



HAL
open science

Convention de Washington : l'approche de l'Amérique latine

Rosa Amilli Guzman Perez

► **To cite this version:**

Rosa Amilli Guzman Perez. Convention de Washington : l'approche de l'Amérique latine. Droit. Université Sorbonne Paris Cité, 2015. Français. NNT : 2015USPCD035 . tel-01531989

HAL Id: tel-01531989

<https://theses.hal.science/tel-01531989v1>

Submitted on 2 Jun 2017

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

UNIVERSITÉ PARIS 13 - SORBONNE PARIS CITÉ

U.F.R. « DROIT ET SCIENCES POLITIQUES ET SOCIALES »

N° attribué par la bibliothèque

--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

THÈSE

pour obtenir le grade de

DOCTEUR DE L'UNIVERSITÉ PARIS 13

Discipline : Droit Public

Présentée et soutenue publiquement

par

Rosa Amilli GUZMAN PEREZ

le 17 décembre 2015

Titre :

Convention de Washington :
l'approche de l'Amérique latine

Directeur de thèse :

M. Yves NOUVEL

Jury :

Mme. Catherine FABREGOULE. Maître de conférences, HDR, Université Paris 13 Nord, Sorbonne Paris Cité.

M. Alfredo de JESÚS O. Avocat, Cabinet De Jesús & associés.

M. Franck LATTY. Professeur, Université Paris Ouest Nanterre La Défense.

M. Arnaud de NANTEUIL. Professeur, Université du Maine.

M. Yves NOUVEL. Professeur, Université Panthéon-Assas.

Convention de Washington : l'approche de l'Amérique latine.

Trois pays d'Amérique latine – la Bolivie, l'Équateur et le Venezuela – ont dénoncé la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États. Cette « vague » de dénonciations témoigne d'un rejet du système d'arbitrage, créé par la Convention de Washington, considéré comme déséquilibré, antidémocratique, onéreux et discriminatoire. Aux yeux de l'Amérique latine, l'arbitrage CIRDI serait conçu pour bénéficier exclusivement aux investisseurs au détriment des États hôtes des investissements.

Dans ce travail de recherche, l'approche de l'Amérique latine relative à la Convention de Washington sera présentée en deux étapes. D'abord, les évolutions liées au cadre économique et juridique latino-américain, des prémices de la Convention en 1964, jusqu'à son adoption définitive dans les années 90, seront analysées. Puis seront abordées les principales critiques émises actuellement contre le système d'arbitrage CIRDI. Quels sont les facteurs déterminants du changement dans les politiques en matière d'investissements étrangers en Amérique latine ? Les pays, qui ont dénoncé la Convention de Washington, ont-ils des raisons suffisamment valables de rejeter l'arbitrage transnational en matière d'investissements ? Le CIRDI a-t-il failli dans l'accomplissement de ses fonctions ? Ce travail de recherche vise à répondre à ces questions en analysant la Convention de Washington sous un angle latino-américain.

Mots-clés

Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements – Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États – Convention de Washington – CIRDI – Amérique latine – Arbitrage international – Arbitrage transnational – Droit international – Investissement – Protection des investissements – TBI – TPPI – Dénonciation des traités

Washington Convention: the Latin-American approach.

Three countries in Latin America - Bolivia, Ecuador and Venezuela - have denounced the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States. This "wave" of denunciations reflects a negative perception of the arbitration system created by the ICSID Convention, which is described as unbalanced, undemocratic, expensive and discriminatory. In Latin America's view, ICSID arbitration was created to benefit only to investors at the expense of investments' host states.

This research focuses on the Latin America's approach on the Washington Convention addressing it in two stages. First, the Latin American economic and legal framework in the early discussions on the draft of the Convention in 1964 and its subsequent adoption in the 1990s will be addressed. Secondly, the subjects that currently arouse the main criticisms to the ICSID arbitration system will be detailed. What are the reasons of change in foreign investment policies in Latin America? Do the countries that denounced the Washington Convention have acceptable reasons for rejecting investments' transnational arbitration? Did ICSID failed in the performance of its duties? This research aims to answer these questions by analyzing the Washington Convention from the Latin American perspective.

Keywords

International Centre for Settlement of Investment Disputes – Convention on the settlement of investment disputes between States and nationals of other States – Washington Convention – ICSID – Latin America – International arbitration – Transnational arbitration – International investment law – Investment protection – BIT – IIA – Treaty denunciation

REMERCIEMENTS

À mon directeur de thèse, Monsieur Yves Nouvel, qui m'a accordée sa confiance en acceptant d'encadrer ce travail de recherche.

À Mesdames Sandrine Caron et Claudine Moutardier, pour leur précieuse aide administrative tout au long du développement de cette thèse.

À l'Université Autonome de Nuevo Leon pour son soutien financier, ainsi qu'à Mesdames Emma Melchor et Mariana Gallegos du Département d'échange académique.

Aux ex-directeurs de la Faculté de Droit de l'Université Autonome de Nuevo Leon, Messieurs Francisco Gorjón Gómez et José Luis Prado Maillard qui ont soutenu ma candidature pour l'obtention de la bourse universitaire dont j'ai pu profiter.

À Madame Dominique Demier, relectrice de cette thèse qui m'a beaucoup appris sur un plan linguistique.

À mes amis, Irma, Mónica, Sarah, Betlem, Nina, Yuly, Ly et Habsa. Je les remercie d'avoir été présents à mes côtés.

À Francisco, mon ami, mon compagnon de route avec qui j'ai réalisé le rêve de venir étudier en France. Il m'a toujours aidée et encouragée à relever le défi que représente l'écriture d'une thèse.

Enfin un remerciement tout particulier à ma famille, spécialement à mes parents, qui, malgré la distance et les années passées hors du Mexique, m'ont toujours soutenue. Sans leur aide inconditionnelle, il est certain que je n'aurais pas pu réaliser un tel travail. Cette thèse est certainement pour vous.

SOMMAIRE

INTRODUCTION	3
---------------------------	----------

**PREMIÈRE PARTIE. LA NATIONALISATION DE L'ARBITRAGE CIRDI :
L'ORDRE CONSTITUTIONNEL LATINO-AMÉRICAIN S'OPPOSANT À
L'ARBITRAGE DU CENTRE.**

TITRE I. LA CONSTITUTIONNALISATION DE L'ARBITRAGE CIRDI, L'AJUSTEMENT DE LA CONVENTION À LA NORME SUPRÊME.....	9
<i>Chapitre 1. L'Amérique latine des années 1960 : les Constitutions du protectionnisme.....</i>	<i>13</i>
<i>Chapitre 2. L'Amérique latine des années 1990 : les Constitutions du libéralisme économique.....</i>	<i>41</i>
TITRE II. LE CONTRÔLE DE LA CONSTITUTIONNALITÉ DE LA CONVENTION DE WASHINGTON ET DES TRAITÉS POUR L'ENCOURAGEMENT ET LA PROTECTION DES INVESTISSEMENTS.....	79
<i>Chapitre 1. Le contrôle a priori de la Convention de Washington et des TBI comme condition à leur ratification.</i>	<i>81</i>
<i>Chapitre 2. Le contrôle a posteriori de la constitutionnalité de la Convention de Washington et des TBIs.</i>	<i>119</i>

**SECONDE PARTIE. L'INTERNATIONALISATION DE L'AMÉRIQUE LATINE : LA
CONVENTION DE WASHINGTON EN OPPOSITION AUX NOUVEAUX
PRINCIPES LATINO-AMÉRICAINS.**

TITRE I. LA CONVENTION DE WASHINGTON FACE AUX MOUVEMENTS SOCIAUX LATINO-AMÉRICAINS : LES DROITS DES INVESTISSEURS EN OPPOSITION AUX DROITS DE LA SOCIÉTÉ CIVILE.....	157
<i>Chapitre 1. Participation sociale et transparence dans le système d'arbitrage des investissements : une bataille remportée par la société civile ?.....</i>	<i>161</i>
<i>Chapitre 2. Droits de l'homme et arbitrage des investissements : convergence et équilibre.....</i>	<i>193</i>
TITRE II. LA DÉNONCIATION DE LA CONVENTION DE WASHINGTON EN AMÉRIQUE LATINE : RUPTURE ET PERSPECTIVES.....	233
<i>Chapitre 1. La dénonciation de la Convention de Washington et des traités bilatéraux pour l'encouragement et la protection des investissements : les changements politiques et juridiques en Bolivie, en Équateur et au Venezuela.</i>	<i>235</i>
<i>Chapitre 2. La dénonciation de la Convention de Washington : conséquences et perspectives.</i>	<i>283</i>
CONCLUSION	317
BIBLIOGRAPHIE.....	327
TABLE DES ANNEXES	365

À la mémoire de ma tante, la plus petite, Ale

À mon Alizée

LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS ET ACRONYMES

ALBA-TCP	Alianza Bolivariana para los Pueblos de Nuestra América – Tratado de Comercio de los Pueblos
ALÉAC	Accord de libre-échange d'Amérique centrale
ALÉNA	Accord de libre-échange nord-américain
Art.	Article
BIRD	Banque internationale pour la reconstruction et le développement
CADH	Convention américaine relative aux droits de l'homme
CAN	Communauté andine
CC	Cour constitutionnelle
CEPALC	Commission économique pour l'Amérique Latine et les Caraïbes
CIDH	Cour interaméricaine des droits de l'homme
CIRDI	Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements
CN	Constitution nationale
CNUCED	Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement
CNUDCI	Commission des Nations Unies pour le droit commercial international
COGP	Código Orgánico General de Procesos
Convention CIRDI	Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États
CPC	Código Procesal Constitucional
CPCCN	Código Procesal Civil y Comercial de la Nación
CSJ	Cour suprême de justice
CSJN	Corte Suprema de Justicia de la Nación

EAI	Enterprise for the Americas Initiative
ECCHR	Centre européen pour les droits de l'homme et constitutionnels
FMI	Fonds monétaire international
ISI	Industrialisation par substitution aux importations
LOJ	Ley de Organización Judicial
LOPGR	Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República
LPC	Loi de procédures constitutionnelles
LPI	Loi pour la promotion des investissements
LTC	Loi du Tribunal constitutionnel
MERCOSUR	Marché commun du Sud
OCDE	Organisation de coopération et de développement économiques
ONG	Organisation non gouvernementale
PIB	Produit intérieur brut
PICAB	Programme d'intégration et de coopération entre l'Argentine et le Brésil
SEMAPA	Service municipal d'eau potable (Bolivie)
TBI	Traité bilatéral d'investissement
TC	Tribunal constitutionnel
TPPI	Traité de promotion et protection des investissements
TSJ	Tribunal Supremo de Justicia
UNAM	Universidad Nacional Autónoma de México
UNASUR	Union des nations sud-américaines

INTRODUCTION

« L'essentiel dans l'étude du Droit, c'est la recherche des conditions dans lesquelles se posent les problèmes juridiques. (...) Pour quoi et comment, dans tel pays, à l'époque actuelle, un certain problème juridique se pose-t-il ? »¹ La dénonciation de la Convention de Washington par trois pays latino-américains – jusqu'à aujourd'hui les seuls à l'avoir fait dans l'histoire de la Convention –, provoqua de questionnements quant à l'avenir de l'arbitrage des investissements dans la région. Les dénonciations furent interprétées comme signe d'un mouvement latino-américain de rejet contre l'arbitrage des investissements, ce qui nécessite de s'interroger sur les raisons qui ont poussé vers le développement d'un tel phénomène.

L'Amérique Latine est souvent aperçue comme un ensemble homogène de pays ; ainsi, un nombre infini de sujets sont abordés soit en étudiant en masse l'ensemble des pays, soit en revendiquant un point de vue dit « latino-américain ». Pourtant, les différences dans la région se révèlent dans tous les domaines, marquant l'esprit de chacun des pays. Bien que l'Amérique latine soit à plusieurs reprises abordée dans cette thèse comme une unité, en ce qui concerne l'accueil des investissements étrangers, le sujet est confronté à toute une diversité de politiques, de réglementations et de facteurs sociaux et économiques, qui font de chaque État un cas particulier. Cette thèse ne réunit pas toutes ces particularités nationales ; en effet, elle n'aborde pas l'ensemble des éléments qui interviennent dans le domaine de l'arbitrage d'investissement mais uniquement ceux qui concernent l'arbitrage CIRDI, faisant notamment référence aux pays les plus critiques de ce système d'arbitrage ou dans lesquels se pose une problématique particulière. D'ailleurs, lorsque l'Amérique latine est ici évoquée, il s'agit uniquement de l'Amérique continentale, composée de dix-sept pays : l'Argentine, la Bolivie, le Brésil, le Chili, la Colombie, le Costa Rica, l'Équateur, le Guatemala, l'Honduras, le Mexique, le Nicaragua, le Panama, le Paraguay, le Pérou, le Salvador, l'Uruguay et le Venezuela.

Cette thèse confère une place importante à l'histoire, d'une part de l'Amérique latine – abordée le plus souvent dans son ensemble et, lorsqu'il est nécessaire, faisant le point sur un pays déterminé – et d'autre part, de la Convention de Washington.

¹ Gaston JÈZE. *Les principes généraux du droit administratif*. 3ème édition. Paris : Marcel Giard, 1925, p. II.

L'histoire est le point de départ des fondements de la pensée juridique d'un pays, voire d'une région. Il ne s'agit pas de justifier la pensée juridique latino-américaine mais de la discerner des autres à travers la compréhension des événements historiques et des facteurs économiques impactant la région. En effet, les mouvements d'opposition à l'arbitrage des investissements ne se limitent pas à l'Amérique latine. Au-delà de querelles idéologiques, il existe un certain consensus des États, en général, sur une restructuration partielle du droit de l'arbitrage des investissements. Pourtant, cette thèse ne s'occupera pas de comparer la perspective latino-américaine avec les autres mouvements critiques de l'arbitrage d'investissement.

La Première Partie de cette thèse est donc consacrée aux cadres historiques, économiques, politiques et juridiques de l'Amérique latine, abordés avec une différenciation quant aux pays concernés selon les deux périodes analysées. La première, la période de discussion du texte de la Convention de Washington dans les années soixante, porte sur les pays qui participèrent à la réunion de consultation sur la Convention tenue en février 1964, seuls le Mexique et l'Uruguay y étaient absents. La seconde, la période d'adoption de la Convention de Washington dans les années quatre-vingt-dix, concerne les quinze pays qui en devinrent pays membres, excluant donc le Mexique et le Brésil.

Bien que la vue d'ensemble prédomine dans la première partie de cette thèse, certains systèmes juridiques nationaux seront abordés de manière particulière, surtout en ce qui concerne le contrôle constitutionnel préalable à l'adoption de la Convention de Washington. La Convention ne fut pas confrontée à l'analyse de sa constitutionnalité dans toute la région pourtant très attachée au principe de suprématie constitutionnelle. Seuls le Costa Rica et la Colombie, où le contrôle préventif de la constitutionnalité des traités était obligatoire, réalisèrent l'examen constitutionnel de la Convention, résultant dans les résolutions exposées dans cette thèse.

Ensuite, la Seconde Partie de cette thèse s'occupe du resurgissement récent des oppositions à la Convention. En effet, l'enthousiasme des pays de l'Amérique Latine des années 90, résultant dans la signature de plusieurs accords de protection aux investissements, s'est finalement transformé en méfiance. Depuis l'année 2000 et suite à la prolifération des arbitrages portés contre eux, certains pays de l'Amérique Latine

semblent de nouveau privilégier leurs vieilles politiques protectionnistes, cherchant ainsi à se protéger des entreprises multinationales, des tribunaux arbitraux et, enfin, des politiques qui, d'après eux, mettent en péril leur souveraineté. En effet, l'Amérique du Sud avait, jusqu'en 2014, le pourcentage le plus élevé des affaires enregistrées sous la Convention CIRDI et le Règlement du Mécanisme supplémentaire, soit 27% de la totalité des affaires².

« Le droit international des investissements peut être fondé sur la vision propre au Tiers Monde dans les années 1970, propagée par les avocats et économistes internationaux des pays en voie de développement préoccupés par l'exploitation des pays pauvres et par le caractère inégal de l'ordre économique mondial. L'élément clé est ici l'affirmation de la souveraineté nationale s'opposant aux entreprises multinationales »³.

Les États latino-américains qui dénoncèrent la Convention de Washington revendiquent cette vision, engageant une sorte de nouvelle guerre d'indépendance, dans le but de reconquérir le pouvoir de déterminer leurs politiques économiques.

De plus, le rejet à l'arbitrage d'investissement n'est pas une question exclusivement gouvernementale, elle concerne également les citoyens. Les tribunaux arbitraux se voient souvent confronter à l'opposition de la société civile qui repousse l'intervention de tribunaux internationaux dans des affaires touchant de domaines sensibles ou les intérêts d'une population. Ainsi, la première moitié de la Seconde Partie de cette thèse est consacrée aux réclamations des mouvements sociaux latino-américains, concernant notamment les défaillances de l'arbitrage d'investissement quant à la participation de la société civile dans les arbitrages, la transparence des procédures arbitrales et, finalement, l'application des droits de l'homme dans la résolution des différends en matière d'investissement. Ces sujets sont principalement abordés à partir d'expériences propres aux pays latino-américains.

Finalement, contrairement aux prédictions annoncées, la Convention de Washington ne fut pas dénoncée que par trois pays : la Bolivie, l'Équateur et le

² CENTRE INTERNATIONAL POUR LE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS RELATIFS AUX INVESTISSEMENTS. *The ICSID case load - statistics*, 2014, n°2014-2, p. 11.

³ WÄLDE, Thomas W. *Nouveaux horizons pour le droit international des investissements dans le contexte de la mondialisation de l'économie: études de questions spécifiques*. Paris : A. Pedone, 2004, p. 8.

Venezuela. Ces procès de dénonciation de la Convention, tout comme ceux de son adoption, sont entourés de facteurs économiques et politiques qui influencèrent la position actuelle de ces pays envers l'arbitrage d'investissement. Le nouveau cadre politique impactant le régime juridique national des investissements étrangers est donc abordé dans le dernier titre de cette thèse, ainsi que les particularités de chaque procès de dénonciation de la Convention.

Les actions de l'Équateur seront spécialement examinées car, d'une part, l'adoption de sa dernière Constitution en 2008, contenant des restrictions expresses relatives à l'arbitrage des investissements, eut un impact significatif sur la dénonciation de la Convention de Washington et des traités pour la protection des investissements, et, d'autre part, ce pays est devenu le principal promoteur de la création d'un système régional d'arbitrage qui substituerait le CIRDI. Ainsi, cette thèse abordera à la fin la proposition équatorienne pour la création d'un Centre régional d'arbitrage dans le cadre de l'Union des Nations Sud-américaines (UNASUR).

Plus de vingt ans se sont passés depuis la signature de la Convention de Washington par les premiers pays latino-américains, souvent accusés de ne pas y avoir réfléchi. La volonté de l'époque était d'attirer des investissements étrangers et la signature de la Convention et des TPPIs se présentait comme une bonne publicité étatique qui rassurerait les investisseurs sur la modernité d'un pays disposé à être soumis au jugement d'un tribunal impartial. Il n'y a pas de sagesse dans le choix d'un chemin dont on ignore où il va⁴ et, dans le cas de l'arbitrage des investissements, le chemin choisi a présenté quelques dérives inattendues qui influencèrent le revirement de l'enthousiasme initial, faisant qu'actuellement le système d'arbitrage CIRDI se voit confronter à de nombreuses critiques.

Cette thèse prétend donc cerner les incompatibilités du système CIRDI avec les cadres juridiques nationaux des pays détracteurs et clarifier leur origine, à travers l'examen des normes nationales, du rôle des tribunaux arbitraux CIRDI et de l'analyse des cadres économiques et politiques qui influencèrent les différentes perceptions de l'arbitrage d'investissement en Amérique latine.

⁴ Benjamin N. CARDOZO. *The Nature of the Judicial Process*. London : Yale University Press, 1921.

PREMIÈRE PARTIE. LA NATIONALISATION DE L'ARBITRAGE CIRDI : L'ORDRE CONSTITUTIONNEL LATINO-AMÉRICAIN S'OPPOSANT À L'ARBITRAGE DU CENTRE

« L'esprit des lois ne prétend-il pas que celles-ci doivent être adaptées au peuple à qui elles sont destinées ? Que les lois d'une nation ne peuvent convenir à une autre que par le plus grand des hasards ? Qu'elles doivent être relatives aux caractéristiques physiques du pays, à son climat, à la qualité du terrain, à sa situation, à son étendue, au mode de vie de sa population ? Qu'il leur faut tenir compte du degré de liberté que la constitution peut tolérer, de la religion des habitants, de leurs inclinaisons, de leurs richesses, de leur nombre, de leurs coutumes, de leur mode de vie ? Voici le code que nous aurions dû consulter à la place de celui de Washington ! »⁵

- Simon Bolivar -

TITRE I. LA CONSTITUTIONNALISATION DE L'ARBITRAGE CIRDI, L'AJUSTEMENT DE LA CONVENTION À LA NORME SUPRÊME.

Simon Bolivar reprochait l'influence excessive du modèle constitutionnel étatsunien sur la première Constitution du Venezuela indépendante. Cette phrase prononcée en 1819, reprend vie à la lumière de la récente opposition latino-américaine à un autre genre de code également conçu à Washington : la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États. Aujourd'hui, l'Amérique latine semble regretter d'avoir adopté une Convention qui, d'après elle, ne répond pas à sa situation, à ses richesses, à ses populations, à ses coutumes, à sa façon de considérer le droit international mais surtout à ses Constitutions nationales. Pourtant, cette Convention avait convenu à l'Amérique latine et non par le

⁵ Simon BOLIVAR. Discours prononcé par le Libertador devant le Congrès d'Angostura le 15 février 1819. In : *La conscience de l'Amérique : lettres et discours politiques du Libertador*. Traduit de l'espagnol par Laurent TRANIER. Paris : Toute Latitude, 2008, p. 79-80.

plus grand des hasards mais à cause des circonstances très particulières qui entourèrent son adoption.

Le code de Washington en matière d'investissements est donc remis en question. Les nouvelles Constitutions de l'Équateur⁶ et de la Bolivie⁷ témoignent de la volonté de l'État de ne plus être soumis à un tribunal arbitral international ; les nouvelles dispositions constitutionnelles limitent l'accès des investisseurs étrangers aux tribunaux arbitraux, les soumettant à la juridiction et aux lois nationales. En outre, bien que l'Argentine n'ait pas changé sa Constitution depuis 1994, année de son adhésion à la Convention de Washington, ce pays brandit sa norme suprême comme un bouclier contre l'exécution des sentences arbitrales condamnatoires récemment rendues. En effet, les Constitutions étant les normes suprêmes dans les ordres juridiques latino-américains, elles conditionnent la validité des autres instruments juridiques. « La Constitution, rien que la Constitution » répétait souvent l'ex-président vénézuélien Hugo Chavez ; rien ne doit contrarier la Constitution et rien n'échappe à son contrôle.

Les questions liées à la constitutionnalité de la Convention de Washington, notamment par l'adoption de nouvelles Constitutions nationales, semblent être à l'origine du rejet de l'arbitrage international en matière d'investissements. Néanmoins, le débat sur l'incompatibilité de la Convention avec l'ordre juridique national est loin d'être nouveau, car la constitutionnalité de la Convention a été un sujet controversé dès sa création. En outre, les contextes politiques et économiques de l'Amérique latine ont une grande influence sur les textes constitutionnels adoptés et sur les politiques favorables ou défavorables envers les étrangers. Ces aspects, souvent ignorés dans les thèses juridiques, ont joué un rôle important dans les différentes phases historiques qu'a connues la Convention de Washington : sa discussion, son adoption et le rejet dont elle fait l'objet depuis peu.

Dans cette première partie les deux premières périodes de vie de la Convention de Washington en Amérique latine seront abordées. D'abord, les préoccupations des pays latino-américains lors des premières discussions du texte de la Convention qui se

⁶ La Constitution de l'Équateur fut publiée le 20 octobre 2008. Voir *Registro Oficial, órgano del Gobierno del Ecuador*, n°449, 20 octobre 2008.

⁷ La Constitution de la Bolivie fut publiée le 7 février 2009. Voir *Gaceta Oficial del Estado Plurinacional de Bolivia*, N°NCPE, 7 février 2009.

fondaient bien évidemment sur le cadre juridique existant en 1964 – date de la réunion consultative tenue au Chili – mais qui reflétaient aussi leurs priorités en raison de leur modèle économique et de leurs situations politiques (Chapitre 1). Ensuite, la façon dont les contradictions constitutionnelles furent apparemment surmontées lors de l’adoption de la Convention au cours des années 1990 suite aux changements politiques et économiques des années du libéralisme (Chapitre 2).

Chapitre 1. L'Amérique latine des années 1960 : les Constitutions du protectionnisme.

