d'un Etat contractant; et (iii) des procédures de conciliation ou d'arbitrage entre des parties dont l'une au moins est un Etat contractant ou le ressortissant d'un Etat contractant, pour le règlement de différends ne résultant pas directement d'un investissement, à condition que la transaction sous-jacente ne soit pas une transaction commerciale ordinaire. 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 constatations des faits, et par un règlement spécifique d'arbitrage (règlement d'arbitrage).

43 Art 55 de la Loi n° 230 sur les investissements de 1989. L'article 7 de la Loi n° 8 du 11 mai 1997 a réitéré la même position.

38. Il y aussi un phénomène très proche de la dénonciation, lorsque des juridictions suprêmes, notamment en Ouzbékistan, au Venezuela et au Kazakhstan ont considéré, exerçant leur pouvoir d'interprétation ou de dénaturation, que certaines législations nationales se référant au Cirdi, n'expriment pas d'offres d'arbitrage. Ainsi, en Ouzbékistan, l'article 10 (1) de la loi Ouzbek relative aux investissements exprime un consentement unilatéral à l'arbitrage, en application des règles internationales applicable en la matière. Il dispose:

A dispute that is directly or indirectly related to foreign investments (an investment dispute) may be resolved by agreement of the parties through mutual consultation. If the parties are unable to arrive at a settlement, the dispute shall be resolved by the commercial court [хозяйственный суд] of the Republic of Uzbekistan, or shall be referred to arbitration in accordance with the rules and procedures of international agreements (treaties and conventions) on the settlement of investment disputes to which the Republic of Uzbekistan is a party.⁴⁴

Saisie par le cabinet des ministres, la Cour constitutionnelle ouzbek a nié toute valeur au consentement législatif de la République Ouzbek. Dans un arrêt peu convaincant⁴⁵, cette cour a affirmé que ledit article n'exprime pas de consentement à l'arbitrage. Il est important de remarquer que l'arrêt a été rendu, après qu'une société américaine ayant un litige avec le gouvernement ait invoqué, durant la période de négociation amiable, la possibilité d'engager une instance arbitrale devant le Cirdi sur le fondement de cette loi⁴⁶.

39. Si l'abrogation des législations nationales se référant au Cirdi demeure relativement aisée pour un Etat, la dénonciation des traités d'investissement est bien encadrée.

Les TBI sont généralement conclus pour une période minimale de 10 ans renouvelables automatiquement sauf dénonciation de l'une des parties intervenant une année avant l'expiration de cette période. Certains Etats ont annoncé leur intention de dénoncer leur TBI ou au moins de les modifier.

44 La version originale de l'article 10 en Russe dispose que: "Спор, прямо или косвенно связанный с иностранными инвестициями (инвестиционный спор), может разрешаться по соглашению сторон посредством консультаций между ними. Если стороны окажутся не в состоянии достичь согласованного разрешения, такой спор должен разрешаться хозяйственным судом Республики Узбекистан либо посредством арбитража в соответствии с правилами и процедурами международных договоров (соглашений и конвенций) по разрешению инвестиционных споров, к которым присоединилась Республика Узбекистан."

45 Yulia Khvan, The Treatment of Investment Arbitration Awards by Courts in Uzbekistan, *Stockholm International Arbitration Review*, issue 3, p. 277-280.

46 Il s'agit de l'affaire Newmont USA Limited and Newmont (Uzbekistan) Limited v. Republic of Uzbekistan (ICSID Case n° ARB/06/20) enregistrée devant le CIRDI, le 12 décembre 2006. Voir sur cette affaire, le site <http://www.fdimagazine.com/news/fullstory.php/aid/1841/In_Dispute.html>.

C'est le cas de la Bolivie et du Venezuela. Ce dernier Etat a dénoncé le 1er novembre 2008, son TBI avec les Pays Bas, traité qui a été invoqué par plusieurs investisseurs pour fonder des procédures Cirdi.