La Convention de Washington fut ouverte à la signature le 18 mars 1965. Cependant, les pays latino-américains hésitèrent à y adhérer et ce n'est qu'au cours des années 1980 et 1990 que quinze pays d'Amérique latine en devinrent pays membres⁸. Pourquoi ont-ils tardé autant pour s'engager dans une Convention qui avait pour vocation d'attirer les investissements étrangers ? Ces investissements n'étaient-ils pas fondamentaux pour le développement des faibles économies latino-américaines ?

Afin de comprendre la passivité initiale des États latino-américains face à la Convention de Washington, le modèle économique prédominant dans l'Amérique latine des années 1960, sa situation politique et notamment ses rapports avec le pays qui promouvait l'adoption de la Convention, à savoir les États-Unis, seront en premier lieu exposés (Section 1). Ensuite, sera abordé le cadre juridique dans lequel la Convention de Washington prétendait s'insérer et les premières questions d'inconstitutionnalité qui surgirent lors de la discussion du texte de la Convention en 1964 (Section 2).

Section 1. L'Amérique latine de 1960 : protectionnisme, interventionnisme et instabilité.

Le cadre économique et politique de l'Amérique latine des années 1960 fut défini par le protectionnisme, l'interventionnisme et l'instabilité. La première partie de cette section décrira donc le modèle économique protectionniste et autocentré qui prévalait à l'époque dans la région : l'industrialisation par substitution aux importations (§1) pour ensuite aborder la question de l'interventionnisme étatsunien et la façon dont il a affecté les relations Nord-Sud dans le continent américain (§2).

⁸ Les pays de l'Amérique continentale furent les seuls considérés : l'Argentine, la Bolivie, le Chili, la Colombie, le Costa Rica, l'Équateur, le Salvador, le Guatemala, le Honduras, le Nicaragua, le Panama, le Paraguay, le Pérou, l'Uruguay et le Venezuela. Voir « Annexe I ».

§1. Le cadre économique latino-américain.

A. L'industrialisation par substitution aux importations.

Entre 1950 et 1980, la croissance générale latino-américaine enregistra une progression annuelle de 5,5%⁹. Le modèle économique de la région était celui de l'industrialisation par substitution aux importations (ISI), modèle né d'abord comme « simple réaction de défense imposée par la crise des années trente »¹⁰, et ensuite encouragé par la Commission économique pour l'Amérique latine et les Caraïbes (CEPALC).

La CEPALC, créée en 1948, était très critique vis-à-vis des politiques économiques préconisées par les États-Unis et les institutions financières mondiales comme le Fonds Monétaire International. Raul Prebisch, économiste argentin et secrétaire exécutif de la CEPALC de 1949 à 1963, arguait que le système global d'échange fonctionnait au détriment des économies « périphériques » qui exportaient des produits primaires et importaient des produits transformés très chers provenant des « centres » industrialisés¹¹. Ainsi, « le sous-développement serait la conséquence de la sujétion formelle et informelle [...] d'une société précapitaliste [...] aux États-nations industriels et impérialistes d'Europe et d'Amérique du Nord »¹².

La philosophie économique de l'époque opposait donc la périphérie – le Sud – au Nord industrialisé – l'Europe et les États-Unis – ; l'Amérique latine deviendrait plus pauvre pendant que ses voisins du nord seraient plus riches. Suivant la pensée de Raul

⁹ Alain ROUQUIÉ. *Amérique latine: introduction à l'Extrême-Occident*. Paris : Éd. du Seuil, 1998, p. 360.

¹⁰ Pierre SALAMA et Jacques VALIER. *L'Amérique latine dans la crise : l'industrialisation pervertie*. Paris : Nathan, 1991, p. 54.

« C'est essentiellement la crise des années trente qui, par sa durée et son ampleur, devait, en même temps, faire sombrer la production/exportation de produits primaires et permettre dans un certain nombre de pays d'Amérique latine la réalisation des potentialités industrialisantes des économies d'exportation primaires. Elle allait être à l'origine de la transformation de la structure productive d'un certain nombre de ces économies en économies semi-industrialisées. » *Ibidem*, p. 53.

¹¹ Robert H. HOLDEN et Eric ZOLOV. *Latin America and the United States. A documentary history*. 2^{ème} éd. New York : Oxford University Press, 2011, p. 189-190. Voir aussi Verónica MONTECINOS et John MARKOFF. From the power of economic ideas to the power of economists. In : Miguel A. CENTENO et Fernando LOPEZ-ALVES (éditeurs). *The other mirror : grand theory through the lens of Latin America*. Oxford : Princeton University Press, 2001, p. 116-121.

¹² Luiz C. BRESSER PEREIRA. Amérique latine : de l'interprétation nationaliste à l'interprétation par la dépendance. *Tiers Monde*, 2009, vol. 3, no. 199, p. 536.

Prebisch, l'Amérique latine évitait de négocier avec les États-Unis au moins dans le domaine économique¹³.

Sous le modèle d'ISI, l'industrialisation était une condition préalable au développement ; il s'agissait de créer un appareil productif propre qui puisse satisfaire le marché intérieur remplaçant ainsi les importations des biens de consommation. L'État, acteur central de cette stratégie, pratiquait une planification active de l'industrialisation¹⁴. Certaines Constitutions nationales, prônant ce modèle économique, octroyaient à l'État le pouvoir de réguler l'économie et d'intervenir dans le commerce, l'industrie et la production¹⁵.

« L'État s'engage alors dans un processus d'expansion de ses pouvoirs et de modernisation. Ses fonctions s'étendent non seulement : a) en direction des secteurs de services caractéristiques des gouvernements modernes, tels que l'éducation, la santé, la sécurité sociale, mais aussi b) vers des activités de planification et de coordination économique, au moyen d'organismes nouveaux de planification et de contrôle qui sont créés à tous les niveaux gouvernementaux, ainsi que c) vers les secteurs directement productifs et les secteurs financiers. »¹⁶

En effet, l'industrie nationale naissante, orientée vers la satisfaction du marché intérieur, nécessitait l'interventionnisme étatique. Ainsi, l'État subventionnait les secteurs agricoles et miniers en difficulté ou achetait pour partie leur production destinée à l'exportation et définissait les normes relatives au fonctionnement du marché¹⁷. Par ailleurs, pour que l'industrialisation puisse se développer, trois conditions

¹³ Russell C. CRANDALL. *The United States and Latin America after the Cold War*. New York : Cambridge University Press, 2008, p. 5.

¹⁴ Voir Joseph L. LOVE. The rise and decline of economic structuralism in Latin America: new dimensions. *Latin American Research Review*, 2005, vol. 40, n°3, p. 103-108. Werner BAER. Industrialization in Latin America: successes and failures. *Journal of Economic Education*, 1984, vol. 15, n° 2, p. 124-135. Camilo DAGUM. L'intégration et la croissance économique en Amérique latine. *Tiers Monde*, 1966, vol. 7, n°25, p. 113-138. Claude AUROI. Tentatives d'intégration économique et obstacles politiques en Amérique latine dans la seconde moitié du XXe siècle. *Relations internationales*, 2009, vol. 1, n° 137, p. 91-97.

¹⁵ Voir dans l'« Annexe II » : l'article 109 de la Constitution de la Bolivie de 1947, l'article 146 de la Constitution du Brésil de 1946, l'article 32 de la Constitution de la Colombie de 1886, l'article 212 de la Constitution du Guatemala de 1956, les Articles 225 et 227 de la Constitution du Panama de 1946, et l'article 15 de la Constitution du Paraguay de 1940.

¹⁶ Luiz C. BRESSER PEREIRA. Le sous-développement industrialisé. *Tiers Monde*, 1976, vol. 17, n° 68, p. 897.

¹⁷ Pierre SALAMA. *Les économies émergentes latino-américaines, entre cigales et fourmis*. Paris : Armand Colin, 2012, p. 16.

devaient être satisfaites : « un minimum de tissu industriel, une politique de subvention et la définition des normes »¹⁸.

B. Les investissements étrangers.

La participation du capital étranger était un aspect important de l'ISI, car les investissements étrangers apporteraient en plus du capital, les technologies et le transfert des connaissances nécessaires pour le développement de l'industrie interne. Pourtant, pendant la période de l'ISI, l'investissement étranger en Amérique latine n'atteignit jamais plus de dix pour cent du total des investissements¹⁹ car « [l']investissement privé direct étranger en Amérique latine impliqu[a] une moindre sortie des capitaux du pays d'origine de l'investissement, et consist[a] en la gestion du financement (...) et en la vente de technologie, plus qu'en un réel afflux de ressources. »²⁰ Or, les investissements des pays développés s'opéraient principalement dans le secteur manufacturier, notamment dans le secteur des biens de consommation durable et des biens d'équipement et, pour que ces industries puissent se développer, l'État devait créer des « conditions permettant au capital de bien se valoriser »²¹.

Les États latino-américains réalisèrent donc eux-mêmes l'essentiel des investissements durant cette période. Le processus de substitution nécessitait des investissements en infrastructures, surtout dans les services publics de l'énergie, de l'eau et des transports, secteurs qui furent jusque dans les années quatre-vingt et quatre-vingt-dix des monopoles publics²². Seuls les États étaient en mesure d'assumer de tels investissements ; les États latino-américains s'endettèrent donc afin de financer leur industrialisation, choix qui fut une des causes des crises économiques des années 1980.

Les Constitutions nationales en vigueur dans les années 1960 témoignaient de l'exclusivité dont l'État jouissait dans certains domaines. Par exemple, l'article 27 de la Constitution mexicaine interdisait d'accorder des concessions dans les domaines du

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ Werner BAER, *op. cit.*, p. 125.

²⁰ Alfredo Eric CALCAGNO. *Informe sobre las inversiones directas extranjeras en América Latina*. 2^{ème} éd. Santiago de Chile : CEPAL, 1980, p. 86. Traduit par l'auteur de cette thèse.

²¹ Pierre SALAMA et Jacques VALIER, *op. cit.*, p. 59. Voir aussi Pierre SALAMA et Patrick TISSIER. *L'industrialisation dans le sous-développement*. Paris : François Maspero, 1982, p. 122-123.

²² Ce n'est qu'après la création d'une base industrielle que les pays d'Amérique latine purent développer un secteur industriel privé et par la suite attirer des capitaux étrangers dans les années 1990.

pétrole, des carbures d'hydrogène solides, liquides ou gazeux, ainsi qu'en ce qui concernait la génération, la conduction, la transformation, la distribution et l'approvisionnement de l'énergie électrique²³ ; la Constitution du Venezuela de 1961 établissait que l'État pouvait se réserver des industries déterminées, des exploitations ou des services d'intérêt public pour des raisons de convenance nationale, encourageant la création et le développement d'une industrie de base lourde sous le contrôle étatique²⁴. De même, les Constitutions du Paraguay et du Pérou accordaient à l'État la faculté de nationaliser les services publics²⁵. De plus, certaines Constitutions attribuèrent à l'État le pouvoir de réguler le commerce et l'industrie, réaffirmant son rôle en tant que directeur de l'économie nationale²⁶.

Or, à l'époque de la discussion du texte de la Convention de Washington, les investissements étrangers se réduisaient au secteur manufacturier et les États latino-américains étaient encore loin de considérer l'incorporation de capitaux privés dans des secteurs qui leur étaient réservés. Et ce d'autant plus que le modèle économique en vigueur donnait de bons résultats : dans les années 1950 et 1960, l'industrialisation par substitution aux importations « fut le moteur principal de la croissance des économies de l'Amérique latine »²⁷. Ce modèle prévaudra jusqu'à la fin des années 1980.

Pourtant, dès le début des années soixante, la Banque mondiale perçut les dangers que représentait la dette de certains pays. Dans son rapport annuel 1963-64, elle exprima sa préoccupation face au lourd fardeau de la dette qui pesait sur un nombre croissant de pays membres et décida de modifier certaines conditions de prêt afin d'alléger le service de la dette dans des cas particuliers²⁸. En outre, la Banque Mondiale promouvait des accords internationaux dans le but d'encourager la participation des capitaux privés dans le développement économique, la Convention de Washington

²³ Voir « Annexe II », article 27 de la Constitution des États-Unis Mexicains avec la réforme de 1961.

²⁴ *Ibidem*, article 97 de la Constitution du Venezuela de 1961.

²⁵ *Ibidem*, article 15 de la Constitution du Paraguay de 1940 et Article 38 de la Constitution du Pérou de 1933.

²⁶ *Ibidem*, voir les dispositions concernant le régime économique des Constitutions de la Bolivie, du Brésil, de la Colombie, du Guatemala, du Honduras, du Panama, du Paraguay et du Venezuela.

²⁷ Oscar ALTIMIR. Industrialisation des pays d'Amérique latine : perspective historique. *Tiers Monde*, 1988, vol. 29, n°115, p. 584.

²⁸ INTERNATIONAL BANK FOR RECONSTRUCTION AND DEVELOPMENT, INTERNATIONAL DEVELOPMENT ASSOCIATION. *Annual Report 1963-64*, World Bank and IDA, p. 8.

faisant partie de ces accords²⁹. Pour la Banque mondiale, l'accroissement des flux de capitaux privés accélérerait le développement et réduirait l'attente par rapport aux financements publics.

Bien que l'on puisse accuser la Banque mondiale d'avoir vu venir la crise de la dette et de ne pas avoir pris les mesures appropriées³⁰, les acteurs principaux de cette politique, les États latino-américains, étaient encore sous le charme des bons résultats économiques du modèle en cours. Pour l'Amérique latine, les perversions du modèle ISI étaient à peine perceptibles, tout comme l'utilité d'adopter une Convention pour attirer des investissements étrangers.

§2. Interventionnisme étatsunien et instabilité politique en Amérique latine.

A. L'interventionnisme étatsunien.

La relation entre les pays d'Amérique latine et les États-Unis a été fortement marquée par l'interventionnisme étatsunien. Au cours du XIX^{ème} siècle et au début du XX^{ème}, l'intervention des États-Unis chercha à « protéger » les nouveaux États indépendants des interventions européennes. En 1823, James Monroe avertit les puissances européennes que toute intervention dans le continent américain serait considérée comme une menace contre les États-Unis. Mais l'auto-investiture de ces derniers comme protecteur des nouvelles souverainetés latino-américaines provoqua à la fin du XIX^{ème} siècle et au début du XX^{ème} la naissance d'une vague anti-impérialiste : les États latino-américains accusaient la Doctrine Monroe d'affirmer que les États-Unis avaient le droit de protéger l'Amérique latine et ainsi d'intervenir dans ses affaires, « l'Amérique aux Américains » signifiant en réalité « l'Amérique – notre Amérique latine – pour les Nord-américains »³¹.

²⁹ INTERNATIONAL BANK FOR RECONSTRUCTION AND DEVELOPMENT, INTERNATIONAL DEVELOPMENT ASSOCIATION. *Annual Report 1965-66*, World Bank and IDA, p. 13-14.

³⁰ Voir Eric TOUSSAINT. *Banque mondiale, le coup d'État permanent : l'agenda caché du Consensus de Washington*. Paris : Syllepse, 2006, p. 175-183.

³¹ Voir Discours de José INGENIEROS, écrivain et intellectuel argentin (1922). In : Robert H. HOLDEN et Eric ZOLOV, *op. cit.*, p. 116-118.

Les successeurs de Monroe ajoutèrent d'autres principes et politiques qui réaffirmaient la vocation expansionniste et rédemptrice des États-Unis. Ainsi, Théodore Roosevelt (1901-1909) étendit le « droit » de son pays à intervenir dans les affaires internes des nations latino-américaines lorsqu'elles se comportaient de manière irresponsable ou qu'elles n'étaient pas capables de maintenir l'ordre interne³².

Les politiques du « *big stick* » de T. Roosevelt et la diplomatie du dollar de William Taft (1909-1913) servaient à justifier leurs constants débarquements militaires notamment dans les pays centroaméricains et de la Caraïbe. Le principe d'intervention américaine était à la base des occupations étatsuniennes de Cuba en 1906, du Nicaragua en 1912, d'Haïti en 1915 et de Saint-Domingue en 1916³³. Pourtant, en 1943 Washington mettrait un terme aux occupations militaires « [a]fin de neutraliser l'«anti-américanisme» et de pouvoir compter sur des alliés sûrs en cas de besoin »³⁴. Ainsi, la politique du bon voisinage de Franklin Roosevelt acceptait le principe de non intervention :

*« The policy of the good neighbor –the neighbor who absolutely respects himself and, because he does so, respects the rights of others- the neighbor who respects his obligations and respects the sanctity of his agreements in and with a world of neighbors. »*³⁵

En effet, lorsque Franklin Roosevelt (1933-1945) arriva au pouvoir, l'Amérique centrale et la Caraïbe avaient subi plus de cent interventions militaires et occupations territoriales³⁶. Néanmoins, bien que les occupations militaires ne fussent plus la forme de domination, les États-Unis continuaient à s'imposer aux nations du Sud notamment pour obliger leur entrée en guerre contre les puissances de l'Axe : « [I]ls n'hésit[ai]ent

Cette vague anti-impérialiste se retrouve aussi dans la littérature de l'époque, par exemple, dans l'œuvre Ariel (1900) de José Enrique Rodó, écrivain uruguayen, et à travers la création de l'A.P.R.A (Alliance populaire révolutionnaire américaine) en 1924 dont l'un de ses propos était l'action des pays latino-américains contre l'impérialisme yanqui. Voir José Enrique RODÓ. Ariel (1900). In : *ibidem*, p. 79-81. Victor HAYA DE LA TORRE. A Latin American Doctrine of Anti-Imperialism (1926). In : *ibidem*, p. 122-123. Charles LANCHA. *Histoire de l'Amérique hispanique de Bolívar à nos jours*. Paris : L'Harmattan, 2003, p. 443.

³² Clara NIETO. *Los amos de la guerra : el intervencionismo de Estados Unidos en América latina, de Eisenhower a G.W. Bush*. Barcelona : Debate, 2005, p. 51-52.

³³ « La République Dominicaine est occupée de 1916 à 1924, le Nicaragua l'est par deux fois (1912-1925 et 1926-1933). Haïti est « protégé » sans interruption par les *marines* de 1915 à 1934. » Alain ROUQUIÉ. *Amérique latine, introduction à l'Extrême-Occident, op. cit.*, p. 429.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ Franklin D. ROOSEVELT. Discours devant le Conseil d'administration de l'Union Panaméricaine (1933). In : Robert H. HOLDEN et Eric ZOLOV, *op. cit.*, p. 133.

³⁶ Clara NIETO, *op. cit.*, p. 56.

pas à déclencher un véritable blocus diplomatique contre les États les plus récalcitrants, parmi lesquels l'Argentine »³⁷.

Après la fin de la Seconde Guerre mondiale et le commencement des affrontements avec l'Union Soviétique, une nouvelle période d'interventionnisme étatsunien s'ouvrit dans le continent³⁸. En 1947, Harry Truman (1945-1953) annonça que les États-Unis protégeraient le « monde libre » contre l'expansion communiste. Dans les années 1950, les interventions prirent la forme d'opérations couvertes de la CIA et dans les années 1960 Lyndon Johnson (1963-1969) restaura le « *big stick* »³⁹.

Par ailleurs, l'étape postérieure à la guerre fut marquée par l'institutionnalisation du système interaméricain, « [i]l s'agi[ssai]t, au nom de la solidarité géographique de protéger l'hémisphère du communisme »⁴⁰, et pour cela deux instruments furent créés : le Traité interaméricain d'assistance réciproque (TIAR) en 1947 et la Charte de l'Organisation des États américains en 1948⁴¹. La menace du communisme donna un nouveau prétexte aux États-Unis pour intervenir chez ses bons voisins, apparemment cette fois-ci pour défendre les démocraties latino-américaines.

De 1947 à 1965, les relations interaméricaines furent affectées par ces interventions liées à la lutte contre le communisme : le renversement du gouvernement de Jacobo Arbenz au Guatemala en 1954 avec le soutien de la CIA et la protection de la résolution de l'OEA condamnant le communisme en mars 1954, les tentatives d'invasion de Cuba en 1961 et son exclusion en 1962 de l'OEA, l'intervention des *marines* en République Dominicaine en 1965 avec l'approbation de l'OEA et finalement, d'une manière plus indirecte, l'aide militaire procurée par les États-Unis aux armées du sous-continent qui assumaient la mission de lutte contre le communisme à l'intérieur des États⁴².

³⁷ Alain ROUQUIÉ. *Amérique latine, introduction à l'Extrême-Occident*, *op. cit.*, p. 429.

³⁸ Voir Bryce WOOD. *The dismantling of the good neighbor policy*. Austin, Tx. : University of Texas Press, 1985, 290 p.

³⁹ Clara NIETO, *op. cit.*, p. 57.

⁴⁰ Alain ROUQUIÉ. *Amérique latine, introduction à l'Extrême-Occident*, *op. cit.*, p. 431.

⁴¹ *Ibidem*. Voir aussi Pierre RIADO. *L'Amérique latine de 1945 à nos jours*. Paris : Masson, 1992, p. 132-135.

⁴² Voir Hal BRANDS. *Latin America's cold war*. Cambridge : Harvard University Press, 2010, p. 37-69. Alain ROUQUIÉ. *Amérique latine, introduction à l'Extrême-Occident*, *op. cit.*, p. 212-216 et 431-434. Alain ROUQUIÉ. *L'État militaire en Amérique latine*. Paris : Éd. du Seuil, 1982, p. 148-188. Pierre VAYSSIÈRE.

Les crises dérivées des interventions étatsuniennes réanimèrent un certain sentiment de méfiance et par conséquent la résurgence de l'anti-américanisme⁴³. Ce rejet des politiques étatsuniennes concerne aussi les accords internationaux qui seraient conclus avec la puissance du Nord : « Les traités internationaux sont une farce lorsqu'ils sont conclus entre un requin et une sardine. »⁴⁴ La Convention de Washington fut donc originellement proposée aux États latino-américains dans ce contexte d'interventionnisme étatsunien qui suscita la méfiance du Sud par rapport aux intentions de son voisin du Nord. La Convention, provenant du requin nord-américain, avait peu de chance d'être adoptée.

B. L'instabilité politique.

Le climat politique instable de l'Amérique latine des années soixante réduisait son attractivité pour les investissements étrangers. De plus, les interventions militaires ne provenaient pas toujours de l'extérieur : de 1962 à 1967, les armées latino-américaines investies comme les nouveaux « croisés de la guerre froide » déclenchèrent plusieurs coups d'État dans la région⁴⁵.

Bien qu'un des propos de la Convention de Washington fût précisément de protéger les investisseurs étrangers des instabilités politiques – ceux-ci avaient besoin de garanties de la part de l'État où ils investissaient afin de réduire leur exposition aux risques politiques⁴⁶, la mise en œuvre d'une telle Convention dans une ambiance

L'Amérique latine de 1890 à nos jours. 3^{ème} éd. Paris : Hachette, 2006, p. 162-163. Olivier DABÈNE. *L'Amérique latine à l'époque contemporaine*. 7^{ème} éd. Paris : Armand Colin, 2011, p. 126-136.

⁴³ En 1958, le vice-président Richard Nixon et son épouse réalisèrent un "goodwill tour" dans huit pays d'Amérique latine. Ils furent souvent accueillis par des manifestations publiques contre le gouvernement étatsunien. À Caracas, leur limousine fut presque retournée par une foule en colère. Voir Robert H. HOLDEN et Eric ZOLOV, *op. cit.*, p. 205.

⁴⁴ « [I]nternational treaties are a farce when they are pacted between a Shark and a sardine. » Juan José AREVALO. *The Shark and the Sardines* (1961). In : Robert H. HOLDEN et Eric ZOLOV, *op. cit.*, p. 232.

⁴⁵ Argentine (1962 et 1966), Pérou (1962), Guatemala (1963), Équateur (1963), République Dominicaine (1963), Honduras (1963), Brésil (1964), Bolivie (1964). Alain ROUQUIÉ. *Amérique latine: introduction à l'Extrême-Occident*, *op. cit.*, p. 214. Voir aussi Olivier DABÈNE, *op. cit.*, p. 126.

⁴⁶ « Unfortunately, private capital was not moving in sufficient volume to areas in need of capital, one of the most serious impediments to its flow being the fear of investors that their investment would be exposed to political risks such as outright expropriation without adequate compensation, government interference and non-observance by the host government of contractual undertakings on the basis of which the investment had been made. » A. BROCHES, conseiller général de la Banque internationale pour la reconstruction et le développement. Réunion consultative d'experts juridiques, Santiago, Chili, 3-7 février 1964. CENTRE INTERNATIONAL POUR LE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS RELATIFS AUX INVESTISSEMENTS. *Convention on the settlement of investment disputes between States and nationals of other States. Documents concerning the origin and the formulation of the Convention*. Tome 2. Washington : ICSID, 1968, partie 1, p. 302.

politique fortement instable restait utopique. Les changements successifs de gouvernement ne permettaient pas d'assurer qu'une convention signée par le gouvernement renversé serait respectée par les insurgés.