L'Equateur a dénoncé treize TBI conclus notamment avec les pays d'Amérique Latine. Plus particulièrement, les TBI dénoncés sont ceux conclus avec, Cuba, le Salvador, le Honduras, le Guatemala, le Nicaragua, la République Dominicaine, le Paraguay, l'Uruguay et la Roumanie. La Ministre du commerce extérieur équatorien a justifié cette démarche par le fait que ces traités n'ont pas généré des effets économiques bénéfiques pour le pays. Il a également annoncé qu'une renégociation des autres TBI en vigueur sera bientôt engagée. Dans une interview diffusée sur la télévision équatorienne, la Ministre des affaires étrangères de l'Equateur Maria Espinosa a déclaré aussi le 6 mai 2007 que l'Equateur va notifier aux Etats-Unis une lettre officielle pour mettre fin à leur traité bilatéral d'investissement après l'écoulement de la période initiale de 10 ans qui expire le 11 mai 2007. Le Ministre a affirmé que "ce traité a causé au pays plusieurs problèmes et qu'il ne représente pas les intérêts nationaux". Le TBI Etats-Unis Equateur a été signé le 27 août 1993 et est entré en vigueur le 11 mai 1997. Il a été invoqué par la société américaine Occidental Petroleum comme fondement à un arbitrage contre l'Equateur devant le Cirdi.

En outre, en septembre 2010, le Président équatorien a demandé à la Cour constitutionnelle de se prononcer sur la constitutionnalité des TBI conclus avec le Royaume Uni et l'Allemagne. Dans deux décisions rendues le 24 juin 2010, cette Cour a considéré que les dispositions relatives au règlement des différends, plus particulièrement, ceux qui se réfèrent aux Cirdi sont incompatibles avec l'article 422 de la Constitution. La Cour affirme que cette clause est "préjudiciable aux intérêts souverains du pays" et recommande la dénonciation des deux TBI⁴⁷. Selon les juristes équatoriens, cette décision sera utilisée comme une base pour convaincre l'Assemblée nationale de voter la dénonciation de tous les TBI conclus par ce pays⁴⁸.

De même, la Norvège a mis fin à deux TBI avec la Malaisie et l'Indonésie. On peut aussi évoquer le cas de la Russie qui a dénoncé la Charte de l'Energie en mettant fin à son application provisoire. Certes la

47 Ces décisions sont publiées dans le Registro oficial, Año I – Quito, Martes 3 de agosto del 2010 n° 249, Décision du 24 juin 2010, 020-10-DTI-CC: Declárase que los artículos 8 y 9 del Convenio suscrito entre el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, y el Gobierno de la República del Ecuador para la Promoción y Protección de Inversiones, contradicen lo dispuesto en el artículo 422 de la Constitución Política de la República, p. 12 et Décision du 24 juin 2010, 023-10-DTI-CC Dictaminase la inconstitucionalidad de las disposiciones contenidas en los artículos 7, 8, 9 y 10 del "Tratado entre la República del Ecuador y la República Federal de Alemania sobre Fomento y Recíproca Protección de Inversiones de Capital" previo a la aprobación legislativa para que proceda la denuncia del instrumento internacional analizado, p. 46

48 Sebastian Perry, Ecuador champing at the BITs, *Global Arbitration Review*, 11 august 2010.

Russie n'est pas signataire de la Convention Cirdi, mais cette dénonciation affecte la possibilité de saisir le mécanisme supplémentaire du Cirdi prévu par l'article 26 de la Charte.

Toutefois, d'une manière générale, le nombre des dénonciations des TBI est dérisoire. Ainsi selon les statistiques de la CNUCED, en 2008, le nombre des TBI progresse. Il y a 59 nouveaux TBI qui ont été conclus en 2008, 65 en 2007. Durant les six premiers mois de 2009, 25 TBI ont été conclus. Au lieu de dénoncer, plusieurs Etats préfèrent la renégociation de leurs TBI (132 renégociation jusqu'à la fin 2008, selon la CNUCED)⁴⁹. Curieusement, dans les deux dernières années, le Venezuela, l'un des Etats hostiles au droit actuel des investissements, a négocié et ratifié trois nouveaux TBI avec la Biélorussie, la Russie et le Vietnam.