En outre, l'instabilité politique constituait aussi un obstacle à l'adoption d'instruments internationaux. À l'époque de la discussion du texte de la Convention, à savoir en 1964, puis de l'ouverture à sa signature en 1965, les gouvernements latino-américains ne jouissaient pas d'une stabilité leur permettant de poursuivre l'analyse du projet de la Convention. En Argentine, le président Arturo Umberto Illia fut renversé lors d'un coup d'État en 1966, lui-même ayant été élu Président après le coup d'État de 1962⁴⁷ ; en Bolivie et au Brésil, les coups d'État militaires qui interrompirent les gouvernements des présidents Victor Paz Estenssoro et Joao Goulart eurent lieu peu après la réunion de consultation de la Convention de Washington en 1964⁴⁸ ; l'Équateur fut gouverné par une junte militaire de 1963 à 1966⁴⁹ succédée par de nombreux gouvernements instables⁵⁰.

Sans doute, les changements successifs de gouvernement ont des répercussions sur le processus d'adoption d'un accord international. Ainsi, Haïti qui signa la Convention de Washington en 1985, un an avant la chute du dictateur Jean-Claude Duvalier (1971-1986), mit plus de vingt ans pour la ratifier à cause d'une instabilité endémique. Après la dictature de Duvalier, plusieurs coups d'État se succédèrent de telle sorte que de 1986 à 2009 une quinzaine de présidents de facto, provisoires ou constitutionnels, furent à la tête du gouvernement⁵¹. Même dans le contexte politique des années 1990, stable et

⁴⁷ Ricardo de TITTO. *Breve historia de la política argentina*. Buenos Aires : Editorial El Ateneo, 2009, p. 242-259.

⁴⁸ Voir Teresa A. MEADE. *A history of modern Latin America : 1800 to the present*. Oxford : Wiley-Blackwell, 2010, p. 252-255. Waltraud Q. MORALES. *A brief history of Bolivia*. 2^{ème} éd. New York : Facts On File, 2010, p. 167-176. Carlos Guilherme MOTA et Adriana LOPEZ. *Historia de Brasil, una interpretación*. Salamanca : Ediciones Universidad Salamanca, 2009, p. 569-622.

⁴⁹ Voir José María EGAS R. *Ecuador y el gobierno de la Junta Militar*. Buenos Aires : Tierra Nueva, 1975, p. 24-27.

⁵⁰ Clemente Yerovi Indaburu fut président intérimaire en 1966. Il fut succédé par Otto Arosemena Gomez (1966-1968) et par Jose Maria Velasco Ibarra (1968-1972). Ce dernier fut renversé en 1972 par un coup d'État militaire commandé par Guillermo Rodriguez Lara. Il n'est qu'entre 1979 et 1996 que les gouvernements équatoriens se sont constitués par des voies électorales. *Ibidem*, p. 26-27. Pablo ANDRADE A. Democracia liberal e inestabilidad política en Ecuador. *Oasis*, 2006, n°11, p. 168.

⁵¹ Voir ORGANISATION DES TRAVAILLEURS RÉVOLUTIONNAIRES, OTR-UCI (éditeur). *Haïti, 1986-2004 : de la chute de Duvalier à l'éviction d'Aristide : une histoire politique*. Pantin : les Bons caractères, 2005, 525 p. Moïse S. TIRANO. Mass politics and the democratic challenge. The prospects of Democratic Consolidation in Haiti. *Pouvoirs dans la Caraïbe*, 1998, n°10, p. 191-216. Javier M.

favorable aux investissements étrangers, le processus de ratification de la Convention de Washington dura plus de deux ans dans la plupart des pays d'Amérique latine⁵².

En résumé, dans les années soixante et soixante-dix, l'Amérique latine possédait un cadre économique et politique plutôt défavorable à l'adoption de la Convention de Washington. D'un côté, la priorité du modèle économique – autocentré et protectionniste – était de développer une industrie nationale et non d'attirer des investissements étrangers qui étaient perçus comme un instrument d'aide au développement, mais accessoire et non prioritaire. D'un autre côté, l'interventionnisme étatsunien détériorait les rapports Nord-Sud et l'instabilité politique interne entravait la continuité des projets gouvernementaux. À cela s'ajoutait le cadre juridique de l'époque aussi imprégné d'un protectionnisme qui empêchait l'adhésion immédiate de l'Amérique latine à la Convention.

Section 2. Le cadre juridique de l'Amérique latine de 1960 : les Constitutions des indépendances.

Lors de la réunion de consultation sur le texte de la Convention de Washington en février 1964, les experts latino-américains soulevèrent les questions juridiques qui pouvaient empêcher l'adoption de la Convention. D'abord, la position de l'Amérique latine concernant sa conception de la souveraineté de l'État en opposition au texte de la Convention de Washington sera abordée (§1) ; pour ensuite analyser la doctrine de Carlos Calvo, doctrine incorporée dans la plupart des Constitutions latino-américaines (§2).

§1. La souveraineté des nouvelles nations latino-américaines.

A. Une lutte constante pour la souveraineté latino-américaine.

Le débat autour de la souveraineté étatique fut une préoccupation essentielle de l'Amérique latine. En effet, les experts africains qui participèrent à la réunion de

GONZALEZ et Ana Inés LOPEZ ACCOTTO. Haïti : los inciertos caminos hacia la democracia. *América latina hoy*, 1996, n°13, p. 27-34.

⁵² Après la signature de la Convention de Washington, en Argentine et au Honduras la ratification prit 3 ans, en Bolivie et en Colombie 4 ans, au Guatemala et en Uruguay 8 ans, au Costa Rica 12 ans et en Haïti 24 ans. Voir CIRDI. *Liste des États contractants et signataires de la Convention (au 11 avril 2014)* [en ligne]. Disponible sur : <<https://icsid.worldbank.org>> (consulté le 6 février 2015).

consultation à Addis-Abeba⁵³, contrairement à leurs homologues latino-américains, montrèrent moins d'intérêt pour les problèmes conceptuels de souveraineté et ils adoptèrent une approche plus pragmatique en se préoccupant uniquement de l'établissement d'un équilibre entre le besoin d'encourager les investissements étrangers et la limite que fixerait la Convention à la liberté d'action des États⁵⁴.

L'Amérique latine semble maintenir, même au présent⁵⁵, une lutte constante pour sauvegarder sa souveraineté, lutte marquée par les guerres d'indépendance de 1810 à 1825. Ces guerres – déclenchées contre une « domination étrangère »⁵⁶ –, secouèrent toute l'Amérique espagnole, sauf l'Amérique centrale et les Antilles. Les Constitutions nationales des États latino-américains qui venaient de naître, contenaient les bases de leur souveraineté en rejetant toute forme d'intervention étrangère ; souvent elles furent – et quelques-unes le sont encore – de véritables Déclarations d'indépendance conçues avec un relatif irréalisme et idéalisme⁵⁷.

Bien que ces Constitutions puissent sembler très éloignées du sujet qui occupe cette thèse, certains principes qui y étaient consignés ont survécu aux nombreuses réformes constitutionnelles postérieures, notamment en ce qui concerne les dispositions liées aux principes d'indépendance, de liberté et de souveraineté. En février 1964, lors de la réunion de consultation sur le texte de la Convention de Washington, certaines Constitutions latino-américaines incluaient encore une « déclaration d'indépendance »

⁵³ Vingt-neuf pays ont participé à la Réunion de consultation d'Addis-Abeba du 16 au 20 décembre 1963 : Burundi, Cameroun, République centrafricaine, Tchad, Congo-Brazzaville, Congo-Léopoldville, République du Dahomey, Éthiopie, Ghana, Guinée, Côte d'Ivoire, Libéria, Libye, République Malgache, Mali, Maroc, Niger, Nigeria, Rwanda, Sénégal, Sierra Leone, Somalie, Soudan, Tanzanie, Togo, Tunisie, Ouganda, République arabe unie, Haute-Volta. Voir CENTRE INTERNATIONAL POUR LE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS RELATIFS AUX INVESTISSEMENTS. *Documents concerning the origin and the formulation of the Convention*. Tome 2, *op. cit.*, p. 236-238.

⁵⁴ A. BROCHES, conseiller général de la Banque internationale pour la reconstruction et le développement. *Ibidem*, p. 311.

En effet, vingt-sept des vingt-neuf pays participant à la réunion d'Addis-Abeba adhèrent à la Convention de Washington – la plupart dans les années soixante – ; seule la Libye n'a jamais signé la Convention et l'Éthiopie qui la signa en 1965 ne l'a pas encore ratifiée.

⁵⁵ Le discours actuel du président Rafael Correa et celui que tint en son temps Hugo Chávez invoquent le *Libertador*, Simon Bolivar, au point de qualifier leurs révolutions de bolivariennes. Celles-ci se réfèrent souvent à une souveraineté qui nécessite la protection étatique contre toutes les formes de domination étrangère. « Comme le dit Chavez, la révolution bolivarienne est une révolution pacifique mais armée (...) ne soyons pas naïfs, nous avons besoin d'une présence militaire appropriée (...) pour défendre notre territoire, notre souveraineté, notre dignité ». Rafael CORREA. *Enlace ciudadano*, diffusé le 27 juin 2009, Ecuador TV.

⁵⁶ François-Xavier GUERRA. *Indépendances. Problèmes d'Amérique latine*, 2010, vol. 3, n°77, p. 36.

⁵⁷ Héctor GROSS ESPIELL. *El constitucionalismo latinoamericano y la codificación en el siglo XIX. Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, 2002, n°6, p. 149.

dans leurs dispositions⁵⁸. De même, la doctrine de Carlos Calvo qui vit le jour peu après la naissance des pays latino-américains comme États indépendants⁵⁹ et toujours avec des antécédents d'intervention étrangère⁶⁰, a réussi à pénétrer dans l'ordre juridique latino-américain : preuve en est l'incorporation des clauses Calvo dans certaines Constitutions nationales⁶¹, sujet qui sera abordé plus tard.

La période post-indépendantiste, caractérisée par de nouvelles formes de dépendance et de constantes guerres civiles et d'intervention⁶², contribua à la perpétuation de l'esprit indépendantiste dans l'imaginaire collectif de l'Amérique latine⁶³. Les nouvelles nations, menacées d'abord par les interventions européennes et

⁵⁸ La Constitution bolivienne de 1947 dans son premier article : « Bolivie, libre, indépendante et souveraine (...) »; la Constitution uruguayenne de 1952 dans son article 2 « [la République de l'Uruguay] est et sera pour toujours libre et indépendante de tout pouvoir étranger »; celle du Costa Rica en 1949 dans son premier article : « Le Costa Rica est une République démocratique, libre et indépendante ». Voir dans le même esprit l'article 2 de la Constitution équatorienne de 1946 et les premiers articles des Constitutions du Guatemala en 1956, du Honduras en 1957, du Nicaragua en 1950, du Panama en 1946, du Paraguay en 1940 et de la Constitution du Venezuela en 1961.

⁵⁹ La première édition de l'œuvre la plus importante de Carlos Calvo, « Le droit international théorique et pratique précédé d'un exposé historique des progrès de la science du droit des gens », fut publiée en 1863.

⁶⁰ La guerre entre les États-Unis et le Mexique qui eut pour résultat la perte des territoires mexicains de la Haute Californie et du Nouveau Mexique en 1848, l'invasion française du Mexique en 1862, l'occupation du Nicaragua par l'Angleterre en 1847 à laquelle s'opposaient les États-Unis qui y avaient aussi des intérêts économiques, l'invasion du Nicaragua par Walker en 1855. Voir Burton KIRKWOOD. *The history of Mexico*. 2^{ème} éd. Santa Barbara, Calif. ; Denver, Colo. ; Oxford : Greenwood Press/ABC-CLIO, 2010, p. 99-102 et 105-106. Brian R. HAMNETT. *Histoire du Mexique*. Paris : Perrin, 2009, p. 152-158 et 168-175. Clifford L. STATEN. *The history of Nicaragua*. Santa Barbara, Calif. : Greenwood, 2010, p. 20-24. Thomas W. WALKER et Christine J. WADE. *Nicaragua : living in the shadow of the eagle*. 5^{ème} éd. Boulder, Colo. : Westview Press, 2010, p. 11-13.

⁶¹ Voir dans l'« Annexe II », les clauses Calvo dans les Constitutions latino-américaines en vigueur à la date de la discussion du texte de la Convention de Washington.

⁶² Par exemple, la Constitution argentine en vigueur en 1964 était la Constitution de 1853, première Constitution après la période d'anarchie commencée en 1820. La Constitution argentine, née de son indépendance en 1819, si bien n'établissait pas la forme du gouvernement, avait une tendance unitaire, aristocratique, quasi monarchique. Elle a été rejetée par les provinces ce qui a provoqué une sévère crise institutionnelle. En plus, la question du libre-échange avec l'Angleterre se situait au cœur de la guerre civile. Les guerres civiles et l'instauration d'un caudillisme autonome dans le pouvoir des cités-provinces ont provoqué le resurgissement de deux groupes opposés qui s'affronteraient pendant les deux décades suivantes : les « *unitarios* » et les « *federales* ». Voir Ricardo de TITTO, *op. cit.*, p. 73-112.

⁶³ Même aujourd'hui, le colonialisme et l'indépendance de l'Espagne du siècle XIX sont souvent évoqués par les leaders latino-américains qui cherchent encore la libération de leurs pays. L'exprésident Hugo Chávez terminait souvent ses discours par la phrase « indépendance et Patrie socialiste! », il qualifiait l'ALCA comme un 'produit colonial' et avançait le nom de Simón Bolivar comme symbole de lutte contre la domination étrangère.

Evo Morales, lors de son discours d'investiture devant le Congrès national, le 22 janvier 2006, demanda un minute de silence en mémoire de plusieurs leaders indigènes morts pendant l'époque coloniale et appela à finir avec l'État colonial. Voir Evo MORALES. *Pour en finir avec l'État colonial : discours d'investiture présidentielle*. Paris : L'Esprit frappeur, 2006, p. 37-39.

En Équateur, le président Rafael Correa fait aussi usage du nom du *Libertador*; ses apparitions publiques sont souvent précédées du cri du peuple : « alerte, alerte, alerte, l'épée de Bolivar marche par l'Amérique latine ». Le *Libertador* représente l'émancipation des pays latino-américains de toute forme de colonialisme. Par exemple, la deuxième strophe de l'Hymne à Quito qui mentionnait à l'Espagne comme facteur de la

ensuite par l'interventionnisme étatsunien, ont dû lutter continuellement pour réaffirmer et défendre leur souveraineté.

De plus, dans le domaine économique, au lendemain de l'indépendance, la Grande-Bretagne prit le relais de l'Espagne en tant que puissance économique en Amérique latine et postérieurement, dans la seconde moitié du XIX^{ème} siècle, les relations commerciales s'élargirent à toute l'Europe, provoquant « une véritable colonisation financière du Nouveau Monde par le capital anglais et, à un moindre degré, par le capital français »⁶⁴. Ultérieurement, à la fin de la Seconde Guerre mondiale, l'Amérique latine se retrouva liée au « pays *leader* du monde libre », à savoir les États-Unis qui s'imposaient comme le premier investisseur étranger et partenaire commercial d'une Amérique latine qui dépendait de plus en plus d'eux⁶⁵.

Dans la première section de ce Chapitre, les antécédents et le cadre historique dans lequel se trouvait l'Amérique latine à l'époque de la discussion de la Convention de Washington furent décrits de manière générale. En pleine guerre froide et constamment envahie par les États-Unis, l'Amérique latine était peu disposée à accepter un instrument international qui supposait une dégradation de sa souveraineté. Ainsi, des questions concernant la souveraineté étatique, garantie par les Constitutions nationales mais souvent transgressée, furent soulevées lors de la réunion de consultation tenue avec des experts juridiques de presque tous les pays du continent américain à Santiago du Chili, du 3 au 7 février 1964⁶⁶.

grandeur de cette ville, fut qualifiée par le président Rafael Correa et ses partidaires comme une « ode au colonialisme » et fut donc supprimée par une ordonnance municipale (*Ordenanza* n°0493 du 19 février 2014) : « Quito n'est pas grand parce que l'Espagnol l'a aimé [...] mais pour son esprit d'indépendance ». Paul MENA. Ecuador : el himno "colonialista" que divide a Quito [en ligne]. *BBC Mundo*, publié le 26 mai 2014. Disponible sur : <<http://www.bbc.co.uk>> (consulté le 12 février 2015).

⁶⁴ Charles LANCHANA, *op. cit.*, p. 148.

⁶⁵ Jusqu'à la guerre, les activités commerciales latino-américaines étaient assez diversifiées. L'Amérique latine était liée « à la Grande Bretagne pour les finances et le commerce, à la France ou à l'Allemagne pour l'armement et les problèmes militaires... ». Alain ROUQUIÉ. *Amérique latine, introduction à l'Extrême-Occident*, *op. cit.*, p. 430. Voir aussi Pierre RIADO, *op. cit.*, p. 120-121.

⁶⁶ Des représentants de vingt pays participèrent à la réunion de consultation : l'Argentine, la Bolivie, le Brésil, le Canada, le Chili, la Colombie, le Costa Rica, la République Dominicaine, l'Équateur, le Salvador, le Guatemala, le Honduras, la Jamaïque, le Nicaragua, le Panama, le Paraguay, le Pérou, Trinité et Tobago, les États-Unis et le Venezuela. Ces représentants étaient des experts juridiques « qui toutefois ne devaient agir qu'à titre personnel et non à titre de représentants officiels ». CENTRE INTERNATIONAL POUR LE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS RELATIFS AUX INVESTISSEMENTS. *Documents concerning the origin and the formulation of the Convention*. Tome 1, *op. cit.*, p. 6. Pour la liste des participants à la réunion de consultation voir *ibidem*, tome 2, partie 1, p. 298-300.

B. La souveraineté latino-américaine et la Convention de Washington.

Lors de sa première intervention, le secrétaire exécutif de la Commission Économique pour l'Amérique latine, M. Santa Cruz, souligna l'importance des investissements étrangers pour le développement économique de l'Amérique latine et la nécessité d'adopter un système juridique capable de garantir les intérêts légitimes des investisseurs. Cependant, ce système devait respecter la souveraineté étatique et se conformer aux principes du droit international et aux normes constitutionnelles de chaque pays⁶⁷, normes qui – comme il fut auparavant expliqué – étaient imprégnées d'un esprit protectionniste, indépendantiste et défenseur de la souveraineté étatique.

Il était incontestable que la Convention de Washington affectait la souveraineté étatique. Le Président de la Réunion consultative admit que la soumission de l'État à l'arbitrage international impliquait une certaine restriction de la souveraineté nationale. Néanmoins, d'après lui, l'un des attributs de la souveraineté était la capacité d'un État à admettre une telle limitation, notamment en acceptant les traités internationaux⁶⁸. En effet, l'autorité des institutions internationales émane de la souveraineté des États, quels que soient les degrés du pouvoir conservé par l'État⁶⁹.

La définition de la « souveraineté » n'est ni figée ni immuable ; au contraire, cette notion a évolué avec le temps. Pour Robert Jackson, il n'y a pas de terminus téléologique, ni aucune destination déterminée et finale ni une « fin de l'histoire » dans l'évolution de la souveraineté. Cette dernière ne connaît que des variations et des étapes qui se succèdent dans différents endroits et à différents moments⁷⁰. Néanmoins, l'évolution d'un concept aussi important pour des pays fortement marqués d'abord par leurs mouvements d'indépendance et ensuite par l'interventionnisme étranger, c'est un lent processus ; après tout, la souveraineté ne peut pas être comprise sans considérer sa

⁶⁷ *Ibidem*, tome 2, p. 301.

⁶⁸ “*While an agreement by a State to submit to international arbitration admittedly implied some limitation of national sovereignty, one of the essential attributes of sovereignty was the capacity to accept limitations on it, which is what happened whenever a State entered into an international agreement.*” A. BROCHES, conseiller général de la Banque Internationale pour la reconstruction et le développement. *Ibidem*, p. 303.

⁶⁹ Hideaki SHINODA. *Re-examining sovereignty : from classical theory to the global age*. Houndmills ; New York : Macmillan Press LTD : St. Martin's Press Inc., 2000, p. 158.

⁷⁰ Robert JACKSON. *Sovereignty : evolution of an idea*. Cambridge : Polity Press, 2007, p. 112.

spécificité à une époque et dans un espace déterminés⁷¹, et dans la période en question l'attitude de l'Amérique latine s'articulait autour d'une souveraineté absolue.

Dans l'esprit latino-américain l'idée de souveraineté est souvent attachée à celle d'indépendance et de suprématie gouvernementale au sens le plus strict. Par exemple, la Constitution de 1957 du Honduras – en vigueur à l'époque où était discutée la Convention CIRDI –, établissait qu'aucune autorité ne pouvait conclure de pactes, traités, conventions ou octroyer de concessions qui compromettraient la souveraineté ou l'indépendance du pays, sous peine d'être jugée pour trahison à la patrie⁷².

Lors de la réunion de consultation sur la Convention de Washington, en février 1964, les représentants notamment du Brésil, de l'Argentine, de la Bolivie et du Venezuela se montrèrent très sceptiques vis-à-vis de l'adoption d'une Convention qui violait la souveraineté des États. D'abord, la possibilité qu'un État souverain fût soumis à une autre autorité – un tribunal international – suite à la demande d'un investisseur étranger – une personne physique ou morale – était une hypothèse inconcevable. À cette époque-là, pour les États latino-américains accepter d'être soumis à une autorité internationale, par le biais d'un traité, se limitait au règlement des conflits interétatiques, en application non d'un droit étranger mais d'un droit international. En revanche, la manière dont un État traitait ses résidents était une affaire interne qui échappait au contrôle des autres gouvernements ou des organisations internationales⁷³.

Pour un État souverain, l'existence d'un organisme international qui puisse régler les différends nés entre lui-même et un autre État, est tout-à-fait appropriée. Les États ont intérêt à résoudre leurs conflits de manière pacifique et consentent donc à se soumettre au droit international et à la décision d'un organisme indépendant chargé de

⁷¹ Joseph A. CAMILLERI et Jim FALK. *The end of sovereignty ? : the politics of a shrinking and fragmenting world*. Aldershot ; Brookfield : Elgar, 1992, p. 12.

⁷² « *Ninguna autoridad puede celebrar pactos, tratados o convenciones u otorgar concesiones que comprometan la Soberanía e independencia de la República. Quien lo haga será juzgado por traición a la Patria. En cualquier tiempo podrá deducirse la responsabilidad consiguiente a quienes lo hayan celebrado o contribuido a su ejecución.* » *Constitución de Honduras (1957)*, article 7.

La Constitution actuelle du Honduras comporte encore cette disposition. Voir *Constitución de la República de Honduras (1982 con las reformas hasta 2004)*, article 19.

⁷³ Richard J. GOLDSTONE. The role of law and justice in governance : regional and global. In : Ramesh THAKUR, Peter MALCONTENT (éditeurs). *From sovereign impunity to international accountability : the search for justice in a world of states*. Tokyo ; New York ; Paris : United Nations University Press, 2004, p. viii.

trancher la question. D'après Carlos Calvo, plus que d'un intérêt, il s'agit d'une obligation :

« Avant de confier la solution d'une question internationale au sort des armes les États sont moralement tenus d'épuiser tous les voies possibles et honorables pour arriver à un arrangement amiable et pacifique... »⁷⁴.

Ainsi, la Constitution du Venezuela en 1961 établissait expressément que dans les traités, conventions et accords internationaux célébrés par la République, serait intégrée une clause par laquelle les parties s'obligeraient à résoudre par les voies pacifiques reconnues par le droit international, ou préalablement acceptées entre elles, les controverses qui pourraient surgir à propos de l'interprétation ou de l'exécution des dits accords⁷⁵. La Constitution de l'Équateur en 1946 stipulait que l'État respectait les normes du droit international et proclamait le principe de coopération et bon voisinage entre les États ainsi que la solution, par des moyens juridiques, des controverses internationales⁷⁶. De même, la Constitution brésilienne de 1946 établissait que le Brésil recourait à la guerre uniquement en cas d'échec du recours à l'arbitrage ou d'autres moyens pacifiques de résolution des conflits, administrés par un organe international ; de plus, il renonçait aux guerres de conquête engagées par lui-même ou en alliance avec d'autres États⁷⁷.

En revanche, l'intérêt de régler un différend avec une personne étrangère par des moyens internationaux était moins évident, car une personne, physique ou morale, ne pouvait se comparer à un État : quand ce dernier imposait une décision aux personnes se trouvant sur son territoire, cela faisait partie de l'exercice même de sa souveraineté. Ainsi, en ce qui concernait les relations entre l'État et les personnes étrangères, l'idée

⁷⁴ Carlos CALVO. *Le droit international théorique et pratique, précédé d'un exposé historique des progrès de la science du droit des gens*. Tome 2. 3^{ème} éd. Paris : Guillaumin, 1880, p. 532.

⁷⁵ « Artículo 129.- En los tratados, convenios y acuerdos internacionales que la República celebre, se insertará una cláusula por la cual las partes se obliguen a decidir por las vías pacíficas reconocidas en el derecho internacional, o previamente convenidas por ellas, si tal fuere el caso, las controversias que pudieren suscitar entre las mismas con motivo de su interpretación o ejecución si no fuere improcedente y así lo permita el procedimiento que deba seguirse para su celebración. » *Constitución de la República de Venezuela (1961)*.

⁷⁶ « Artículo 5.- La República del Ecuador acata las normas del Derecho Internacional, y proclama el principio de cooperación y buena vecindad entre los Estados, y la solución, por medios jurídicos, de las controversias internacionales. » *Constitución Política de la República del Ecuador (1946)*.

⁷⁷ « Artigo 4º. - O Brasil só recorrerá à guerra, se não couber ou se malograr o recurso ao arbitramento ou aos meios pacíficos de solução do conflito, regulados por órgão internacional de segurança, de que participe; e em caso nenhum se empenhará em guerra de conquista, direta ou indiretamente, por si ou em aliança com outro Estado ». *Constituição dos Estados Unidos do Brasil (1946)*.

prédominante était la suivante : « Tous ceux qui sont soumis à l'autorité d'un État souverain ne sont responsables que devant lui. »⁷⁸

Selon la métaphore de Robert Jackson, le bateau de l'État est souverain à l'extérieur lorsque son indépendance est reconnue, tolérée et non niée par les autres bateaux indépendants, et à l'intérieur lorsque son équipage et ses passagers sont soumis à l'autorité suprême du capitaine⁷⁹. La Convention de Washington mettait en cause la conception de souveraineté interne, les passagers acquérant la possibilité de régler leurs conflits avec le capitaine en faisant appel à un organe extérieur au bateau. L'État acceptait de ne plus être l'autorité ayant le dernier mot ; la souveraineté entendue comme le pouvoir et le droit d'avoir la dernière décision⁸⁰ était sérieusement remise en cause.

À la réunion de consultation sur le texte de la Convention de Washington, le représentant de l'Équateur souligna que cette Convention supposait que l'État pouvait agir de deux façons : la première, comme personne qui emprunte du capital et est donc soumise au droit privé et la seconde, comme État souverain accordant protection aux investisseurs étrangers, soumis au droit public. Pour le juriste équatorien, dans le premier cas il était très difficile d'accepter l'idée que l'État soit soumis à un tribunal international. La réduction de l'État à un sujet de droit privé supposait de renoncer à son autorité politique en détriment de sa souveraineté. Cependant, qu'un État puisse être jugé en tant que personne privée était encore acceptable mais la Convention prévoyait qu'il puisse être jugé aussi en tant qu'État souverain. Pour l'Équateur, ce second cas signifiait une dégradation inadmissible de l'exercice de la souveraineté⁸¹ car les actes réalisés par un État dans l'exercice légitime de sa souveraineté ne sauraient pas être jugés par un tribunal arbitral international.

Dans ce sens, l'intérêt public des contrats étatiques fut aussi avancé comme argument pour faire obstacle à l'adoption de la Convention de Washington. D'après le

⁷⁸ Robert JACKSON, *op. cit.*, p. 10.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 12.

⁸⁰ Ernest BARKER. *Principles of social and political theory*. Oxford : Clarendon Press, 1951, p. 60. Jean L. COHEN. *Globalization and sovereignty: rethinking legality, legitimacy and constitutionalism*. Cambridge : Cambridge University Press, 2012, p. 26-29.

⁸¹ Teodoro BUSTAMANTE MUÑOZ, représentant de l'Équateur. CENTRE INTERNATIONAL POUR LE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS RELATIFS AUX INVESTISSEMENTS. *Documents concerning the origin and the formulation of the Convention*. Tome 2, *op. cit.*, p. 310.

représentant du Venezuela, en ce qui concernait l'arbitrage, la Constitution nationale en vigueur – celle de 1961 – distinguait clairement d'une part les accords conclus avec d'autres nations ou institutions internationales, comme la Banque Mondiale – dans ce cas, la résolution de conflits s'effectuait par la voie pacifique reconnue par le droit international ou préalablement décidée par les parties –⁸² ; et d'autre part, les contrats concernant l'intérêt public et que le gouvernement, dans sa faculté administrative, concluait avec des personnes privées⁸³. Le règlement de conflits liés à la seconde catégorie d'accords relevait de la compétence exclusive des tribunaux vénézuéliens.

En effet, l'article 127 de la Constitution vénézuélienne de 1961 incluait dans les contrats d'intérêt public une clause de juridiction selon laquelle les doutes et les controverses issus de ces contrats relevaient des tribunaux compétents de la République, conformément aux lois nationales, sans que pour aucun motif ou cause ces controverses puissent motiver des réclamations à l'étranger⁸⁴. Comme les dispositions constitutionnelles en question faisaient partie des politiques d'intérêt public, la conclusion d'accords en contradiction avec ces dernières était interdite et ce même avec le consentement des litigants ou des parties intéressées. En conclusion, les décisions venant de l'étranger, dont les sentences arbitrales, ne pouvaient être exécutées si elles contenaient des dispositions contraires aux politiques publiques ou à la loi publique nationale⁸⁵.

⁸² « Artículo 129.- En los tratados, convenios y acuerdos internacionales que la República celebre, se insertará una cláusula por la cual las partes se obliguen a decidir por las vías pacíficas reconocidas en el derecho internacional, o previamente convenidas por ellas, si tal fuere el caso, las controversias que pudieren suscitar entre las mismas con motivo de su interpretación o ejecución si no fuere improcedente y así lo permita el procedimiento que deba seguirse para su celebración. » *Constitución de la República de Venezuela (1961)*.

⁸³ « Artículo 126.- Sin la aprobación del Congreso, no podrá celebrarse ningún contrato de interés nacional salvo los que fueren necesarios para el normal desarrollo de la Administración Pública o los que permita la ley. No podrá en ningún caso procederse al otorgamiento de nuevas concesiones de hidrocarburos ni de otros recursos naturales que determine la ley, sin que las Cámaras en sesión conjunta, debidamente informadas por el Ejecutivo Nacional de todas las circunstancias pertinentes, lo autoricen, dentro de las condiciones que fijen y sin que ello dispense del cumplimiento de las formalidades legales. Tampoco podrá celebrarse ningún contrato de interés público nacional, estatal o municipal con estados o entidades oficiales extranjeras, ni con sociedades no domiciliadas en Venezuela, ni traspasarse a ellos, sin la aprobación del Congreso. La ley puede exigir determinadas condiciones de nacionalidad, domicilio o de otro orden, o requerir especiales garantías, en los contratos de interés público. » *Ibidem*.

⁸⁴ « Artículo 127.- En los contratos de interés público, si no fuere improcedente de acuerdo con la naturaleza de los mismos, se considerará incorporada aun cuando no estuviere expresa, una cláusula según la cual las dudas y controversias que puedan suscitarse sobre dichos contratos y que no llegaren a ser resueltas amigablemente por las partes contratantes serán decididas por los tribunales competentes de la República, en conformidad con sus leyes, sin que por ningún motivo ni causa puedan dar origen a reclamaciones extranjeras. » *Ibidem*.

⁸⁵ « As regards public law, Venezuela's Constitution clearly distinguished, with respect to arbitration, between the agreements concluded with other nations, or international institutions, such as the World Bank, and contracts touching the public interest that the Government, in its administrative capacity, concluded with private persons... the settlement of disputes relating to the

Pour certains États latino-américains, l'adhésion à la Convention de Washington supposait beaucoup plus qu'une « restriction consentie » à leur souveraineté ; pour eux, elle impliquait la dégradation et même la mort de leur souveraineté. Aux arguments ci-dessus exposés, le représentant de la Bolivie ajouta :

« [...] sovereignty of States could not be subordinated to the authority of an international institution without being seriously impaired. Sovereignty could not be alienated, for any considerations whatever, without undermining the State through the dispersion of its powers... those responsible for preparing the draft had failed to appreciate its adverse effects. »⁸⁶

La Convention de Washington dépassait donc les limites de ce qu'un État pouvait considérer comme une « restriction » de sa souveraineté, restriction susceptible d'être agréée.

Contrairement à cet argument, le Conseil général de la BIRD, fit remarquer que lorsqu'un État décidait de soumettre un différend à l'arbitrage ou à la conciliation, il exerçait un droit souverain : celui de limiter sa propre souveraineté. Il n'était pas d'accord avec l'idée que la souveraineté était inaliénable au sens où chaque État serait le juge de ses propres actions ; d'après lui, le monde avait progressé et dépassé ce point de vue extrême et étroit. La Convention Cirdi ne contrevenait pas au droit international « naturel »⁸⁷.

Le représentant de l'Argentine, Julio Barboza, moins radical dans son approche, admit que l'adoption de la Convention supposait une limitation de la souveraineté

second category of agreements was reserved to the exclusive competence of Venezuela's Courts, in accordance with its legislation. Those constitutional precepts were considered as falling within the domain of public policy which precluded the conclusion of agreements inconsistent therewith; even with the consent of the litigants or interested parties. Foreign judicial decisions, including arbitral awards, could not be enforced if they contained provisions contrary to public policy or to the national public law of Venezuela ». Alfonso ESPINOSA, représentant du Venezuela. CENTRE INTERNATIONAL POUR LE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS RELATIFS AUX INVESTISSEMENTS. *Documents concerning the origin and the formulation of the Convention.* Tome 2., *op. cit.*, p. 309.

⁸⁶ Jaime ESCOBAR QUIROGA, représentant de la Bolivie. CENTRE INTERNATIONAL POUR LE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS RELATIFS AUX INVESTISSEMENTS. *Documents concerning the origin and the formulation of the Convention.* Tome 2, *op. cit.*, p. 308.

⁸⁷ « ...when a State agreed to submit a dispute to arbitration or conciliation, it was exercising a sovereign right, namely that of limiting its own sovereignty. He could not agree that sovereignty was inalienable in the sense that every State would be the judge of its own actions; he was convinced that the world had progressed beyond that extreme and narrow view. He had no intellectual difficulty with the point of view of the Argentine representative who had simply said that in the circumstances he did not wish to curtail its sovereignty, but he thought that the draft Convention could hardly be regarded as violating "natural" international law ». A. BROCHES. CENTRE INTERNATIONAL POUR LE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS RELATIFS AUX INVESTISSEMENTS. *Documents concerning the origin and the formulation of the Convention.* Tome 2, *op. cit.*, p. 309.

étatique susceptible d'être acceptée. Néanmoins, il remarqua que malgré le besoin urgent d'investissements, l'Argentine n'était pas prête à limiter sa juridiction, la réduction de la souveraineté nationale n'étant pas une méthode acceptable pour encourager les investissements étrangers⁸⁸. De plus, l'instauration d'un tribunal international chargé de régler les conflits avec les investisseurs étrangers suscita une certaine indignation. La création du CIRDI sous-entendait que les tribunaux nationaux et les lois locales étaient trop faibles et, donc, inaptes à garantir la protection et la stabilité nécessaire pour les investissements étrangers. En ce sens, le représentant de l'Argentine souligna que le sentiment national ne pouvait accepter la délégation à des organisations internationales de pouvoirs relevant d'institutions nationales. D'après lui, les investisseurs étrangers établis en Argentine bénéficiaient de garanties suffisantes, de telle façon que recourir à d'autres institutions n'était pas nécessaire. Aucune suspicion ne devait peser sur ces garanties, ce qui serait le cas si l'accord était ratifié⁸⁹.

Ainsi, le cœur de la controverse à propos de la souveraineté de l'État se trouvait dans la dispersion des pouvoirs étatiques. Comme il fut avant souligné, un gouvernement qui se dit souverain détient d'abord une autorité suprême au niveau domestique, en relation avec les autres autorités de la même juridiction territoriale, et ensuite au niveau international une autorité indépendante des autres autorités étrangères⁹⁰. Lors de la discussion du texte de la Convention CIRDI, la notion de souveraineté fut, à plusieurs reprises, liée au principe du monopole étatique dans l'administration de justice. Le pouvoir exclusif de juger, d'être l'autorité suprême dans les affaires qui surgissent au sein du territoire national, est une des composantes de la souveraineté de l'État.

Les Constitutions du Chili, du Guatemala, du Honduras, du Nicaragua et du Pérou – en vigueur à la date de la réunion de consultation sur le texte de la Convention de Washington – établissaient expressément que le pouvoir de juger relevait

⁸⁸ « *Despite the urgent need for investments, the draft Convention involved a cession of the powers of the State with regard to persons and things situated within its national territory. Argentina was not prepared to curtail its jurisdiction and felt that to detract from national sovereignty was not an acceptable method for improving the investment climate.* » *Ibidem*, p. 308.

⁸⁹ « *National sentiment could not accept the delegation to international organizations of powers belonging to national institutions. Foreign investors in Argentina had sufficient guarantees so as to make recourse to other bodies unnecessary. No shadow of suspicion must be allowed to fall on those guarantees, as would be the case were the suggested agreement ratified.* » Julio BARBOZA, représentant de l'Argentine. *Ibidem*, p. 307-308.

⁹⁰ Voir Robert JACKSON, *op. cit.*, p. 6 et 10. Marek Stanislaw KOROWICZ. *Some present aspects of sovereignty in international law*. Leiden : A. W. Sijthoff, 1961, p. 7-9.

exclusivement des organes judiciaires nationaux ; la faculté de juger et d'exécuter ce qui avait été jugé incombait exclusivement aux tribunaux de justice⁹¹. De même, d'autres Constitutions contenaient des dispositions dont pouvaient être déduites les attributions exclusives du pouvoir judiciaire, certaines incluant des dispositions spécifiques à propos des étrangers qui devaient être soumis aux tribunaux nationaux⁹².

Ainsi, lors de la discussion du texte de la Convention en 1964, le représentant du Brésil fit remarquer que la Constitution de son pays octroyait le monopole de la justice au pouvoir judiciaire ; en conséquence, cette délégation à un autre organe était inacceptable d'autant plus si l'administration de la justice était confiée à une organisation internationale ; dans ce cas, la violation du précepte constitutionnel en question était flagrante⁹³. La disposition de référence, l'article 141 de la Constitution du Brésil, traitait de la protection des droits individuels, notamment le droit à la vie, à la liberté, à la sécurité individuelle et à la propriété ; elle précisait que la loi ne pouvait exclure de l'appréciation du Pouvoir Judiciaire aucune violation d'un droit individuel⁹⁴, y compris les droits des investisseurs étrangers.

Pour certains pays latino-américains, l'adoption de la Convention de Washington supposait de renoncer à administrer la justice dans le domaine des investissements étrangers, ce qui provoquait l'extinction de ce monopole étatique, généralement garanti par les Constitutions nationales. La souveraineté étatique étant intimement liée aux Constitutions nationales, la violation des préceptes contenus dans la norme suprême – garante de la souveraineté – constitue en elle-même une violation de la souveraineté.

Dans les années soixante, les Constitutions latino-américaines étaient encore imprégnées d'un esprit protectionniste et de méfiance vis-à-vis des étrangers. Celle-ci se

⁹¹ Voir « Annexe II ».

⁹² *Ibidem*, voir Clauses Calvo.

⁹³ “...the draft Convention raised constitutional problems, since it implied a certain curtailment of the scope of national legal processes. Brazilian constitutional law guaranteed the judicial power a monopoly of the administration of justice (see Art. 141, paragraph 4, of the Brazilian Constitution) and therefore it would be inadmissible to create within the territory of the nation a body entrusted with decision in the field of law. Were such activities to be delegated to an international organization, the violation of this constitutional precept would be even more flagrant.” Francisco da CUNHA RIBEIRO, représentant du Brésil. CENTRE INTERNATIONAL POUR LE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS RELATIFS AUX INVESTISSEMENTS. *Documents concerning the origin and the formulation of the Convention*. Tome 2, *op. cit.*, p. 306.

⁹⁴ Voir l'article 141 de la Constitution brésilienne de 1946 : « *A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: [...] § 4º. A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual* ». *Constituição dos Estados Unidos do Brasil (1946)*.

manifestait à l'encontre des grandes puissances perçues comme de nouvelles forces colonisatrices, mais aussi envers les citoyens étrangers. Dans la plupart des États latino-américains, la Constitution contenait des dispositions discriminatoires contre les étrangers et parfois son assujettissement à des lois spéciales⁹⁵. Les pays latino-américains, revendiquaient ainsi le contrôle de leur territoire autant que des personnes qui y habitaient. Le sentiment indépendantiste qui caractérisait l'Amérique latine du XIX^{ème} siècle, auparavant abordé, se heurtait aux aspirations des grandes puissances qui revendiquaient leur droit international de protéger leurs ressortissants et les propriétés de ces derniers partout dans le monde, un droit qui pouvait s'exercer de différentes manières allant de la diplomatie à la force armée. La légalité de ce genre d'interventions étrangères fut contestée par le juriste argentin Carlos Calvo qui proclamait essentiellement deux principes : le droit absolu à la liberté contre ces interventions et l'égalité absolue entre nationaux et étrangers⁹⁶, principes souvent inclus dans les Constitutions latino-américaines.

§2. La doctrine de Carlos Calvo dans les Constitutions latino-américaines.

A. Le droit de l'État de s'affranchir de toute ingérence étrangère.

La doctrine de Carlos Calvo est fondée sur les principes de souveraineté nationale, d'égalité entre les États et de l'exercice de la juridiction territoriale étatique. Les États souverains – à savoir libres, souverains et égaux – possèdent le droit de refuser toute ingérence étrangère⁹⁷. Ce premier principe de la doctrine Calvo, condamne le recours à la force armée par un pays contre un autre autant que l'utilisation de la protection diplomatique par un pays en faveur de ses ressortissants, car ceux-ci doivent se soumettre aux lois et aux tribunaux du pays où ils se trouvent. L'État d'accueil possède donc la faculté exclusive de juger les affaires concernant toutes les personnes résidant sur son territoire sans que puisse intervenir une puissance étrangère. Ainsi, la notion d'« intervention » est élargie afin qu'elle s'applique à la protection diplomatique, laquelle était absolument rejetée par la clause dite « clause Calvo » qui n'admettait

⁹⁵ Voir *Constitución de Honduras de 1957*, article 33 et *Constitución Política de El Salvador (1962)*, article 22.

⁹⁶ Robert H. HOLDEN et Eric ZOLOV, *op. cit.*, p. 69.

⁹⁷ Donald R. SHEA. *The Calvo clause : a problem of inter-american and international law and diplomacy*. Minneapolis : University of Minnesota Press, 1955, p. 19.

aucune exception. Cette position fort contestable, car elle ne correspondait guère aux écrits de Carlos Calvo⁹⁸, prédominait cependant dans le sous-continent américain.

En Amérique latine, bon nombre de Constitutions avaient incorporé la doctrine de Carlos Calvo dans leurs dispositions. En février 1964 lors de la discussion du texte de la Convention de Washington, les Constitutions de la Bolivie, du Costa Rica, de l'Équateur, du Salvador, du Guatemala, du Honduras, du Mexique, du Nicaragua, du Pérou et du Venezuela⁹⁹ contenaient des clauses Calvo : les étrangers étaient soumis aux tribunaux et aux lois nationales, renonçant ainsi à la protection diplomatique de leur pays d'origine.

Pourtant, les Constitutions de la Bolivie, du Salvador, du Guatemala, du Honduras et du Nicaragua acceptaient le recours à la protection diplomatique dans les cas de dénégation de justice. Celle du Costa Rica en 1949 allait un peu plus loin et admettait ce recours de manière exceptionnelle lorsqu'il était stipulé dans des conventions internationales¹⁰⁰. Cela était plus conforme aux écrits de Carlos Calvo qui, à propos de l'exercice du pouvoir judiciaire, remarquait :

« L'État a non seulement le droit, mais encore le devoir de protéger et de défendre par tous les moyens qu'autorise le droit des gens ses nationaux à l'étranger, lorsqu'ils sont l'objet de poursuites arbitraires ou de lésions commises à leur préjudice, quand même les mauvais traitements ou les dommages éprouvés par eux ne sont pas directement le fait de l'État étranger, mais quand celui-ci n'a rien fait pour s'y opposer. En pareils cas l'État auquel appartient la personne lésée a le droit de demander la réparation de l'injustice, une indemnité pour le dommage causé et, selon les circonstances, des garanties contre le renouvellement d'actes semblables. »¹⁰¹

⁹⁸ Voir Alwyn V. FREEMAN. Recent aspects of the Calvo doctrine and the challenge to international law. *The American Journal of International Law*, 1946, vol. 40, n°1, p. 132-134.

⁹⁹ Voir « Annexe II ».

¹⁰⁰ « Artículo 19.- Los extranjeros tienen los mismos deberes y derechos individuales y sociales que los costarricenses, con las excepciones y limitaciones que esta Constitución y las leyes establece. No pueden intervenir en los asuntos políticos del país, y están sometidos a la jurisdicción de los tribunales de justicia y de las autoridades de la República, sin que puedan ocurrir a la vía diplomática, salvo lo que dispongan los convenios internacionales. » *Constitución Política de la República de Costa Rica (1949)*.

¹⁰¹ Carlos CALVO. *Le droit international théorique et pratique*. Tome II, *op. cit.*, p. 225.

Ainsi, la doctrine de Carlos Calvo ne préconisait pas une abolition de la protection diplomatique, mais impliquait uniquement de limiter une telle protection : l'État pouvait défendre ses ressortissants lorsque justice ne leur avait pas été rendue ailleurs et cela constituait une « intervention » justifiée.

La possibilité d'accepter de se soumettre au CIRDI dans le cas d'une dénégation de justice fut avancée lors de la discussion du texte de la Convention. Le représentant de la Colombie fit remarquer que l'État colombien négociait un accord avec un important pays investisseur. Cet accord incluait une clause de juridiction qui obligeait les investisseurs du dit pays à soumettre tous les différends avec l'État à la juridiction des autorités colombiennes. Pourtant, en cas d'un déni de justice et une fois les recours locaux épuisés, le recours à un tribunal international d'arbitrage était prévu¹⁰². À ce sujet, le conseiller de la BIRD assura que conformément au système proposé par la Convention, le consentement à l'arbitrage pouvait en effet être conditionné à l'épuisement des recours judiciaires nationaux et limité aux cas de déni de justice¹⁰³.

Néanmoins, la dénégation de justice était un concept très restreint. Les dispositions constitutionnelles contenant cette exception en faveur de la protection diplomatique précisaient qu'une sentence contraire aux intérêts de l'étranger ne constituait pas une dénégation de justice¹⁰⁴, cette dernière étant interprétée comme l'impossibilité pour l'étranger de saisir les tribunaux compétents¹⁰⁵.

B. L'égalité absolue entre les nationaux et les étrangers.

Le second principe de la doctrine Calvo postulait que les étrangers ne devaient pas bénéficier de droits ou de privilèges refusés aux nationaux. En se référant à la

¹⁰² Antonio DEL CASTILLO, représentant de la Colombie. CENTRE INTERNATIONAL POUR LE RÉGLEMENT DES DIFFÉRENDS RELATIFS AUX INVESTISSEMENTS. *Documents concerning the origin and the formulation of the Convention*. Tome 2, *op. cit.*, p. 326.

¹⁰³ A. BROCHES, conseiller juridique de la BIRD, *ibidem*.

¹⁰⁴ En outre, les Constitutions du Salvador (article 20), du Honduras (article 27) et du Nicaragua (article 28) établissaient que les étrangers s'opposant à cette disposition perdraient le droit d'habiter dans le pays. Voir les dispositions de référence dans l'« Annexe II ».

¹⁰⁵ À propos de l'interprétation de la notion de « dénégation de justice » par les pays latino-américains, voir Jan PAULSSON. *Denial of justice in international law*. Cambridge : Cambridge University Press, 2005, p. 24-26. Alwyn FREEMAN. *The international responsibility of States for denial of justice*. Londres ; New York : Longmans, Green and Co., 1938, p. 456-461. Clyde EAGLETON. Denial of justice in international law. *The American Journal of International Law*, 1928, vol. 22, n°3, p. 540.

responsabilité des gouvernements dans les préjudices subis par des étrangers, Carlos Calvo écrit :

« [L]a règle que dans plus d'une circonstance on a tenté d'imposer aux États américains, c'est que les étrangers méritent plus de considération, des égards et des privilèges plus marqués, plus étendus que ceux accordés aux habitants du pays où ils résident. Ce principe est intrinsèquement contraire à la loi d'égalité des nations et très funeste par ses conséquences pratiques... il est avant tout souverainement injuste...¹⁰⁶

[...]