40. Quoi qu'il en soit, la dénonciation des traités d'investissements n'immunise pas l'Etat des réclamations arbitrales. En effet, la majorité des TBI contiennent une clause de survie aux termes de laquelle, les investissements réalisés sous l'empire du TBI continuent à en bénéficier même après l'expiration ou la dénonciation du traité. Ainsi, par exemple, selon le TBI Equateur Paraguay les investissements effectués sous l'empire du TBI sont protégés par les garanties prévues par ce traité pendant une durée de 10 ans après la date de la dénonciation.

La clause de survie a pour effet de rendre le mécanisme d'arbitrage applicable même après la fin du traité et de permettre à l'investisseur de sanctionner des comportements contraires à des traités arrivant à leur terme⁵⁰. L'étendue de la clause de survie est variable. Elle peut être limitée à une durée allant de 10 à 20 ans⁵¹. Cette période apparaît comme suffisante pour qu'un investissement effectué sous l'empire de la convention puisse être amorti ou délocalisé. Mais dans certaines conventions, la clause de survie ne comporte aucune limitation de durée. La rémanence devient dans ce cas une sorte de permanence.

Bien plus, en dépit de l'absence d'une clause de survie, il semble que ces conventions internationales puissent s'appliquer aux investissements effectués sous leur empire, en vertu de l'article 70 (1) b de la convention

49 UNCTAD, *Recent Developments in International Investment Agreements (2008–June 2009)*, IIA Monitor n° 3 (2009) International Investment Agreements, p. 5-6.

50 Cela n'est pas étrange selon M. Wegen. Cet auteur a remarqué que certains mécanismes de règlement des différends étaient utilisés pour sanctionner le non respect de traités arrivant à leur terme, Gerhard Wegen, dispute settlement and arbitration, In *International investment disputes: Avoidance and settlement*, Seymour G. Rubin et Richard Nelsen ed, St. Paul, MN: West Publishing Co., 1985, p. 67.

51 Article 16 du TBI Etats-Unis-Azerbaïdjan de 1997: "For ten years from the date of termination, all other Articles shall continue to apply to covered investments established or acquired prior to the date of termination", 20 ans dans la Charte de l'Energie (Art. 47 § 3).

de Vienne sur le droit des traités qui consacre une règle faisant partie du droit coutumier international selon laquelle: “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 [...] 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 [...]”⁵².

41. À ces dénonciations qui s’expliquent par des motivations politiques, on peut aussi citer celles qui s’expliquent par des raisons techniques (même si les frontières entre le politique et le technique ne sont pas aussi nettes) liées à l’adhésion à l’Union européenne.

Ainsi, en 2008, l’Italie et la Hongrie ont décidé de mettre fin à leur TBI. La République Tchèque a décidé aussi de dénoncer les 23 TBI la liant avec les Etats membres de l’Union européenne (Le TBI avec l’Italie prend fin en avril 2009). La République Tchèque a soutenu devant les tribunaux arbitraux, sans succès, que ces traités sont incompatibles avec le droit communautaire. Elle a décidé enfin de les dénoncer.

En effet, la rencontre entre droit communautaire et droit des investissements est très problématique. Le sort des TBI intra-communautaire est très incertain et la possibilité de recourir à l’arbitrage Cirdi pour régler des différends intra-communautaire d’investissement n’est pas certaine⁵³.

Bien plus, l’avenir des TBI conclus entre Etats membres de l’Union européenne et Etats tiers n’est pas lui aussi très clair. Le traité de Lisbonne qui est entrée en vigueur depuis le 1er janvier 2010 confère à l’Union européenne une compétence pour négocier des accords internationaux relatifs à l’investissement étranger direct⁵⁴. On peut se demander si l’Union se substituera aux Etats membres et assumera leurs engagements dans les TBI avec les Etats tiers (comme c’est le cas dans le cadre du GATT). Quoi qu’il en soit, l’apparition de l’Union européenne comme acteur négociant des traités d’investissements va lancer des nouveaux défis aux spécialistes. L’un de ces défis est le problème de l’attribution. Peut-on tenir la communauté européenne pour responsable des expropriations décidées par des Etats membres (une sorte de responsabilité du fait personnel d’autrui).