[U]n État ne saurait donc légitimement ni revendiquer chez les autres une situation privilégiée qu'il ne serait pas réciproquement disposé à accorder aux étrangers, ni réclamer pour ses sujets des avantages supérieurs à ce qui constitue le droit commun des habitants du pays. »¹⁰⁷

De même, les États ne seraient pas responsables des pertes ou des préjudices subis par des étrangers en temps de troubles intérieurs ou de guerres civiles. Calvo cite le prince de Schwartzemberg qui, dans une note datée du 14 avril 1850 :

« s'étonne qu'il puisse y avoir un État qui réclame pour ses sujets établis dans un autre pays des avantages et des droits dont les nationaux eux-mêmes ne jouissent pas... [Le prince] ajoutait que *quelque disposées que pussent être les nations civilisées d'Europe à étendre les limites du droit de protection, jamais cependant elles ne le seraient au point d'accorder aux étrangers des privilèges que les lois territoriales ne garantissent pas aux nationaux.* »¹⁰⁸

¹⁰⁶ Carlos CALVO. *Le droit international théorique et pratique*. Tome 1, *op. cit.*, p. 431.

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 432.

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 436.

« À la suite des troubles politiques qui eurent lieu (...) à l'Italie en 1849, plusieurs sujets anglais (...) s'adressèrent à leur gouvernement pour se faire indemniser des pertes et des préjudices que ces troubles leur avaient occasionnés. Le cabinet de Londres (...) voulut même (...) impliquer la responsabilité de l'Autriche (...). Ainsi mis en cause, le cabinet de Vienne s'empressa d'adresser à l'ambassadeur d'Autriche à Londres une note (...) pour protester en termes énergétiques contre la conduite de l'Angleterre. » *Ibidem*, p. 435-436.

Pour Carlos Calvo, la violation du principe d'égalité était une « profonde atteinte à un des éléments constitutifs de l'indépendance des nations, celui de la juridiction territoriale »¹⁰⁹.

Ainsi, lors de la réunion de consultation sur le texte de la Convention CIRDI, il fut souligné que la Convention impliquait la violation du principe d'égalité devant la loi. Bien que la soumission au Centre eût un caractère optionnel, la Convention de Washington accordait aux investisseurs étrangers une position légale privilégiée par rapport aux nationaux¹¹⁰ ; cette position privilégiée émanait de la création d'une juridiction différente pour les étrangers¹¹¹. Que quelques personnes puissent être exemptées du principe d'égalité constituait une discrimination injuste¹¹².

Le traitement national marquait la limite des droits des étrangers, ceux-ci ne jouissant que des droits octroyés aux nationaux du pays concerné. Le principe d'égalité était donc encadré par la loi nationale et les exceptions à ce principe jouaient plutôt contre les étrangers qui finalement bénéficiaient de moins de droits que les nationaux¹¹³.

En résumé, l'opposition à l'adoption de la Convention de Washington se fonda d'abord sur la notion restreinte que les États latino-américains avaient encore de la souveraineté. L'adoption de cette Convention supposait la limitation – et pour certains l'effacement – d'une partie de la souveraineté que l'Amérique latine n'était pas prête à abandonner. En outre, les questions concernant la souveraineté de l'État étaient fortement liées aux principes constitutionnels latino-américains. La Convention de Washington heurtait, d'une part, la juridiction territoriale exclusive et inaliénable des États et, d'autre part, le principe d'égalité entre nationaux et étrangers, principes issus de la doctrine Calvo et consacrés dans les Constitutions nationales, instruments

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 434.

¹¹⁰ « *Another aspect of the problem that raised doubts (...) was that despite the optional character of the draft Convention, foreign investors would be granted a legally privileged position, in violation of the principle of full equality before the law.* » Francisco da CUNHA RIBEIRO, représentant du Brésil. CENTRE INTERNATIONAL POUR LE RÉGLEMENT DES DIFFÉRENDS RELATIFS AUX INVESTISSEMENTS. *Documents concerning the origin and the formulation of the Convention*. Tome 2, *op. cit.*, p. 306.

¹¹¹ « (...) *To make a different jurisdiction available to foreigners would place them in a privileged position.* » Teodoro BUSTAMANTE MUÑOZ, représentant de l'Équateur, *ibidem*, p. 310.

¹¹² « *[A]n unjust discrimination would exist if some persons could be excepted from the principle of equality of all before the law.* » Julio BARBOZA, représentant de l'Argentine, *ibidem*, p. 308.

¹¹³ Cf. l'article 19 de la Constitution du Costa Rica de 1949, l'article 180 de la Constitution de l'Équateur de 1946, l'article 31 de la Constitution du Honduras de 1957, l'article 45 de la Constitution du Venezuela de 1961. Voir « Annexe II ».

suprêmes dans l'ordre juridique national. Avec un tel cadre juridique, la Convention de Washington n'aurait pu surmonter l'obstacle d'un contrôle constitutionnel.

Chapitre 2. L'Amérique latine des années 1990 : les Constitutions du libéralisme économique.

En 1964, lors de la réunion de consultation sur le texte de la Convention de Washington au Chili, les représentants du Salvador et du Pérou plaidèrent pour la recherche d'une conciliation entre les principes constitutionnels et l'adoption de certaines mesures nécessaires au développement économique¹¹⁴. Pourtant, cette harmonisation entre les principes constitutionnels et la Convention ne verrait le jour qu'environ une vingtaine d'années plus tard. Ainsi donc, la Convention de Washington fut longtemps mise en sommeil en Amérique latine.

Finalement, entre 1981 et 1995, quinze pays latino-américains signèrent la Convention pour le règlement des conflits relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États¹¹⁵. Le cadre économique et politique caractéristique de l'Amérique latine des années 1960, son rejet initial de la Convention et les obstacles constitutionnels furent apparemment surmontés. Les années qui suivirent la naissance de la Convention, durant lesquelles l'Amérique latine resta distante du système d'arbitrage CIRDI, firent partie du processus de son adoption.

Ainsi, le cadre économique et politique de l'Amérique latine des années suivant la discussion du texte de la Convention de Washington jusqu'au début des années 1990 sera d'abord exposé (Section 1), pour ensuite analyser les réformes constitutionnelles entreprises au cours de la même période et la façon dont les obstacles juridiques à la Convention furent surmontés (Section 2).

Section 1. Le cadre économique et politique de l'Amérique latine des années 1990. Antécédents et perspectives.

Pour l'Amérique latine, ces années furent une période de transformation dans différents domaines. Dans le secteur économique, après l'effondrement du modèle d'ISI qui montra ses défaillances, l'Amérique latine des années 1980 connut une « décennie perdue ». Pour faire face à la crise, l'Amérique latine fut obligée de changer de modèle

¹¹⁴ Voir CENTRE INTERNATIONAL POUR LE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS RELATIFS AUX INVESTISSEMENTS. *Documents concerning the origin and the formulation of the Convention*. Tome 2, *op. cit.*, p. 310-311.

¹¹⁵ La plupart ratifièrent la Convention au début des années quatre-vingt-dix, voir « Annexe I ».

économique en prenant le chemin de la libéralisation (§1). Non moins importants furent les changements dans le domaine politique : les États latino-américains vécurent la fin des régimes antidémocratiques des années 1960-1970 et consolidèrent les relations Nord-Sud dans le continent (§2).

§1. Le cadre économique de l'Amérique latine de 1960 à 1990.

A. L'industrialisation pervertie : vers une « décennie perdue ».

Le modèle économique d'industrialisation par substitution des importations perdura jusqu'aux années quatre-vingt, les résultats étant spectaculaires. Le changement de stratégie n'était pas une nécessité immédiate car apparemment le protectionnisme, le développement autocentré et les barrières douanières élevées convenaient aux économies latino-américaines. Une forte croissance du PIB et de la production industrielle se maintint durant les années soixante et jusqu'en 1974/75¹¹⁶.

Ce fut au milieu des années soixante-dix que des limites dues aux contraintes externes du modèle ISI apparurent. Le secteur industriel était fortement dépendant de l'extérieur en ce qui concernait l'approvisionnement de biens intermédiaires, d'équipement, de technologie et de capitaux et la production interne de biens durables et de certains biens d'équipement nécessitait l'importation d'une technologie sophistiquée¹¹⁷.

« La poursuite du processus suscit[ait] en effet des importations de biens d'équipement et de produits intermédiaires telles qu'à un moment, la valeur des biens importés dépass[ait] celle des biens qu'on cherch[ait] à substituer par une production locale. »¹¹⁸

¹¹⁶ Pierre SALAMA, Jacques VALIER, *op. cit.*, p. 63.

¹¹⁷ Pierre SALAMA. *La dollarisation : essai sur la monnaie, l'industrialisation et l'endettement des pays sous-développés*. Paris : La Découverte, 1989, p. 46.

¹¹⁸ Pierre SALAMA. *Les économies émergentes latino-américaines, op. cit.*, p. 19.

Ainsi, afin de poursuivre leur industrialisation, les pays latino-américains firent appel à des capitaux extérieurs à court terme, ce qui eut pour conséquence que plus un pays était industrialisé, plus il était endetté¹¹⁹.

Dans ces conditions, l'Amérique latine qui avait bien résisté au premier choc pétrolier de 1973 grâce aux pétrodollars¹²⁰ succomba suite au second choc de 1979. Après 1982, suite à la cessation de paiement de la dette décidée par le Mexique¹²¹, les banques cessèrent de prêter aux pays latino-américains.

« Ceux-ci ne [pouvaient] donc plus assurer le service de leur dettes par des refinancements quasi-automatiques (crédits *revolving*). Les remboursements des emprunts ne [pouvait] se faire, pour l'essentiel, qu'à partir des ressources propres de chacun des pays »¹²².

Malheureusement, les ressources propres des pays latino-américains, exportateurs de produits primaires, étaient affectées par la baisse du prix de la plupart des matières premières¹²³. Par ailleurs, les pays industrialisés réduisirent leurs importations et les taux d'intérêt augmentèrent au début des années 1980 suite à la décision des États-Unis de réduire leur taux d'inflation en utilisant l'arme monétaire. Tous ces facteurs provoquèrent l'explosion de la dette latino-américaine¹²⁴. Entre 1984 et 1988, la dette extérieure régionale représentait 362% des exportations de biens et de services¹²⁵, le

¹¹⁹ Voir Alain ROUQUIÉ. *Amérique latine: introduction à l'Extrême-Occident*, *op. cit.*, p. 360-365. Veronica MONTECINOS et John MARKOFF. *From the power of economic ideas to the power of economists*, *op. cit.*, p. 130-135.

¹²⁰ Le premier choc pétrolier avait quand même aggravé la situation des pays importateurs comme le Brésil qui, en 1974, importait 80% de son énergie. Pierre SALAMA. *L'Amérique latine dans la crise : l'industrialisation pervertie*, *op. cit.*, p. 65.

¹²¹ « Déjà l'Argentine avait suspendu les paiements aux banques lors de la guerre des Malouines, en avril, mais c'est le cas mexicain, le débiteur considéré comme étant le plus solide de l'Amérique latine, qui a fait l'effet d'une bombe. » Pedro Pablo KUCZYNSKI. *L'Amérique latine et la crise de la dette*. *Revue d'économie financière*, 1990, n°15, p. 172.

¹²² Pierre SALAMA. *Les économies émergentes latino-américaines*, *op. cit.*, p. 23.

¹²³ Pierre SALAMA. *L'Amérique latine dans la crise*, *op. cit.*, p. 139.

¹²⁴ Cf. Pierre SALAMA. *Les économies émergentes latino-américaines*, *op. cit.*, p. 23. Jean BANETH. La dette du tiers monde. *Économie et statistique*, 1990, n°232, p. 12-17. Aldo FERRER. Dette, souveraineté et démocratie en Amérique latine. In : Jacques ADDA (éditeur). *L'Amérique latine face à la dette : 1982-1989*. Paris : La documentation française, 1990, p. 113-115. Enrique V. IGLESIAS. *Reflections on economic development: toward a new Latin American consensus*. Washington : J. Hopkins University Press, 1992, p. 38-42.

¹²⁵ Alain ROUQUIÉ. *Amérique latine: introduction à l'Extrême-Occident*, *op. cit.*, p. 365.

revenu par habitant diminuait de 15% de 1981 à 1989 et en 1989 l'inflation dépassait en moyenne les 1,000% pour la région¹²⁶. La croissance s'effondra donc brutalement.

La CEPALC qualifia la décennie des années quatre-vingt de « décennie perdue ». Pourtant, pour certains pays qui connaissaient une croissance négative parfois très prononcée¹²⁷, « il s'agi[ssai]t d'un phénomène beaucoup plus grave que celui que suggér[ait] l'expression "décennie perdue" »¹²⁸. Ces pays se trouvaient donc face à une récession qui se manifestait par la baisse du PIB, la diminution de la production industrielle et même par une désindustrialisation plus ou moins importante¹²⁹.

La crise était ainsi le résultat de l'échec du modèle économique de développement de l'époque¹³⁰. La dépendance extérieure avait empêché la croissance autonome et auto-soutenue de l'Amérique latine¹³¹. Pour l'économiste brésilien Luiz Bresser Pereira, le modèle conduisit à un « sous-développement industrialisé »¹³².

B. La voie pour sortir de la crise : le consensus de Washington.

La « décennie perdue » latino-américaine prépara le terrain de la transformation économique encadrée par le « consensus de Washington ». Cette notion, proposée par John Williamson en 1989¹³³, englobait les nouvelles politiques de réforme économique prescrites comme remède à la crise latino-américaine : discipline budgétaire et réforme fiscale, réduction des dépenses publiques, libéralisation des échanges et des marchés financiers, privatisation des entreprises publiques, protection des droits de propriété et, de manière générale, dérégulation. Cette dernière concernait notamment l'abandon des

¹²⁶ Pedro-Pablo KUCZYNSKI, *op. cit.*, p.171.

¹²⁷ « Pour le Brésil, le Paraguay, la croissance par tête est quasi nulle. Tous les autres pays connaissent une croissance négative et pour certains, elle est très prononcée : l'Argentine, le Pérou, le Venezuela, la Bolivie, la Guyana, le Nicaragua ainsi que Trinité et Tobago voient leur PIB par tête plonger de plus de 20%, voir 30 ou 40%. » Pierre SALAMA. *L'Amérique latine dans la crise, op. cit.*, p. 73.

¹²⁸ *Ibidem.*

¹²⁹ *Ibidem.*

¹³⁰ Voir Jean-Pierre CLERC. Amérique latine: vers des sorties de crise néolibérales. *Politique étrangère*, 1989, n°3, p. 480-483.

¹³¹ Alain ROUQUIÉ. *Amérique latine: introduction à l'Extrême-Occident, op. cit.*, p. 360.

¹³² Voir Luiz C. BRESSER PEREIRA. Le sous-développement industrialisé, *op. cit.*, p. 891. Cette notion de « sous-développement industrialisé » fut aussi adoptée par Pierre SALAMA pour qui l'industrialisation produit des nouvelles formes de sous-développement, voir Pierre SALAMA. *La dollarisation : essai sur la monnaie, l'industrialisation et l'endettement des pays sous-développés, op. cit.*, p. 21-26.

¹³³ Voir John WILLIAMSON. The strange history of the Washington consensus. *Journal of post keynesian economics*, 2004-2005, vol. 27, n°2, p. 195-206.

réglementations qui empêchaient l'entrée des investissements étrangers directs, favorisaient les monopoles et diminuaient la mobilité¹³⁴.

Le FMI et la Banque Mondiale indiquèrent la voie de sortie de crise en offrant leur soutien à ceux qui accepteraient d'entreprendre certaines réformes structurelles¹³⁵. Néanmoins, contrairement à ce que l'on pourrait penser, les réformes structurelles ne furent pas uniquement le résultat des recommandations des organisations financières internationales mais aussi des initiatives prises par les États latino-américains¹³⁶ eux-mêmes. Pendant cette période, c'étaient les leaders latino-américains – souvent formés aux États-Unis et favorables au libre marché – qui poussèrent Washington à créer des accords pour l'intégration commerciale¹³⁷.

Les plans d'ajustement structurel issus du « consensus » visaient à renouer avec la croissance, casser l'inflation, diminuer la pauvreté et continuer à assurer les services des dettes latino-américaines par le biais de la libéralisation¹³⁸. Celle-ci et l'encouragement des exportations nécessitaient des investissements étrangers, susceptibles de stimuler le flux de capital nécessaire pour la croissance du secteur des exportations¹³⁹. Ainsi, les barrières douanières furent démantelées, les restrictions tarifaires réduites et le secteur industriel restructuré.

L'État manifesta la volonté d'une très grande ouverture aux investissements étrangers directs autorisant même l'entrée de capitaux privés dans des secteurs traditionnellement fermés¹⁴⁰. La plupart des États latino-américains entreprirent une large privatisation des entreprises publiques et ouvrirent au secteur privé et à la libre concurrence divers services publics et certains secteurs stratégiques tels que les industries

¹³⁴ *Ibidem*, p. 196-197. Bryan GARTH et Yves DEZALAY. Le «Washington consensus». *Actes de la recherche en sciences sociales*, 1998, n°121, p. 3. Pierre SAMALA. *Les économies émergentes latino-américaines*, *op. cit.*, p. 30-31.

¹³⁵ À propos de la crise de la dette et des façons dont elle a été combattue voir Pedro Pablo KUCZYNSKI, *op. cit.*, p.171-178. Enrique V. IGLESIAS, *op. cit.*, p. 42-47. Jean BANETH, *op.cit.*, p. 18-24. Ricardo FFRENCH-DAVIS. Dette extérieure, ajustement et développement en Amérique latine. *Tiers monde*, 1987, vol. 28, n°109, p. 79-94. Véronique KESSLER. La dette du tiers monde 1970-1990. *Revue d'économie financière*, 1990, n°14, p. 185-198.

¹³⁶ Enrique V. IGLESIAS, *op. cit.*, p. 51-52.

¹³⁷ Russell C. CRANDALL, *op. cit.*, p. 55, 57-59.

¹³⁸ Pierre SAMALA. *Les économies émergentes latino-américaines*, *op. cit.*, p. 30.

¹³⁹ Enrique V. IGLESIAS, *op. cit.*, p. 62.

¹⁴⁰ Henri FAVRE. *L'Amérique latine*. Paris : Flammarion, 1998, p. 93-96.

de défense, l'industrie pétrolière et les télécommunications¹⁴¹. Ces programmes de privatisation « ont considérablement réduit le poids de l'État dans la sphère productive et ont permis de soulager temporairement les finances publiques »¹⁴².

L'adoption de l'approche libérale en Amérique latine « m[i]t un terme à soixante ans de protectionnisme et renou[a] avec la croissance *hacia afuera* du début du siècle »¹⁴³. Ce processus fut sans doute accompagné de profondes réformes juridiques qui, d'une part, adaptaient la législation nationale au nouveau modèle économique et, d'autre part, reflétaient les changements politiques des années 1990. En effet, les réformes constitutionnelles ne répondirent pas uniquement à la restructuration du modèle économique mais aussi à la transition politique des régimes autoritaires à des régimes démocratiques.

§2. Le cadre politique : vers la démocratie et le partenariat avec les États-Unis.

A. L'Amérique latine : des États en quête de démocratie.

Les coups d'État successifs et les régimes militaires caractérisèrent l'Amérique latine des années soixante et soixante-dix.

Au Pérou, le général Juan Velasco gouverna à la tête de la Junte militaire qui renversa le président Fernando Belaúnde en 1968 ; au Panama, le général Omar Torrijos prit le pouvoir après le coup d'État de 1968 ; en Équateur, le général Guillermo Rodríguez Lara gouverna à la suite du coup d'État de 1972 ; en décembre de la même année, un gouvernement militaire s'installa au Honduras ; en Bolivie, le général Juan José Torres – qui arriva au pouvoir par un coup d'État en 1970 – fut renversé en 1971 par un contrecoup d'État dirigé par le colonel Hugo Banzer ; au Chili, le général Pinochet commença à gouverner en 1973 après avoir renversé le gouvernement de Salvador Allende ; au Paraguay, le dictateur Alfredo Stroessner gouverna de 1954 à 1989 ; en Argentine, la dictature militaire occupa le pouvoir de 1976 à 1983, au Brésil

¹⁴¹ Alain ROUQUIÉ. *Amérique latine: introduction à l'Extrême-Occident*, op. cit., p. 372-373.

¹⁴² Carlos QUENAN. Peut-on parler d'économies émergentes en Amérique latine ? In : Georges COUFFIGNAL (dir.). *Amérique latine : tournant de siècle*. Paris : La Découverte, 1997, p. 39, 42.

¹⁴³ Alain ROUQUIÉ. *Amérique latine: introduction à l'Extrême-Occident*, op. cit., p. 372.

de 1964 à 1985 et en Uruguay de 1973 à 1984¹⁴⁴. En 1973, seuls deux pays d'Amérique du sud – la Colombie et le Venezuela – avaient des gouvernements démocratiquement élus¹⁴⁵.

En 1979, la naissance de la Révolution sandiniste au Nicaragua marqua le début de la restauration démocratique dans la région¹⁴⁶. Ce processus de démocratisation résultait principalement de la convergence de trois facteurs¹⁴⁷. Ce fut d'abord le rétablissement au niveau international des valeurs démocratiques¹⁴⁸. Ensuite, les mutations des représentations politiques – au-delà des partis politiques – contribuèrent au processus de démocratisation. Les luttes populaires revendiquaient le droit à l'organisation politique et le droit de participer aux décisions, et ce en rupture avec la verticalité du pouvoir autoritaire. Ces combats seraient capitaux pour l'avenir de la démocratie en Amérique latine¹⁴⁹. Finalement, les facteurs économiques – précédemment exposés – provoquèrent des crises qui diminuèrent considérablement la légitimité des régimes militaires. En effet, dans le cadre de l'« industrialisation par substitution des importations », l'État devait se charger d'une multiplicité de tâches économiques que les gouvernements latino-américains ne purent assumer. Les propres forces armées prirent l'initiative de transmettre le pouvoir aux civils lorsqu'ils s'estimèrent incapables de maîtriser la crise¹⁵⁰. Ainsi, la transmission du pouvoir fut négociée, faisant l'objet d'un pacte ou d'un accord informel, ce qui constitua un bouclier pour le nouveau régime¹⁵¹.

¹⁴⁴ Cf. *ibidem*, p. 215-216. Alain ROUQUIÉ. *À l'ombre des dictatures : la démocratie en Amérique latine*. Paris: Albin Michel, 2009, p. 117-137. Felipe CAMPUZANO VOLPE. *Autoritarismo y democracia en América latina: los retos de la transición*. México : Universidad Autónoma Metropolitana, 2007, p. 148-155.

¹⁴⁵ Felipe CAMPUZANO VOLPE, *op. cit.*, p. 174.

¹⁴⁶ Cf. Alain ROUQUIÉ. *Amérique latine: introduction à l'Extrême-Occident*, *op. cit.*, p. 325. Gilles BATAILLON. *Dictatures militaires et réversibilité politique en Amérique latine*. Paris : Fondation Saint-Simon, 1984, p. 1.

¹⁴⁷ Cf. Felipe CAMPUZANO VOLPE, *op. cit.*, p. 171-177. Gilles BATAILLON, *op. cit.*, p. 4-8. Alain ROUQUIÉ. *À l'ombre des dictatures*, *op. cit.*, p. 122-137. Martin C. NEEDLER. Ideas and interests in the struggle for democracy in Latin America. In: Kenneth W. THOMPSON (éditeur). *The U.S. Constitution and the Constitutions of Latin America*. Lanham ; New York ; Londres : University Press of America, 1991, p. 127-145.

¹⁴⁸ Entre 1960 et 1970, de nombreux pays à travers le monde s'écartèrent des principes démocratiques. Ainsi, en 1962 treize gouvernements furent le résultat de coups d'État ; en 1975, trente-huit. Néanmoins, en 1974, l'élan démocratique mondial resurgit ; les quinze années suivantes, trente pays remplacèrent leurs régimes autoritaires par des régimes démocratiques. Felipe CAMPUZANO VOLPE, *op. cit.*, p. 174.

¹⁴⁹ Gilles BATAILLON, *op. cit.*, p. 6-8.

¹⁵⁰ Henri FAVRE. *América latina frente al desafío del Neoliberalismo*. Lima: Instituto Francés de Estudios Andinos: Lluvia Editores, 2002, p. 81-82.

¹⁵¹ *Ibidem*, p. 90.

Au cours des « années perdues », les militaires abandonnèrent tour à tour le pouvoir. Les années 1980 virent la « transition » des régimes autoritaires vers des régimes démocratiques et les années 1990 furent celles de la démocratie¹⁵² restaurée. De plus, cette période fut marquée par l'effondrement du communisme et les insurrections fomentées par le castrisme ne furent plus une menace. Au Brésil, en Argentine et en Uruguay, ces mouvements furent éradiqués par l'appareil répressif des dictatures¹⁵³. La démocratie n'était plus sérieusement contestée par l'utopie révolutionnaire¹⁵⁴.

Ainsi, allant de pair avec la transition démocratique, l'Amérique latine s'engagea dans un processus d'ouverture au libre-échange économique, par le biais d'une « transformation d'un État interventionniste et assistantialiste en un État dont les compétences se born[ai]ent à la gestion des grands équilibres »¹⁵⁵.

B. La relation de l'Amérique latine avec les États-Unis : vers un nouveau partenariat.

Les années 1970-1990 furent fortement marquées par la poursuite de la guerre froide et donc par les interventions militaires des États-Unis sur le continent destinées à protéger la région contre le danger communiste. La période postérieure à la discussion du texte de la Convention de Washington s'inaugura avec l'invasion par les États-Unis de la République Dominicaine en 1965 – intervention validée par l'OEA – et continua avec l'intervention essentiellement indirecte de l'administration états-unienne chaque fois qu'un gouvernement du continent lui paraissait suspect et contraire à ses intérêts¹⁵⁶.

Pendant la période en question il prédomine une attitude nord-américaine ambivalente vis-à-vis de ses voisins du Sud. D'un côté, les États-Unis appuyaient certains gouvernements démocratiques et la démocratie même comme étendard de la

¹⁵² Carlos MALAMUD. *América Latina, siglo XX: la búsqueda de la democracia*. Madrid : Editorial Síntesis, 1992, p. 152-154.

¹⁵³ Henri FAVRE. *América latina frente al desafío del Neoliberalismo*, *op. cit.*, 94-95.

¹⁵⁴ *Ibidem*, p. 96.

¹⁵⁵ Henri FAVRE. *L'Amérique latine*, *op. cit.*, p. 70.

¹⁵⁶ Plusieurs des interventions furent réalisées par des opérations secrètes des agences d'intelligence états-uniennes. Voir Alain ROUQUIÉ. *Amérique latine: introduction à l'Extrême-Occident*, *op. cit.*, p. 435. The Church Committee Report on CIA Covert Action (1975). In: Robert H. HOLDEN et Eric ZOLOV, *op. cit.*, p. 277-280. SELECT COMMITTEE TO STUDY GOVERNMENTAL OPERATIONS WITH RESPECT TO INTELLIGENCE ACTIVITIES. UNITED STATES SENATE. *Covert Action in Chile 1963-1973, Staff report*. Washington : U.S. Government Printing.

lutte contre le communisme et, d'un autre côté, la peur du communisme les amenait à soutenir les dictatures qu'ils jugeaient convenables.

Cette ambivalence, ou hypocrisie pour certains, et la politique interventionniste des États-Unis marquèrent fortement les peuples latino-américains. Le rapport Rockefeller de 1969 souligna la réapparition en Amérique latine d'un sentiment anti-impérialiste semblable à celui du début du XIX^{ème} siècle. Sous le mandat du président Richard Nixon, Nelson A. Rockefeller réalisa quatre voyages en Amérique latine où il fut souvent accueilli par la colère des manifestants, au point que les gouvernements du Pérou, du Chili et du Venezuela lui demandèrent de ne pas visiter leurs pays¹⁵⁷.

Les manifestations contre la politique interventionniste des États-Unis trouvèrent dans les années 1980 une nouvelle raison d'être, car pendant cette période l'Amérique centrale devint un enjeu de l'affrontement Est-Ouest. L'un des objectifs de la politique extérieure de l'administration du président Ronald Reagan était de renverser les sandinistes au Nicaragua¹⁵⁸ : bien que l'épicentre du conflit se trouvât dans ce pays, la violence s'étendit dans toute l'Amérique centrale, notamment au Salvador et au Guatemala. L'opposition à l'interventionnisme étasunien n'émanait plus uniquement de la population mais elle gagna finalement les gouvernements latino-américains qui, malgré le désaccord des États-Unis, tentèrent de mettre fin aux conflits centroaméricains au moyen de nombreux plans de paix¹⁵⁹. Cette période marqua l'émergence d'une « certaine autonomisation diplomatique des États composant l'ensemble latino-américain vis-à-vis des États-Unis »¹⁶⁰.

Cependant, suite au choc de la « décennie perdue », l'autonomisation politique déboucha sur une coopération économique avec le Nord. En 1990, le Président nord-

¹⁵⁷ Voir Robert H. HOLDEN et Eric ZOLOV, *op. cit.*, p. 265.

Il peut être aussi constaté la prolifération de chansons de protestation aux quatre coins de l'Amérique latine. Ces chansons, qui constituent une partie importante de la culture populaire latino-américaine, exprimaient notamment la nécessité d'une solidarité panaméricaine contre les États-Unis. Les dessins animés de Walt Disney furent également accusés d'être de subtils instruments de l'impérialisme étasunien. Voir *ibidem*, p. 261-262, 273-276.

¹⁵⁸ *Ibidem*, p. 304-306.

¹⁵⁹ Voir Olivier DABÈNE, *op. cit.*, p. 174-183. Alain ROUQUIÉ. *Guerres et paix en Amérique centrale*. Paris : Éd. du Seuil, 1992, p. 308-337. Paul WEHR et John Paul LEDERACH. Mediating conflict in Central America. *Journal of peace research*, 1991, vol. 28, n°1, p. 85-98.

¹⁶⁰ Georges COUFFIGNAL. Les relations Union Européenne-Amérique latine: simple routine ou prolégomènes d'une politique étrangère européenne ? In: *Amérique latine, une Amérique toujours plus diverse*. Paris : La Documentation Française, 2010, p. 100.

américain George H. W. Bush lança l'initiative *Enterprise for the Americas* (EAI). Ce programme avait pour objectif d'encourager des réformes orientées vers le marché et la croissance économique et envisageait la création d'une zone de libre-échange de l'Alaska à l'Argentine.

L'EAI fut immédiatement accueillie par les leaders latino-américains de façon très positive. Le Président argentin Carlos Menem déclara : « Nous traversons le moment le plus brillant de nos relations avec les États-Unis. » Le Président de l'Uruguay, Luis Lacalle, téléphona au président Bush pour le féliciter et lui dire : « Quand l'homme le plus important dans le monde offre sa main... je pense que nous devons la serrer, – et le bras, et le coude et l'épaule aussi. »¹⁶¹ Le facteur économique ébranla ainsi l'antiaméricanisme, d'abord parce que le Plan Brady de l'administration Bush permit le sauvetage des économies latino-américaines et ensuite, parce qu'après les crises de la dette des années 1980, les États-Unis étaient perçus comme le partenaire idéal, l'accès aux marchés des pays industrialisés étant l'objectif central des nouvelles stratégies économiques¹⁶².

Dans ce contexte, la Convention de Washington n'apparaissait plus comme un ennemi de la souveraineté mais plutôt comme un instrument qui attirerait les capitaux étrangers nécessaires pour sortir de la crise. L'Amérique latine, nouveau-née sur la scène internationale, démocratique depuis peu et toujours en lutte pour atteindre une stabilité politique, économique et sociale ne pouvait guère garantir aux investisseurs étrangers la protection juridique dont ils avaient besoin. Ainsi, prendre le chemin « courageux » vers la ratification de la Convention de Washington s'imposait¹⁶³ car la Convention jouait un rôle de garant : en cas de conflit, les investisseurs pourraient recourir à un tribunal international.

¹⁶¹ Cités In: Robert A. PASTOR. The Bush Administration and Latin America: The Pragmatic Style and the Regionalist Option. *Journal of Interamerican Studies and World Affairs*, 1991, vol. 33, n°3, p. 23.

¹⁶² Voir Alain ROUQUIÉ. *Amérique latine: introduction à l'Extrême-Occident*, *op. cit.*, p. 440.

¹⁶³ Michael T. SPRAGUE. A courageous course for Latin America: urging the ratification of the ICSID. *Houston Journal of International Law*, 1982, vol. 5, n°1, p. 157-158.

Section 2. Le cadre juridique de l'Amérique latine de 1990. Les Constitutions du libéralisme.

De 1978 à 2008, tous les pays de l'Amérique latine remplacèrent ou réformèrent, souvent de manière radicale, leurs Constitutions¹⁶⁴. Ces réformes furent la conséquence de changements politiques profonds comme la transition d'un régime autoritaire à un régime démocratique, de crises politiques ou de propos liés simplement à des partis politiques qui cherchaient à redistribuer le pouvoir ou à améliorer l'image publique d'un gouvernement¹⁶⁵. Ainsi, l'Amérique latine tentait de faire coïncider la libéralisation économique et la consolidation de la démocratie ; deux processus intimement liés qui auraient de répercussions l'un sur l'autre¹⁶⁶.

Avec le retour des démocraties en Amérique latine et le changement du modèle économique des années quatre-vingt-dix, ce fut une véritable « fièvre constitutionnelle »¹⁶⁷. Ainsi, à la lumière des Constitutions en vigueur à l'époque de la ratification de la Convention de Washington, les changements des dispositions ou des interprétations juridiques qui permirent l'intégration de la Convention dans l'ordre juridique constitutionnel des pays l'ayant ratifié seront examinés. Tout d'abord, par l'analyse des changements constitutionnels du nouveau modèle économique adopté par l'Amérique latine (§1) pour ensuite exposer comment les apparentes contradictions juridiques que la Convention de Washington supposait furent surmontées (§2).

§1. Libéralisme économique et réforme constitutionnelle.

A. La réforme économique dans les nouvelles Constitutions.

De 1964 – année de gestation de la Convention de Washington – à 2003 – année de la dernière ratification de la Convention dans la région –, quinze pays d'Amérique latine

¹⁶⁴ Gabriel L. NEGRETTO. Paradojas de la reforma constitucional en América Latina. *Journal of democracy en español*, 2009, vol. 1, p. 38.

¹⁶⁵ *Ibidem*, p. 40-41.

¹⁶⁶ Laurence WHITEHEAD. Libéralisation économique et consolidation de la démocratie. In : Georges COUFFIGNAL (dir.). *Réinventer la démocratie : le défi latino-américain*. Paris : Presses de la Fondation nationale des sciences politiques, 1992, p. 155.

¹⁶⁷ Georges COUFFIGNAL et Hubert GOURDON. Alternances politiques et nouvel ordre constitutionnel en Amérique latine. In : *Amérique latine : la nouvelle donne politique et économique*. Paris : La Documentation Française, 2009, p. 105.

adoptèrent de nouvelles Constitutions¹⁶⁸. Seuls le Mexique et le Costa Rica conservèrent – et conservent encore aujourd’hui – leurs anciennes constitutions de 1917 et 1949 respectivement, mais celles-ci ne restèrent pas à l’écart des profondes réformes qui furent entreprises à cette époque-là¹⁶⁹.

Changer la Constitution d’un pays – fondement de l’ordre juridique national – sert souvent plusieurs objectifs à la fois, d’autant plus si la réforme implique l’adoption d’une nouvelle Constitution. De plus, une des caractéristiques des Constitutions latino-américaines est un champ d’application particulièrement étendu, car leurs constituants veulent tout y inclure. Ainsi, l’adoption d’une nouvelle Constitution touche tous les domaines de l’ordre juridique national : les droits fondamentaux, les droits politiques, la structuration du pouvoir et les politiques économiques dont, *inter alia*, la régulation des investissements étrangers.

La réforme structurelle des années 1990 nécessitait des modifications constitutionnelles qui permettraient la libéralisation de l’économie et lèveraient les obstacles à l’investissement privé, surtout en ce qui concernait les services publics jusqu’alors sous le contrôle de l’État. Par exemple, la Constitution du Nicaragua de 1987 admit que l’exercice des activités économiques correspondait essentiellement aux personnes, reconnut le rôle de premier plan du secteur privé, favorisa la promulgation d’une loi sur les investissements étrangers pour que ceux-ci contribuent au développement économique et social du pays et ouvrit aux investissements privés les services publics de l’énergie, de la communication, de l’eau, du transport, des infrastructures routières, des ports et des aéroports¹⁷⁰. De même, la Constitution du Pérou de 1993 énonça que la production des biens et des services et le commerce

¹⁶⁸ L’Argentine en 1994, la Bolivie en 1967, le Brésil en 1988, le Chili en 1980, la Colombie en 1991, l’Équateur en 1978 et 1998, le Salvador en 1983, le Guatemala en 1985, le Honduras en 1982, le Nicaragua en 1987, le Panama en 1972, le Paraguay en 1992, le Pérou en 1979 et 1993, l’Uruguay en 1967 et le Venezuela en 1999. Cf. POLITICAL DATA BASE OF THE AMERICAS. *Constitutions and comparative constitutional study* [en ligne]. <<http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/constudies.html>> (consulté le 30 juillet 2014). Et BIBLIOTECA VIRTUAL MIGUEL DE CERVANTES. *Constituciones hispano-americanas* [en ligne]. <<http://www.cervantesvirtual.com/bib/portal/constituciones>> (consulté le 30 juillet 2014).

¹⁶⁹ Pour les réformes apportées à la Constitution mexicaine de 1917 voir CÁMARA DE DIPUTADOS H. CONGRESO DE LA UNIÓN. *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* [en ligne]. <<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum.htm>> (consulté le 30 juillet 2014). Pour consulter les différentes versions de la Constitution du Costa Rica de 1949 voir SISTEMA COSTARRICENSE DE INFORMACIÓN JURÍDICA. *Constitución Política de la República de Costa Rica*. <<http://juri-prudencia.poder-judicial.go.cr/pj/scij>> (consulté le 30 juillet 2014).

¹⁷⁰ Voir « Annexe III ». Constitution du Nicaragua de 1987, articles 99 à 105.

extérieur étaient libres et, rejetant le protectionnisme, établit que si un autre pays – ou groupe de pays – adoptaient des mesures protectionnistes ou discriminatoires contraires à l'intérêt national, l'État péruvien pouvait adopter des mesures analogues¹⁷¹.

La Constitution de l'Équateur de 1998 établissait comme fonction de l'État celle de garantir le développement des activités économiques par le biais de l'ordre juridique et des institutions chargées de les encourager et d'inspirer confiance¹⁷². À la différence de la Constitution de 1978 qui réservait à l'État l'exploitation économique des ressources naturelles non renouvelables, des services d'eau, d'électricité et de communications et des autres entreprises considérées stratégiques – déléguer ces activités à des entreprises privées n'étant possible qu'à titre exceptionnel¹⁷³ –, celle de 1998 stipula que les ressources naturelles étaient la propriété inaliénable et imprescriptible de l'État, mais autorisa que leur exploitation et exploration soient réalisées par des entreprises privées. Bien que les télécommunications et l'eau n'aient pas été privatisées, la Constitution octroya à l'État la faculté d'attribuer des concessions dans ces deux domaines¹⁷⁴.

De plus, la Constitution équatorienne garantit les investissements nationaux et étrangers à égalité de conditions¹⁷⁵. À la différence des Constitutions des années soixante qui plaidaient pour une égalité absolue, la Constitution de l'Équateur de 1998 autorisait l'État dans des contrats conclus avec des investisseurs – nationaux ou étrangers – à leur accorder des garanties spéciales afin de les protéger d'éventuels changements législatifs ou de dispositions pouvant altérer leurs clauses¹⁷⁶.

Les réformes constitutionnelles ci-dessus mentionnées témoignaient de la volonté de l'État de diminuer ses fonctions économiques et d'adopter le libéralisme comme modèle économique sur le long terme. Néanmoins, d'autres pays se montrèrent plus réservés dans leurs réformes.

¹⁷¹ *Ibidem*, Constitution du Pérou de 1993, article 63.

¹⁷² *Ibidem*, Constitution de l'Équateur de 1998, article 244.

¹⁷³ *Ibidem*, Constitution de l'Équateur de 1978, article 46.

¹⁷⁴ *Ibidem*, Constitution de l'Équateur de 1998, article 247.

¹⁷⁵ *Ibidem*, article 244.

¹⁷⁶ *Ibidem*, article 271.

B. La réforme économique dans le conservatisme constitutionnel.

La Constitution du Honduras de 1982 fut plus circonspecte quant à l'acceptation des investissements étrangers : en effet, elle encouragea prioritairement la formation et la consolidation des investissements nationaux, considérant les investissements étrangers comme des éléments complémentaires du développement national¹⁷⁷. La Constitution du Paraguay de 1967 contenait une disposition similaire qui fut supprimée par la réforme de 1992¹⁷⁸.

La Constitution du Honduras de 1982 se contentait de réduire le traitement préférentiel octroyé aux investisseurs nationaux ou centroaméricains par la Constitution de 1957. En effet, cette dernière, en plus d'un traitement plus favorable, réservait certains domaines de l'investissement aux capitaux nationaux ou centroaméricains¹⁷⁹. Bien que dans la Constitution du Honduras de 1982 cette disposition ait été supprimée, la préférence pour les investissements nationaux y fut maintenue. Les investisseurs étrangers étaient soumis au contrôle de l'État et obligés à ne jamais substituer les investissements nationaux¹⁸⁰.

Par rapport à celle de 1957, la Constitution du Honduras de 1982 n'apporta pas un grand changement dans sa partie concernant l'économie nationale¹⁸¹. Cette norme suprême conserva les dispositions qui permettaient à l'État de se réserver l'exercice de certaines industries, exploitations et services d'intérêt public. De plus, elle autorisait l'État à édicter des lois et des mesures économiques, fiscales et de sécurité publique afin d'orienter, d'encourager, de contrôler et de remplacer les entreprises privées¹⁸².

Le Honduras n'était pas le seul pays à ne pas vouloir abandonner complètement les rennes de l'économie nationale. En Bolivie, les réformes structurelles ne furent pas insérées dans la Constitution. La réforme constitutionnelle de 1995 conserva les

¹⁷⁷ *Ibidem*, Constitution du Honduras de 1982, article 336. Constitution du Paraguay de 1967, article 101.

¹⁷⁸ *Ibidem*, Constitution du Paraguay de 1967, article 102. Celle de 1992 – actuellement en vigueur – supprima totalement la préférence nationale pour les investissements. Nous nous sommes intéressées à la Constitution du Paraguay de 1967 parce qu'elle était en vigueur à la date de la signature et de la ratification de la Convention de Washington par le Paraguay.

¹⁷⁹ Voir « Annexe II », Constitution du Honduras de 1957, article 260.

¹⁸⁰ Voir « Annexe III », Constitution du Honduras de 1982, article 336.

¹⁸¹ Voir dans les « Annexes 2 et 3 » les dispositions concernant le régime économique national dans les Constitutions du Honduras.

¹⁸² Voir « Annexe II », Constitution du Honduras de 1957, article 256. « Annexe III », Constitution du Honduras de 1982, article 332.

dispositions de celle de 1967 qui concernaient la politique économique de l'État. Ainsi, la Constitution réformée en 1995 associait le développement économique au renforcement de l'indépendance nationale. Conformément à l'article 133 CN, le régime économique cherchait à consolider l'indépendance nationale et à développer le pays en protégeant et en exploitant ses ressources naturelles et humaines placées sous la protection de l'État¹⁸³. La Bolivie pouvait même s'octroyer le monopole de certaines exportations¹⁸⁴.

De plus, la Constitution bolivienne réaffirmait la nationalisation de l'industrie minière en interdisant le transfert de sa propriété à des entreprises privées¹⁸⁵. De même, la propriété des gisements d'hydrocarbures était réservée à l'État qui pouvait accorder des concessions – avec une durée limitée – à des entreprises privées pour l'exploration, l'exploitation, la commercialisation et le transport des hydrocarbures¹⁸⁶. Finalement, l'article 141 CN autorisait l'État à réguler l'exercice du commerce et de l'industrie lorsque la sécurité et la nécessité publique le demandaient ; l'État pouvait dans ces cas-là assumer la direction de l'économie nationale¹⁸⁷.

Pourtant, en Bolivie les réformes orientées vers le libéralisme furent réalisées en 1985 au moyen du Décret 21060¹⁸⁸ du président bolivien Victor Paz Estenssoro qui, en raison de la situation financière du pays – l'hyperinflation, la crise, le déficit fiscal et l'inefficacité du secteur productif – instaura une nouvelle politique économique¹⁸⁹. Cette dernière inclut *inter alia* la libéralisation des importations et des exportations¹⁹⁰, la libre détermination des prix des biens et des services¹⁹¹, la suppression de toute forme de taxe sur le transit des marchandises au sein du territoire national¹⁹², la décentralisation de *Yacimientos Petrolíferos Fiscales Bolivianos* (YPFB)¹⁹³ avec le transfert de la distribution et de

¹⁸³ « Annexe III », Constitution de la Bolivie de 1967, réformée en 1995, article 133.

¹⁸⁴ *Ibidem*, article 142.

¹⁸⁵ *Ibidem*, article 138.

¹⁸⁶ *Ibidem*, article 139.

¹⁸⁷ *Ibidem*, article 141.

¹⁸⁸ VICTOR PAZ ESTENSSORO, PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA. *Decreto Supremo n°21060*, 29 août 1985.

¹⁸⁹ Voir à propos du Décret 21060 : Jean-René GARCIA. *La Bolivie : histoire constitutionnelle et ambivalence du pouvoir exécutif*. Paris : L'Harmattan, 2010, p. 171-180.

¹⁹⁰ *Decreto Supremo n°21060*, articles 41 et 49.

¹⁹¹ *Ibidem*, article 72. Cette liberté des prix ne s'appliquait pas aux hydrocarbures, ni au transport, ni à l'énergie électrique, ni aux produits pharmaceutiques, ni aux communications téléphoniques dont les prix bénéficiaient d'un régime spécial. *Ibidem* article 75.

¹⁹² *Ibidem*, article 77.

¹⁹³ *Ibidem*, article 86.

la commercialisation des hydrocarbures et de leurs dérivés au secteur privé¹⁹⁴, la décentralisation de la *Corporación Minera de Bolivia* (COMIBOL)¹⁹⁵ qui se compose d'entreprises locales dotées d'autonomie de gestion¹⁹⁶, et la dissolution de l'*Empresa Nacional de Transporte Automotor* (ENTTA) habilitant les Mairies à créer des entreprises de transport local ou à liquider les actifs de l'ENTTA au moyen de licitations publiques¹⁹⁷. Le Décret 21060 s'est érigé dans l'ordre juridique bolivien comme une nouvelle Constitution¹⁹⁸.

En Amérique latine, la réforme structurelle s'accompagna donc d'importantes réformes qui ne concernaient pas toujours la sphère constitutionnelle. Les Constitutions de la Bolivie de 1967 avec les réformes de 1995, de la Colombie de 1991, du Guatemala de 1985 avec les réformes de 1993, du Panama de 1972 avec les réformes de 1994, de l'Uruguay de 1967 avec les réformes de 1996 et du Venezuela de 1961 avec les réformes de 1983, conservaient certaines dispositions des années 1960 qui accordaient à l'État la faculté – parfois l'obligation – de diriger ou d'orienter l'économie nationale et d'intervenir dans l'exploitation des ressources naturelles et la prestation des services publics¹⁹⁹.

Certaines dispositions constitutionnelles en vigueur dans les années 1960 furent donc maintenues dans les années 1990, soit parce que les Constitutions de référence ne s'occupaient guère du modèle économique national, soit parce qu'elles s'y intéressaient en laissant la porte ouverte au pragmatisme dans le changement du modèle économique au moyen de la promulgation de lois nationales et de l'adoption de conventions internationales. Indubitablement, l'adhésion à la Convention de Washington

¹⁹⁴ *Ibidem*, article 90.

¹⁹⁵ *Ibidem*, article 102.

¹⁹⁶ *Ibidem*, article 108.

¹⁹⁷ *Ibidem*, article 122.

¹⁹⁸ Andrés SOLIZ RADA. Cité dans: Jorge MACHICADO. *Derecho Constitucional Boliviano*. Sucre: USFX Universidad San Francisco Xavier, 2009, p. 31.

« Certes, le pouvoir exécutif ne disposait pas a priori de compétences particulières explicites dans la Constitution de 1967 pour déterminer des politiques économiques. Ces compétences étaient normalement dévolues au pouvoir législatif. Mais Paz Estenssoro [...] estima que les matières économiques qui ne relevaient pas expressément des compétences du pouvoir législatif faisaient donc partie de la faculté de *diriger et déterminer les politiques publiques* réservées au pouvoir exécutif. [...] Paz Estenssoro estima ainsi [...] que [...] le décret 21060 respectait la Constitution de 1967. » Jean-René GARCÍA. *La Bolivie : histoire constitutionnelle et ambivalence du pouvoir exécutif*, *op. cit.*, p. 178-179.

¹⁹⁹ Voir dans les « Annexes 2 et 3 » les dispositions concernant le régime économique dans les Constitutions de référence.

correspondit à l'esprit d'ouverture vers l'extérieur qui prédominait dans l'Amérique latine des années 1990.

L'arbitrage des investissements faisait partie sans aucun doute de l'agenda néolibéral²⁰⁰. Les États latino-américains étaient arrivés à la conclusion qu'accepter la soumission à l'arbitrage international leur permettrait d'augmenter leur croissance économique et d'encourager l'échange et le développement²⁰¹. L'Amérique latine s'engagea aussi dans la protection des investisseurs étrangers grâce à des traités bilatéraux destinés à encourager et à protéger les investissements (TBI). Au premier janvier 2000, la région avait signé plus de 300 TBIs, quatre-vingt-treize pour cent d'entre eux ayant été signés dans les années 1990²⁰².