52 En ce sens Moshe Hirsch, *The arbitration mechanism of the international centre for settlement of investment disputes*, Graham & Trotman/Martinus Nijhoff 1993, p. 57.

53 Pour ce débat, voir acquisition: Thomas Wälde et Walid Ben Hamida, *The arbitrability of ECT pre-investment (access) rights, investment character of tender offers and parallel application of Energy Charter Treaty and European Community law*, In “*Investment protection and the Energy Charter Treaty*”, C. Ribero ed., 2009, p. 151-227

54 Articles 206 et 207.

L'investisseur peut-il engager la responsabilité des Etats membres de la Communauté devant le même tribunal arbitral⁵⁵. Faut-il diviser les recours?

Pour l'arbitrage Cirdi, cette extension nouvelle de la compétence communautaire à l'investissement soulèvera de nouvelles interrogations. Le système du Cirdi et son mécanisme supplémentaire ne peut pas être utilisé pour régler des litiges impliquant l'Union européenne. Les deux procédures ne sont accessibles que contre des Etats ou des autorités infra-étatiques⁵⁶. Comment alors adapter le système du Cirdi à cette nouvelle réalité?

CONCLUSION

42. En définitive, la dénonciation de la Convention de Washington ne met pas fin aux arbitrages lancés contre les Etats qui la dénonce. L'Etat qui souhaite éviter des arbitrages fondés sur des traités d'investissements devant le Cirdi doit dénoncer les traités d'investissement – s'il peut le faire – et dénoncer la Convention de Washington. Dans tous les cas, les autres formes d'arbitrages peuvent être utilisées pendant une période allant de 10 ans à 20 ans pour les investissements qui ont été réalisés lorsque les traités étaient en vigueur. Le tribunal arbitral qui a statué dans l'affaire Yukos contre la Russie en application de la Charte de l'Energie a affirmé qu'en dépit de la dénonciation de la Charte par la Russie intervenue en 2009, la Russie restait liée, à l'égard des investisseurs qui ont réalisé des investissements avant la dénonciation de la Charte et par l'arbitrage Etat-investisseur qu'elle prévoit jusqu'au 19 octobre 2029 (la charte prévoit une clause de survie de 20 ans)⁵⁷.

Comme dans un couple, après une décision de divorce, on se rend compte que les liens du divorce sont encore indissolubles. Le retrait du Cirdi n'est pas un adieu mais simplement un "au revoir". Etats et investisseurs privés se retrouveront devant les tribunaux arbitraux Cirdi, ou non-Cirdi en dépit de la dénonciation de la Convention de Washington et de la dénonciation

55 Voir Joachim Karl, The competence for foreign direct investment New Powers for the European Union, *Journal of World Investment and Trade*, 2004, p. 413. L'auteur explore les problèmes de responsabilité et d'attribution. Il affirme qu'en cas d'expropriation par un Etats membre, c'est la communauté qui doit être tenue pour responsable, p. 432. voir aussi, Wenhua Shan, Towards a common european community policy on investment issues, *Journal of World Investment*, 2001, p. 603-625.

56 Une déclaration de la CEE dans la charte de l'énergie reconnaît l'inaccessibilité de la Communauté aussi bien à l'arbitrage Cirdi qu'à son mécanisme supplémentaire.

57 Le tribunal a affirmé: "*[P]ursuant to Article 45(3)(b) of the Treaty, investment-related obligations, including the obligation to arbitrate investment-related disputes under Part V of the Treaty, remain in force for a period of 20 years following the effective date of termination of provisional application. In the case of the Russian Federation, this means that any investment made in Russia prior to 19 October 2009 will continue to benefit from the Treaty's protections for a period of 20 years – i.e, until 19 October 2029*".