§2. Les obstacles à la Convention de Washington et à la protection des investissements étrangers.

A. La souveraineté étatique et le droit international.

Lorsque les pays d'Amérique latine ratifièrent la Convention de Washington, à l'exception du Costa Rica et du Venezuela, tous avaient de nouvelles Constitutions²⁰³. Il faut donc analyser dans quelle mesure ces modifications constitutionnelles permirent la formation d'un nouveau cadre juridique plus favorable aux investissements étrangers.

Dans l'Amérique latine des années soixante, le premier obstacle à l'adoption de la Convention de Washington venait de la notion latino-américaine de la souveraineté étatique. Celle-ci était entendue comme un pouvoir que ne pouvait restreindre le droit international car ce dernier n'était qu'un moyen utile de coordonner les relations étatiques de pouvoir, sans en réalité les limiter ou les transformer²⁰⁴. L'« incompatibilité » entre la souveraineté et le droit international dérivait de la

²⁰⁰ M. SORNARAJAH. The neo-liberal agenda in investment treaty arbitration: its rise, retreat and impact on State sovereignty. In: Wenhua SHAN, Penelope SIMONS et Dalvinder SINGH (éditeurs). *Redefining sovereignty in international economic law*. Oxford; Portland: Hart Publishing, 2008, p. 199-223.

²⁰¹ Mary H. MOURRA. The conflicts and controversies in Latin American treaty-based disputes. In: Mary H. MOURRA et Thomas E. CARBONNEAU (éditeurs). *Latin American investment treaty arbitration: the controversies and conflicts*. Austin: Wolters Kluwer, 2008, p. 9.

²⁰² UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Bilateral Investment Treaties: 1959-1999*. New York; Genève: United Nations, 2000, p. 15.

²⁰³ Comparer « Annexes 2 et 3 ».

²⁰⁴ Jean L. COHEN, *op. cit.*, p. 28.

transformation de ce dernier en un système autonome de « *hard law* » effectif et contraignant²⁰⁵. Désormais, la souveraineté ne limiterait plus le droit international, bien au contraire.

Ce changement de la conception de la souveraineté se refléta dans les réformes constitutionnelles ou dans les décisions des tribunaux latino-américains. En 1993, la Cour Constitutionnelle colombienne admit que, de la même manière qu'au sein de chaque nation l'intérêt général primait sur l'intérêt individuel, la manifestation des volontés entre États prévalait sur l'ordre interne de chacun d'entre eux²⁰⁶. La souveraineté étatique impliquait une faculté d'autodétermination limitée par le droit international : elle était absolue dans l'ordre interne mais restait subordonnée au droit international dans l'ordre externe²⁰⁷. Tout traité international ratifié par l'État supposait donc des limites externes dans l'exercice des facultés étatiques²⁰⁸. La résolution de la Cour Constitutionnelle colombienne se fondait sur l'interprétation de l'article 9 de la Constitution de 1991 qui disposait que les relations extérieures de l'État reposaient sur la souveraineté nationale, le respect de l'autodétermination des peuples et la reconnaissance des principes du droit international acceptés par la Colombie²⁰⁹.

Le droit international prit ainsi une place importante dans l'ordre juridique constitutionnel au détriment de la notion de souveraineté étatique. La Constitution du Chili de 1980 reconnut « le respect des droits essentiels qui émanent de la race humaine » comme limitation de la souveraineté étatique, ces droits étant garantis par la Constitution et les traités internationaux²¹⁰. La Constitution du Paraguay de 1967 admit de manière expresse les principes du droit international, accepta la résolution pacifique de conflits internationaux par des moyens juridiques et autorisa l'incorporation de l'État

²⁰⁵ *Ibidem*.

²⁰⁶ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. *Sentence C-276/93 du 22 juillet 1993, aff. L.A.T. 013, §V (3.3)*.

²⁰⁷ *Ibidem*.

²⁰⁸ « *Whenever a country enters into an international agreement, it restricts its sovereignty in some measure. In fact, the very purpose of international agreements is to require or prohibit government action. To claim that any such restraint is impermissible or unwise is to call into question the entire international legal order.* » Daniel M. PRICE. *Some observations on Chapter eleven of NAFTA. Hastings international and comparative law review*, 2000, vol. 23, n°3, p. 428. Voir aussi Humberto NOGUEIRA ALCALÁ. *La soberanía, las constituciones y los tratados en materia de derechos humanos: América latina y Chile. Ius et praxis*, 2000, vol. 6, n°2, p. 232-234.

²⁰⁹ *Constitución Política de Colombia (1991)*, article 9.

²¹⁰ MINISTERIO DEL INTERIOR. *Decreto supremo n°1.150 de 1980 que aprueba la Constitución Política de la República de Chile*, article 5, § 2.

à des systèmes multilatéraux internationaux pour le développement, la coopération et la sécurité²¹¹.

Concernant plus précisément la célébration de traités, l'article 146 de la Constitution du Salvador de 1983 interdit la célébration des traités qui heurteraient la souveraineté et l'indépendance de la République. Cette disposition s'étendait aux traités internationaux et aux contrats avec des gouvernements ou des entreprises nationales ou étrangères soumettant l'État à un tribunal étranger. Néanmoins, cet article précisa que cela n'empêchait que l'État puisse, en cas de controverse, se soumettre à un tribunal arbitral ou international²¹² : cette soumission ne s'opposait pas à la souveraineté étatique.

Même si la plupart des Constitutions latino-américaines ne contenaient pas de dispositions concrètes redéfinissant leur conception de la souveraineté étatique, incontestablement les États latino-américains adhèrent au nouvel ordre économique international en acceptant de redéfinir la souveraineté nationale comme instrument et fondement des engagements de l'État et non comme un concept restrictif²¹³. Néanmoins, le débat sur la souveraineté étatique et l'arbitrage des investissements réapparaîtrait dans les années 2000 avec la nouvelle vague d'opposition à la Convention qui sera abordée plus loin.

B. L'incorporation de l'arbitrage aux systèmes de justice latino-américains.

Lors de la réunion de consultation sur le texte de la Convention de Washington, certains représentants latino-américains soulignèrent que leurs Constitutions empêcheraient la conclusion du dit accord, car celui-ci avait pour vocation la création d'un Centre doté de pouvoirs juridictionnels, lesquels appartenaient exclusivement à l'État. En effet, conformément aux Constitutions en vigueur à l'époque de cette discussion, le pouvoir

²¹¹ *Constitución de la República de Paraguay (1967)*, article 9.

²¹² *Constitución de la República de El Salvador (1983)*, article 146.

²¹³ Voir à propos du changement de la notion de souveraineté : Wenhua SHAN, Penelope SIMONS, Dalvinder SINGH (éditeurs), *op. cit.* Jean L. COHEN, *op. cit.* Vanessa ABBALLE. Globalisation de la justice : vers une remise en cause de la suprématie des États ? *Revue politique et parlementaire*, 2008, n°1049, p. 132-154. Plus précisément sur la souveraineté et la protection des investissements étrangers : Stéphane BONOMO. *Les traités bilatéraux relatifs aux investissements : entre protection des investissements étrangers et sauvegarde de la souveraineté des États*. Aix-en-Provence : Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2012, 374 p.

judiciaire étatique détenait le monopole de l'administration de la justice nationale, la cession de la juridiction nationale étant interdite. Néanmoins, les années 1990 apportèrent des changements aussi dans ce domaine.

La Constitution de la Colombie de 1991 inclut comme fonction du Congrès celle d'approuver les traités souscrits par le gouvernement avec d'autres États, traités au moyen desquels l'État pouvait transférer partiellement certaines de ses attributions à des organismes internationaux dont le but était la promotion ou la consolidation de l'intégration économique avec d'autres États²¹⁴. De même, la Constitution de l'Argentine de 1994 attribua au Congrès la faculté d'approuver des traités d'intégration déléguant des compétences et de la juridiction à des organisations supranationales²¹⁵, s'adaptant ainsi au langage juridique d'autres pays latino-américains qui avaient déjà constitutionnalisé l'intégration régionale²¹⁶.

Ces dispositions constitutionnelles faisaient référence à des traités comme l'Accord de Cartagena qui créa la Communauté Andine des Nations (CAN) composée de différents organes et institutions – entités supranationales – dont l'objectif était l'intégration économique. La Colombie leur transférait certaines compétences internes telles que, par exemple, la régulation du commerce, le régime douanier et la distribution des domaines de production et de marché²¹⁷. En ce qui concernait l'administration de la justice, le Tribunal de Justice de la CAN pouvait être saisi par des personnes physiques ou morales lorsqu'un pays membre portait atteinte à leurs droits andins²¹⁸.

Ni la Convention de Washington ni le CIRDI ne peuvent certainement être qualifiés de traité ou d'organisme d'intégration, car leur vocation n'est pas de promouvoir ou de consolider l'intégration économique : leur objet se réduit à « offrir des moyens de conciliation ou d'arbitrage pour régler les différends relatifs aux investissements

²¹⁴ « Annexe III », Constitution de la Colombie de 1991, article 150.

²¹⁵ *Ibidem*, Constitution de l'Argentine de 1994, article 75(24).

²¹⁶ Le Brésil (art. 4), le Costa Rica (art. 121), la Colombie (arts. 226 y 227), Cuba (art. 12), la République Dominicaine (art. 3), l'Équateur (art. 3), le Salvador (art. 89), le Nicaragua (art. 9), le Paraguay (art. 9), le Pérou (art. 100) et l'Uruguay (art. 6). Humberto QUIROGA LAVIÉ. *Constitución de la nación argentina comentada*. 4^{ème} éd. Buenos Aires : Zavalia, 2003, p. 495.

²¹⁷ Voir Tulio Elí CHINCHILLA HERRERA. *Constitución Política de Colombia comentada por la Comisión Colombiana de Juristas. Título VI : de la rama legislativa*. Bogotá : Comisión Colombiana de Juristas, 1998, p. 157.

²¹⁸ Voir COMUNIDAD ANDINA. *Tratado de creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina*. Cochabamba, Bolivia : 1996, article 25.

opposant des États contractants à des ressortissants d'autres États contractants »²¹⁹. De plus, la juridiction dans la résolution des conflits relatifs aux investissements n'est pas transmise directement au moyen de la Convention de Washington mais des TBIs, de la législation nationale ou des contrats. Néanmoins, bien que les dispositions constitutionnelles de référence ne concernent pas la Convention de Washington, elles montrent que les États concernés étaient prêts à se soumettre à des tribunaux internationaux et donc à ne pas être les seuls juges de leurs actions.

Quant à la Constitution colombienne, la constitutionnalité d'un tribunal CIRDI s'appuie sur l'article 116 qui, concernant le pouvoir judiciaire de l'État, autorise que la justice soit administrée par des personnes physiques qui peuvent, en tant que conciliateurs ou arbitres, prononcer des résolutions en droit ou en équité²²⁰. La disposition de référence a un caractère exceptionnel et strict en ce qui concerne les cas qui peuvent être exclus de la connaissance des organes judiciaires étatiques²²¹, l'arbitrage étant admis dans les domaines que la Constitution ne réserve pas à la juridiction exclusive de l'État. À ce propos, la Constitution colombienne ne contient aucune disposition interdisant à l'État ou à des étrangers de recourir à l'arbitrage. Ainsi, la Loi 80 de 1993 qui régulaient les contrats conclus par les entités étatiques²²² contenait une partie relative à la résolution des conflits autorisant l'insertion des clauses compromissoires d'arbitrage dans ce type de contrats en général, et en particulier dans les contrats conclus avec des étrangers, la Loi accordait la possibilité de soumettre les différends à un tribunal international²²³.

Il est aussi intéressant de citer le critère que la Cour Constitutionnelle colombienne a retenu à propos de l'arbitrage comme moyen d'administration de la

²¹⁹ *Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États*, article 1(2).

²²⁰ « Annexe III », Constitution de la Colombie de 1991, article 116.

²²¹ Voir Tulio Elí CHINCHILLA HERRERA. *Constitución Política de Colombia comentada por la Comisión Colombiana de Juristas. Título V : de la organización del Estado*. Bogotá : Comisión Colombiana de Juristas, 1998, p. 49.

²²² Les articles 70 à 72 de la Loi 80 furent abrogés par l'article 118 de la Loi 1563 de 2012 qui régule actuellement l'arbitrage national et international. Voir *Ley 1563 por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones*, 12 juillet 2012, article 118.

²²³ *Ley 80 por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública*, 28 octobre 1993, article 70.

Le texte original de la disposition de référence énonçait que, dans les contrats conclus avec des étrangers, il pouvait être décidé que les différends nés du contrat fussent soumis à un tribunal d'arbitrage désigné par un organisme international. Cette disposition fut modifiée en 1996 et la condition d'intervention d'un organisme international pour désigner le tribunal d'arbitrage fut supprimée. Voir *Ley 315 por la cual se regula el arbitraje internacional y se dictan otras disposiciones*, 12 septembre 1996, article 4.

justice. Selon elle, les modes alternatifs de résolution des conflits n'impliquent pas de renoncer à l'unité de juridiction de l'État ni de la rompre, ni de déléguer la fonction étatique d'administrer la justice. En effet, ces moyens sont une option offerte à l'État lui-même et aux individus qui peuvent choisir une solution négociée du conflit ou la voie judiciaire²²⁴. Or, ce sont les parties du conflit qui décident de décliner la juridiction de l'État pour que leur conflit soit tranché de manière définitive par un tribunal arbitral, l'État ne faisant que reconnaître la valeur juridique de l'accord entre les parties et de la résolution arbitrale dont la force serait celle d'une sentence judiciaire définitive²²⁵.

Ce même critère fut retenu par la Cour Suprême de l'Argentine. L'arbitrage comportait une soustraction volontaire de la juridiction relevant ordinairement des tribunaux du Pouvoir judiciaire, juridiction qui est transférée par les parties du litige à des juges particuliers chargés de trancher le différend²²⁶.

S'inscrivant dans la démarche des changements constitutionnels des années 1990 qui inclurent l'arbitrage, la Constitution de l'Équateur de 1998 dans son article 191 relatif à l'exercice du pouvoir judiciaire reconnaissait l'arbitrage, la médiation et d'autres moyens pour résoudre les conflits²²⁷. Les Constitutions du Paraguay de 1992 et du Honduras de 1982 validaient les décisions arbitrales ; la première entérinait ces dernières « dans le domaine du droit privé »²²⁸ et la seconde proclamait la validité et l'exécution obligatoire des sentences arbitrales et judiciaires à caractère international²²⁹.

²²⁴ « *La facultad del legislador para establecer los contenidos y procedimientos propios de los mecanismos alternativos no implica renuncia o rompimiento de la unidad de la jurisdicción, ni delegación de la función de administrar justicia sino, una opción que se le ofrece al propio Estado y a los integrantes de la comunidad, para que puedan escoger entre la solución negociada del conflicto o la vía judicial.* » CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. *Sentence C-160/99 du 17 mars 1999, aff. D-2155, §VII(3.4).*

²²⁵ « *El arbitramento como mecanismo alterno de solución de conflictos, implica la derogación que hacen las partes de la jurisdicción que, en cabeza de los jueces ejerce el Estado, para que frente a un conflicto determinado o precaviendo uno futuro, sean terceros distintos de los jueces, quienes con carácter definitivo resuelvan la controversia suscitada, mediante una decisión - fallo arbitral- que al igual que las decisiones de los jueces de la República, haga tránsito a cosa juzgada.* » CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. *Sentence C-1436 du 25 octobre 2000, aff. D-2952, §VI (3.3).*

²²⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, REPÚBLICA ARGENTINA. *Sentence du 17 novembre 1994 concernant la demande de nullité d'une sentence arbitrale, aff. C.950.XXIV.REX, p. 4.*

²²⁷ « *Annexe III* », Constitution de l'Équateur, article 191. Nous avons pris en considération la Constitution équatorienne de 1998 parce que la Convention de Washington fut contrôlée conformément aux dispositions de cette Constitution lors d'un procès de « ratification » en 2000, bien que cet instrument international fût en vigueur depuis 1986. Nous reviendrons sur ce sujet dans la deuxième partie de cette thèse. La Constitution équatorienne en vigueur en 1986 - date officielle de ratification de la Convention - était celle de 1978 et ne comportait pas de grands changements par rapport à la Constitution antérieure.

²²⁸ *Ibidem*, Constitution du Paraguay de 1992, article 248.

²²⁹ *Ibidem*, Constitution du Honduras de 1982, article 15.

Les Constitutions du Costa Rica²³⁰ et du Salvador²³¹ admettaient le droit de toute personne à recourir à une procédure arbitrale. Celles de l'Équateur²³², du Salvador²³³, du Guatemala²³⁴, du Panama²³⁵ et du Pérou²³⁶ reconnaissaient la faculté de l'État à se soumettre à l'arbitrage au moyen de contrats ou de conventions internationales²³⁷. Seules celles de l'Argentine, de la Bolivie, du Chili, du Nicaragua, de l'Uruguay et du Venezuela ne contenaient aucune disposition relative à l'arbitrage²³⁸, ce qui ne supposait en aucun cas un rejet de celui-ci, ces pays le règlementèrent comme un mode alternatif de résolution des conflits au moyen d'autres instruments normatifs nationaux²³⁹.

La Constitutionnalisation de l'arbitrage se présenta donc de deux manières : d'une part, par l'incorporation des normes d'arbitrage dans les dispositions concernant le pouvoir judiciaire étatique et, d'autre part, par leur incorporation dans le chapitre des droits fondamentaux²⁴⁰. Par ailleurs, le but de cette constitutionnalisation était de contrecarrer les demandes d'inconstitutionnalité contre les arbitrages ou leurs sentences

²³⁰ *Ibidem*, Constitution du Costa Rica de 1949 telle que reformé jusqu'au 1993, article 43.

²³¹ *Ibidem*, Constitution du Salvador de 1983, article 23.

²³² *Ibidem*, Constitution de l'Équateur de 1998, article 14.

²³³ *Ibidem*, Constitution du Salvador de 1983, article 146.

²³⁴ *Ibidem*, Constitution du Guatemala de 1985, reformé en 1993, article 171(4)(5).

²³⁵ *Ibidem*, Constitution du Panama de 1972, reformé en 1994, article 195.

²³⁶ *Ibidem*, Constitution du Pérou de 1993, article 63.

²³⁷ Les dispositions prévues dans les Constitutions de l'Équateur et du Guatemala se limitaient au consentement de l'État exprimé au moyen des instruments internationaux. La Constitution de l'Équateur limitait l'assujettissement de l'État à une « juridiction étrangère » aux cas prévus dans des conventions internationales ; la Constitution du Guatemala attribuait au Congrès la fonction d'approuver les traités avant leur ratification quand ils impliquaient que l'État soumette tout différend à un arbitrage international ou quand ils contenaient une clause générale d'arbitrage.

²³⁸ Rappelons que nous nous référons aux Constitutions en vigueur au moment de la ratification de la Convention de Washington. La Constitution du Venezuela de 1999 intégra les modes alternatifs de résolution de conflits dans le système judiciaire du pays. L'arbitrage, la conciliation, la médiation et les autres modes alternatifs de résolution de conflits furent encouragés par la loi. Voir « Annexe III », Constitution du Venezuela de 1999, articles 253 et 258.

²³⁹ Voir *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación de l'Argentine*, Libro Sexto « Proceso arbitral ». En Bolivie, la *Ley n°1770 Arbitraje y otros procedimientos alternativos de solución de controversias comerciales*, 10 mars de 1997; au Chili, la *Ley n°19.971 sobre arbitraje comercial*, 29 septembre 2004 ; au Nicaragua, la *Ley n°540, Ley de mediación y arbitraje*, 25 mai 2005; en Uruguay, la *Ley 15.982 Código General del Proceso*, 18 octobre 1988, Libro II, Título VIII « Proceso arbitral »; au Venezuela, la *Ley de arbitraje comercial*, 7 avril 1998.

²⁴⁰ À côté de ces deux tendances générales, la première attribuée à l'Amérique du sud et la seconde à l'Amérique centrale, soulignons les particularités du Pérou et du Venezuela. Au Pérou, les dispositions concernant l'arbitrage figurent dans la partie relative au « Régime économique ». Au Venezuela, bien que l'arbitrage soit présent dans les dispositions concernant le pouvoir judiciaire, la Salle Constitutionnelle du Tribunal Suprême de Justice a considéré l'arbitrage comme un droit fondamental. Alfredo DE JESUS O. La autonomía del arbitraje comercial internacional a la hora de la constitucionalización del arbitraje en América Latina. *Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, 2009, vol. 2, n°1, p. 36-37. Juan Carlos ARAÚZ RAMOS. *Constitucionalización y justicia constitucional en el arbitraje comercial panameño*. Thèse de doctorat en droit. Madrid : Universidad Complutense de Madrid, 2013, p. 23.

sur la base des dispositions constitutionnelles qui proclamaient le monopole de l'État dans l'administration de la justice²⁴¹. L'arbitrage devenait ainsi une institution constitutionnellement protégée²⁴².

En outre, la politique économique de libre marché des États latino-américains intégra la reconnaissance et la protection des tribunaux arbitraux chargés de régler les conflits entre les investisseurs étrangers et l'État récepteur des investissements. En effet, la région était persuadée qu'elle devait créer un climat favorable aux investissements étrangers²⁴³ et l'acceptation de l'arbitrage international faisait partie de sa stratégie pour attirer les capitaux étrangers. Ainsi, les dispositions constitutionnelles et la conclusion de traités internationaux favorables à l'arbitrage international mirent fin à l'hostilité traditionnelle des pays latino-américains envers cette façon de résoudre les conflits²⁴⁴.

L'Amérique latine offrait aux investisseurs étrangers un règlement impartial des conflits, sans doute beaucoup plus attractif que la soumission aux tribunaux locaux susceptibles d'agir en faveur de l'État dont ils font partie. Le principe selon lequel l'État détenait le monopole de l'administration de la justice – principe qui dans les années soixante était l'un des premiers obstacles à la juridiction arbitrale internationale – fut écarté. Finalement la sentence arbitrale était le résultat de l'accord entre les parties du conflit qui décidaient de renoncer à la juridiction étatique.

Désormais, l'État conservait le contrôle de l'exécution des sentences arbitrales. Tout comme la juridiction arbitrale trouvait son fondement dans le consentement des parties, le caractère obligatoire de la sentence arbitrale reposait d'abord sur une exécution volontaire de celle-ci par les parties. Néanmoins, en cas de manquement, l'exécution de la résolution était assurée par les organes de l'État, la coercition ne pouvant être exercée

²⁴¹ Alfredo DE JESUS O., *op. cit.*, p. 37-38.

²⁴² Reynaldo BUSTAMANTE. La constitucionalización del arbitraje en el Perú: algunas consideraciones en torno a la regulación del arbitraje con la Constitución, los derechos fundamentales y el estado de derecho. *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, 2013, n°71, p. 395.

²⁴³ Horacio A. GRIGERA NAÓN. Arbitration in Latin America: overcoming traditional hostility (an update). *The University of Miami Inter-American Law Review*, 1991, vol. 22, n°2/3, p. 221-222.

²⁴⁴ Voir *Ibidem*, p. 203-257. Claudia FRUTOS-PETERSON. El reconocimiento del arbitraje comercial internacional en América latina. *Revista de Derecho Privado de la Universidad Nacional Autónoma de México*, 1999, n°28, p. 63. Robert LAYTON. Changing attitudes toward dispute resolution in Latin America. *Journal of International Arbitration*, 1993, vol. 10, n°2, p. 123-141. Juan M. ALCALÁ et Joshua BRIONES. Arbitration in Latin America: a first look at the impact of legislative reforms. *Law and Business Review of the Americas*, 1997, vol. 13, n°4, p. 995-998.

par le tribunal arbitral²⁴⁵. De même, la contestation des résolutions arbitrales devant les tribunaux nationaux était possible selon les termes des législations nationales qui régulaient l'arbitrage. Ces deux éléments – exécution forcée et contrôle judiciaire en cas de contestation – prouvaient que l'État avait le dernier mot dans le système d'administration de la justice.

Si l'arbitrage fut incorporé dans les constitutions latino-américaines comme une façon de régler les conflits, il restait à déterminer si un tel moyen était ouvert aux investisseurs étrangers pour régler leurs conflits avec l'État récepteur de leurs investissements, notamment dans les systèmes juridiques constitutionnels qui préservaient certains éléments de la doctrine Calvo obligeant les étrangers à se soumettre aux tribunaux nationaux.

C. La doctrine de Carlos Calvo : réinterprétation ou suppression de ses principes.

La façon dont la doctrine de Carlos Calvo avait été incorporée dans les Constitutions de la région fut auparavant exposée. D'une part, les étrangers renonçaient à la protection diplomatique de leurs pays d'origine en se soumettant aux lois et aux tribunaux nationaux et, d'autre part, le principe d'égalité entre les nationaux et les étrangers empêchait ces derniers de jouir de conditions plus favorables que celles accordées aux premiers. La Convention de Washington heurtait les principes de Calvo, car elle créait un Centre spécialement conçu pour régler les conflits entre les investisseurs étrangers et l'État et supposait donc une exception à la soumission des étrangers aux tribunaux nationaux et une inégalité par rapport aux investisseurs nationaux qui n'avaient pas accès à ce système de règlement de conflits. L'Amérique latine devait donc assouplir la doctrine Calvo afin de faire un pas vers la ratification de la Convention de Washington²⁴⁶.

La clause Calvo qui obligeait les étrangers à renoncer à la protection diplomatique subsistait dans les Constitutions de la Bolivie, du Costa Rica, de

²⁴⁵ Claudia L. ORTEGA. La función jurisdiccional del Estado. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 1990, n°172-173-174, p. 145.

²⁴⁶ Michael T. SPRAGUE, *op. cit.*, p. 166-167.

l'Équateur, du Guatemala, du Honduras, du Pérou, du Salvador et du Venezuela²⁴⁷. Pourtant, son maintien n'affectait guère l'incorporation de l'arbitrage CIRDI comme moyen de résolution des conflits entre un État et un investisseur étranger. La Convention de Washington impliquait aussi de renoncer à la protection diplomatique, selon l'article 27(1):

« Aucun État 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 État contractant ont consenti à soumettre ou ont soumis à l'arbitrage dans le cadre de la présente Convention, sauf si l'autre État contractant ne se conforme pas à la sentence rendue à l'occasion du différend. »

Ainsi, l'arbitrage des investissements entraînait l'abandon de la protection diplomatique dans les deux sens. D'un côté, l'investisseur n'avait plus besoin de recourir à cette protection, car dans la procédure arbitrale il était habilité à contester les actions de l'État récepteur de son investissement sans l'intervention de son État d'origine : il jouissait donc d'une action directe. D'un autre côté, l'acceptation par les États de l'arbitrage international comme mode de règlement des différends nés entre leurs ressortissants et d'autres États, notamment par leur adhésion à la Convention de Washington, signifiait qu'ils renonçaient à protéger diplomatiquement leurs citoyens.

Toutefois les clauses Calvo dans les Constitutions de la Bolivie, du Costa Rica, de l'Équateur, du Pérou et du Venezuela ajoutaient que les étrangers étaient soumis aux lois nationales²⁴⁸.

La Constitution bolivienne disposait que tous les étrangers étaient soumis aux lois nationales sans pouvoir alléguer une situation exceptionnelle²⁴⁹ et, de manière plus particulière, elle édictait que toutes les entreprises établies en Bolivie étaient soumises à la souveraineté, aux lois et aux autorités de la République²⁵⁰. La Constitution bolivienne faisait en effet le point sur la soumission des étrangers aux lois nationales, or si celles-ci les autorisaient à recourir à l'arbitrage, il n'existait pas de contradiction entre le recours à l'arbitrage et la norme constitutionnelle. De même, la soumission aux « autorités de la

²⁴⁷ Voir « Annexe III », Clauses Calvo et/ou à propos de réclamations étrangères.

²⁴⁸ *Ibidem*.

²⁴⁹ *Ibidem*, Constitution de la Bolivie de 1967 modifiée en 1995, article 24.

²⁵⁰ *Ibidem*, article 135.

République » ne comportait pas nécessairement une soumission à la juridiction nationale. Comme il fut auparavant exposé, en Bolivie les réformes structurelles visant à encourager les investissements étrangers s'appliquèrent par le biais du Décret 21060 du président bolivien Victor Paz Estenssoro. C'est dans ce même esprit de libéralisation que fut promulguée la Loi 1182 de 1990 qui avait pour vocation d'encourager et de garantir l'investissement national et étranger afin de promouvoir la croissance et le développement économique et social de la Bolivie²⁵¹. Cette loi autorisait les investisseurs nationaux et étrangers à soumettre leurs différends à des tribunaux arbitraux conformément à la Constitution et aux normes internationales²⁵².

Quant à la clause Calvo de la Constitution du Venezuela de 1961, elle faisait référence aux contrats d'intérêt public :

« Dans les contrats d'intérêt public, si ce n'est pas irrecevable selon la nature de ceux-ci, on considérera qu'est incorporée, même si ce n'est pas de manière expresse, une clause en vertu de laquelle les doutes et les conflits qui peuvent survenir au sujet de ces contrats et qui n'ont pas été réglés à l'amiable par les parties contractantes, seront tranchés par les tribunaux compétents de la République sans qu'ils puissent motiver des réclamations étrangères. »²⁵³

À première vue et en insistant sur la dernière partie de l'article en question, il peut être supposé que tous les contrats d'intérêt public sont soumis aux tribunaux nationaux. Cette disposition – maintenue dans la Constitution de 1999²⁵⁴ – comprend une exception à l'immunité de juridiction de l'État qui pourrait être interprétée de manière restrictive : l'exception serait uniquement apparente et ne comporterait pas la renonciation de l'État à son immunité de juridiction dans le domaine des contrats publics, car l'exception fait référence aux traités internationaux, considérés comme des contrats d'intérêt public. Les parties qui en sont signataires – des États en condition d'égalité –, étant sujets de droit international public, ne peuvent pas être soumises aux tribunaux nationaux²⁵⁵. Conformément à cette interprétation de l'article 127 CN, seuls

²⁵¹ Voir Ley No. 1182, Ley de inversiones. *Gaceta Oficial de Bolivia*, n°1662, 17 septembre 1990, article 1.

²⁵² *Ibidem*, article 10.

²⁵³ « Annexe III », Constitution du Venezuela de 1961 modifiée en 1983, article 127.

²⁵⁴ *Ibidem*, Constitution du Venezuela de 1999, article 151.

²⁵⁵ Voir les arguments de la partie requérante « *De la pretensión de la acción constitucional* ». SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA. *Action d'interprétation concernant le*

les conflits interétatiques dérivés des traités internationaux seraient résolus par des tribunaux autres que les nationaux.

Néanmoins, ce ne fut pas le critère retenu par la Cour Suprême de Justice du Venezuela qui décida que l'exception faisait référence au système d'immunité relative par lequel les États soumettaient leurs controverses internationales aux arbitres²⁵⁶. Retenant ce critère, le Tribunal Suprême de Justice du Venezuela²⁵⁷ ajouta – en référence à la même disposition contenue dans l'article 151 de la Constitution de 1999 – que la possibilité de soumettre les contrats d'intérêt général à l'arbitrage ou à d'autres moyen alternatifs de résolution de conflits s'expliquait, entre autres circonstances, parce que l'État avait besoin d'entrer en relations commerciales de manière directe ou indirecte avec des acteurs étrangers pour développer des activités d'intérêt commun. Dans ce contexte qui encourageait l'investissement étranger, une pratique commune et désirée par les investisseurs était que les différends dérivés du développement de leur activité économique fussent soumis à une juridiction qui n'aurait pas tendance à favoriser les intérêts nationaux de l'État²⁵⁸.

Ainsi, l'introduction de l'arbitrage dans le système de justice du Venezuela répondait, dans une approche pragmatique, au besoin de permettre, au moyen de l'ordre juridique constitutionnel, que dans les contrats d'intérêt général l'État puisse soumettre les conflits qui en découleraient à la juridiction arbitrale et rendre ainsi possibles les relations économiques internationales nécessaires au développement national²⁵⁹. L'interprétation de l'article 127 de la Constitution de 1961 – et de la même disposition figurant dans l'article 151 de la Constitution de 1999 – confirme l'acceptation de l'arbitrage comme moyen de résolution de conflits même dans les contrats d'intérêt public conclus avec des acteurs étrangers.

contenu et la portée des articles 1 et 151 de la Constitution de la République Bolivarienne du Venezuela, résolution du 11 février 2009, aff. n°08-0306.

²⁵⁶ SALA POLÍTICO ADMINISTRATIVA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. *Résolution du 17 août 1999*, cité dans : SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA. *Action d'interprétation concernant le contenu et la portée de l'article 258 de la Constitution de la République Bolivarienne du Venezuela, résolution du 17 octobre 2008, aff. n°08-0763, « 2(A). Del arbitraje y los contratos de interés general ».*

²⁵⁷ Selon les réformes introduites par la Constitution de 1999, la Cour Suprême de Justice du Venezuela fut remplacée par le Tribunal Suprême de Justice.

²⁵⁸ Voir SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA. *Action d'interprétation concernant le contenu et la portée de l'article 258 de la Constitution, résolution du 17 octobre 2008, supra.*

²⁵⁹ *Ibidem.*

Concernant les Constitutions du Costa Rica et du Pérou, elles soumettaient les étrangers à la juridiction des tribunaux nationaux²⁶⁰. Pourtant, la Constitution de Costa Rica envisageait une exception : les étrangers « sont soumis à la juridiction des tribunaux de justice et des autorités de la République sans qu'ils puissent recourir à la voie diplomatique, sauf disposition contraire dans des conventions internationales »²⁶¹. Ainsi, les étrangers pouvaient se soustraire de la juridiction des tribunaux nationaux lorsqu'une convention internationale leur permettait de le faire. En outre, d'après la première partie de l'article de référence, les étrangers avaient les mêmes droits que les nationaux et l'article 43 de la Constitution du Costa Rica conférait le droit à toute personne – y compris les étrangers, l'État et les autres entités de droit public²⁶² – de régler ses différends au moyen d'arbitres.

De même, l'article 136 de la Constitution du Pérou qui, dans un premier temps, envisageait la soumission des étrangers aux tribunaux nationaux, comportait une exception :

« L'État et les personnes de droit public peuvent soumettre les controverses dérivées des contrats conclus avec des étrangers à des tribunaux judiciaires ou arbitraux constitués conformément à des accords internationaux dont le Pérou fait partie. »²⁶³

Finalement, seule la Constitution de l'Équateur de 1978 ne contenait aucune exception à la disposition de son article 16 selon lequel dans les contrats entre le gouvernement ou des entités publiques et des personnes physiques ou morales étrangères « si ces contrats ont été conclus sur le territoire de l'Équateur, la soumission à une juridiction étrangère ne pourra pas être accordée »²⁶⁴. Cependant, dans la Constitution de 1998, une exception fut introduite : la soumission à une juridiction étrangère pouvait désormais être accordée par des conventions internationales²⁶⁵.

²⁶⁰ Voir « Annexe III », Constitution du Costa Rica de 1949, article 19 ; Constitution du Pérou de 1979, article 136.

²⁶¹ *Ibidem*, Constitution du Costa Rica de 1949, article 19.

²⁶² « *El artículo 43 de la Constitución Política establece el derecho de toda persona a terminar sus diferencias patrimoniales por medio de árbitros, lo cual incluye al Estado y los entes de derecho público* ». SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. *Résolution 001363-C-SI-2013 du 9 octobre 2013, aff. 13-000008-0004-AR*, §5.

²⁶³ Voir « Annexe III », Constitution du Pérou de 1979, article 136. Traduction par l'auteure.

²⁶⁴ *Ibidem*, Constitution de l'Équateur de 1978, article 16. Traduction par l'auteure.

²⁶⁵ *Ibidem*, Constitution de l'Équateur de 1998, article 14.

L'introduction dans les Constitutions de référence des exceptions à la soumission des étrangers aux tribunaux nationaux, notamment par l'incorporation de l'arbitrage comme moyen de résolution de conflits, peut être donc constatée. Néanmoins, il reste à considérer un autre aspect de la doctrine Calvo : le traitement national comme limite des droits des étrangers.

À propos des arguments de certains représentants latino-américains lors de la discussion du texte de la Convention de Washington en 1964 il fut établi que celle-ci était contraire au principe d'égalité entre les nationaux et les étrangers. En effet, elle accordait aux étrangers le droit de saisir un tribunal international pour régler leurs différends avec l'État récepteur de leur investissement, droit dont les nationaux ne disposaient pas.

En général, le principe d'égalité fut maintenu dans les Constitutions latino-américaines. La plupart des instruments constitutionnels comportent un principe général d'égalité devant la loi et ceux qui font référence concrètement aux étrangers confèrent à ces derniers les mêmes droits qu'aux nationaux à l'exception des dispositions contraires contenues dans les mêmes Constitutions²⁶⁶. Seule la Constitution du Honduras contient une disposition particulière: les étrangers ne peuvent déposer des réclamations et exiger de l'État des indemnisations que sous la forme et dans les cas où les nationaux peuvent le faire²⁶⁷. Or, si le principe d'égalité n'a pas changé au niveau constitutionnel, il faut s'interroger sur la réinterprétation de ce principe.

Le traitement national, entendu en tant que limite aux droits des investisseurs étrangers, équivalait au maximum de protection que l'État d'accueil pouvait leur accorder. Cette position correspondait au sentiment nationaliste des pays latino-américains pour lesquels les étrangers n'avaient pas le droit à une plus grande protection que celle accordée aux nationaux²⁶⁸, position qui trouvait ses racines dans la doctrine Calvo.

²⁶⁶ *Ibidem*, voir Principes d'égalité entre nationaux et étrangers/traitement national.

²⁶⁷ *Ibidem*, Constitution du Honduras de 1982, article 33.

²⁶⁸ Surya P. SUBEDI. *International investment law: reconciling policy and principle*. 2^{ème} édition. Oxford ; Portland : Hart Publishing, 2012, p. 8.

Le postulat de référence ne fut pas inséré uniquement dans les Constitutions nationales mais aussi au niveau régional. La Décision 24 de la Communauté Andine sur le régime de traitement des capitaux étrangers, qualifiée de profondément nationaliste²⁶⁹, stipulait que le traitement des capitaux étrangers ne pouvait pas être discriminatoire à l'encontre des investisseurs nationaux²⁷⁰. Cette résolution fut maintenue dans la Décision 220 de 1987²⁷¹ qui remplaçait la Décision 24 et ce n'est qu'en 1991 que la Décision 291 la supprima pour octroyer aux étrangers les mêmes droits et obligations qu'aux investisseurs nationaux, à l'exception des cas prévus par la législation de chaque pays membre²⁷². Ainsi, il peut être constaté un changement dans la conception du traitement national. En effet, le principe n'est plus rédigé de manière négative en limitant les droits des étrangers afin de protéger les nationaux de toute sorte de discrimination qui puisse naître des privilèges accordés aux premiers. Au contraire, la nouvelle disposition de la CAN protégeait les étrangers de tout traitement discriminatoire à leur encontre.

Revenant à la doctrine de Carlos Calvo, rappelons que, selon elle, un État ne devait pas revendiquer chez les autres une situation privilégiée qu'il ne serait pas disposé à accorder aux étrangers, ni réclamer pour ses sujets des avantages supérieurs à ce que constitue le droit commun des habitants du pays²⁷³. Suivant ce postulat, il peut être déduit que pour qu'un État puisse accorder aux étrangers une « situation privilégiée », ses nationaux doivent jouir de la même situation lorsqu'ils se trouvent à l'étranger, un État pouvant donc accorder des avantages aux étrangers sur la base de la réciprocité.

Dans ce sens, la Loi 7494 sur les contrats administratifs du Costa Rica – qui octroyait aux entités publiques la faculté de se soumettre à l'arbitrage²⁷⁴ établit, dans

²⁶⁹ Voir Rubén BERRÍOS. La experiencia del Pacto Andino en regular la inversión extranjera y los flujos de tecnología: un paso adelante, dos atrás. *Estudios latinoamericanos*, 1981, vol. 8, p. 120-123. Ernesto TIRONI. La decisión 24 sobre capitales extranjeros en el grupo Andino. *Estudios internacionales*, 1977, vol. 10, n°38, p. 12-20.

²⁷⁰ Voir COMUNIDAD ANDINA. *Décision n°24 du 31 décembre 1970 Régimen común de tratamiento a los capitales extranjeros y sobre marcas, patentes, licencias y regalías*, déclaration numéro 4.

²⁷¹ Voir COMUNIDAD ANDINA. *Décision n°220 du 18 mai 1987 Sustitución de las Decisiones 24 y conexas, sobre el Régimen Común de Tratamiento a los Capitales Extranjeros y sobre Marcas, Patentes, Licencias y Regalías*, déclaration numéro 4.

²⁷² Voir COMUNIDAD ANDINA. *Décision n°291 du 4 avril 1991 Régimen Común de Tratamiento a los Capitales Extranjeros y sobre Marcas, Patentes, Licencias y Regalías*, article 2.

²⁷³ Carlos CALVO. *Le droit international théorique et pratique*. Tome 1, *op. cit.*, p. 432.

²⁷⁴ Voir *Ley n°7494 de Contratación Administrativa*, 1^{er} mai 1996, article 110. Auparavant, c'était le *Código Procesal Civil* qui régulaient dans son article 508 la faculté des sujets publics pour se soumettre à l'arbitrage. L'article 508 du *Código Procesal Civil* fut dérogé par la Loi n°7727 du 9 décembre 1997 qui établit que

les procédures d'adjudication des contrats administratifs, un principe d'égalité entre tous les soumissionnaires. Pourtant, à propos des candidats étrangers, la loi dispose qu'ils seront régis par un principe de réciprocité selon lequel ils recevront le même traitement que celui que reçoivent les ressortissants du Costa Rica dans leurs pays d'origine²⁷⁵. Une disposition similaire est présente dans la Constitution péruvienne dont l'article 63 instaurait l'égalité des conditions entre les investissements nationaux et les étrangers mais en cas de mesures protectionnistes ou discriminatoires de la part d'un État, le Pérou se réservait le droit d'adopter des mesures analogues²⁷⁶.

Dans cette logique, les clauses d'arbitrage contenues dans les TBI accordaient aux nationaux des deux États parties du traité le même droit à saisir un tribunal arbitral quand surgissait un conflit avec l'État récepteur de leur investissement. Quant à la Convention de Washington, la juridiction d'un tribunal CIRDI était légitime uniquement lorsque les parties du conflit étaient un État signataire de la Convention et le ressortissant d'un autre État signataire. Ainsi, pour qu'un investisseur puisse recourir à un arbitrage CIRDI, son État d'origine doit être réciproquement engagé par la Convention.

Bien que le principe de réciprocité serve à justifier le traitement différencié qui peut être accordé aux investisseurs étrangers, il n'est pas à l'origine du changement dans l'interprétation du principe d'égalité. De la même manière que la Cour Suprême du Venezuela justifia l'introduction de l'arbitrage dans les contrats d'intérêt général de l'État comme une nécessité qui rendait possibles les relations économiques internationales nécessaires au développement national, les politiques économiques favorables à l'encouragement des investisseurs étrangers entraînèrent un revirement de l'interprétation restrictive du traitement national.

toute entité de droit public peut soumettre ses controverses à l'arbitrage : « *Todo sujeto de derecho público, incluyendo el Estado, podrá someter sus controversias a arbitraje, de conformidad con las reglas de la presente ley y el inciso 3), del artículo 27 de la Ley General de la Administración Pública.* » *Ley n° 7727 sobre resolución alterna de conflictos y promoción de la paz social*, 9 de diciembre de 1997, article 18. Voir aussi *Código Procesal Civil du Costa Rica*, article 508.

²⁷⁵ « *En los procedimientos de contratación administrativa, se respetará la igualdad de participación de todos los oferentes potenciales. Los reglamentos de esta ley o las disposiciones que rijan los procedimientos específicos de cada contratación, no podrán incluir ninguna regulación que impida la libre competencia entre los oferentes potenciales. La participación de oferentes extranjeros se regirá por el principio de reciprocidad, según el cual a ellos se les brindará el mismo trato que reciban los nacionales en el país de origen de aquellos. El Poder Ejecutivo establecerá, reglamentariamente, las disposiciones necesarias para la vigencia plena del principio estipulado en este párrafo.* » (caractères gras ajoutés). Voir *Ley n° 7494 de Contratación Administrativa*, 1^{er} mai 1996, article 5.

²⁷⁶ Voir « Annexe III », Constitution du Pérou de 1993, article 63.

La situation économique dans laquelle l'Amérique latine se trouvait au début des années 1990 et les mesures économiques qui s'imposaient pour en sortir furent évoquées. La signature des TBIs et de la Convention de Washington s'inscrivait dans ce processus de changement qui consistait à attirer des investissements étrangers considérés à l'époque comme indispensables au développement économique. Dans ces accords internationaux, le principe du traitement national représentait un standard de traitement minimal qui obligeait l'État récepteur des investissements à accorder à l'investisseur étranger un traitement non moins favorable que celui réservé à ses ressortissants²⁷⁷.

Même les États exportateurs de capitaux qui, auparavant, s'opposaient à la clause de traitement national parce que celui-ci était inférieur au traitement minimal qu'ils attendaient pour leurs investisseurs, changèrent d'optique et considérèrent le traitement national comme un avantage pour les investisseurs étrangers : les privilèges auparavant accordés uniquement aux investisseurs nationaux et les secteurs qui leur étaient réservés s'ouvriraient aux capitaux étrangers si aucune disposition contraire n'était faite dans les instruments internationaux concernés²⁷⁸.

Cette nouvelle conception du traitement national au niveau international influença l'interprétation du même principe dans la législation nationale. Il ne peut pas être affirmé que les pays latino-américains s'éloignèrent complètement de la doctrine de Carlos Calvo ou plus dramatiquement qu'ils l'enterrèrent²⁷⁹ car plusieurs Constitutions

²⁷⁷ Voir Surya P. SUBEDI, *op. cit.*, p. 8-11. Roland KLÄGER. *Fair and equitable treatment on international investment law*. Cambridge : Cambridge University Press, 2011, p. 281-286. Jean-Pierre LAVIEC. *Protection et promotion des investissements : étude de droit international économique*. Paris : Presses Universitaires de France, 1986, p. 95-98. CONFÉRENCE DES NATIONS UNIES SUR LE COMMERCE ET LE DÉVELOPPEMENT. *Fair and equitable treatment: United Nations conference on trade and development*. New York: United Nations, 1999, p. 46-48. M. SORNARAJAH. *The international law on foreign investment*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, p. 201-203.

²⁷⁸ M. SORNARAJAH. *The international law on foreign investment, op. cit.*, p. 202.

²⁷⁹ Voir au contraire: « *However, under the new world order of individuals and supranational organizations, the Calvo Clause has become obsolete, as its elements have been increasingly revised and rejected by the Latin American nations.* » Denise MANNING-CABROL. The imminent death of the Calvo clause and the rebirth of the Calvo principle: equality of foreign and national investors. *Law and policy in international business*, 1995, vol. 26, n° 4, p. 1198. « *As a practical matter, the Calvo doctrine is a dead letter in the overwhelming majority of Latin American countries.* » Craig R. GIESZE. Helms-Burton in Light of the Common Law and Civil Law Legal Traditions: Is Legal Analysis Alone Sufficient to Settle Controversies Arising under International Law on the Eve of the Second Summit of the Americas. *The international lawyer*, 1998, vol. 32, n°1, p. 77. « *International organizations have proliferated and the classification of countries underlying Calvo's writings has lost some of its significance.* » Ibrahim F.I. SHINATA. Toward a greater depoliticization of investment disputes: the roles of ICSID and MIGA. In : Kevin W. LU, Gero VERHEYEN et Srilal M. PERERA (éditeurs). *Investing with confidence: understanding political risk management in the 21st century*. Washington: World Bank, 2009,

contenaient à l'époque de la ratification de la Convention de Washington – et contiennent encore – des clauses Calvo pouvant être interprétées d'une manière plus au moins restrictive. Or, c'est l'interprétation des dispositions qui changea afin de permettre l'ouverture des économies latino-américaines à l'extérieur, changement qui répondait aux nécessités économiques de l'époque.

Par ailleurs, les écrits de Carlos Calvo, en ce qui concerne le traitement national, faisaient référence à un principe de réciprocité conforme aux traités internationaux relatifs à la protection des investissements. La doctrine Calvo n'est pas un principe absolu de la responsabilité internationale des États selon lequel la responsabilité de l'État ne peut pas être supérieure quand il s'agit de protéger les étrangers en relation à la protection accordée à ses propres nationaux. Le « principe » se trouve dans une section du traité de Calvo traitant de dommages résultant de la force majeure, des malheurs publics, ou des incendies, situations qui nécessiteraient la prise de mesures au nom de la sécurité publique²⁸⁰.

Il est certain que la doctrine de Carlos Calvo – la véritable – n'est pas xénophobe comme l'affirme C. GIESZE²⁸¹. Le « droit international théorique et pratique » du juriste argentin est souvent dénaturé, le texte n'étant pas apprécié dans son intégralité. C'est au sujet de la responsabilité de l'État dans des dommages subis par des étrangers en temps de troubles intérieurs ou de guerres civiles qu'il condamna le recours à la protection diplomatique²⁸² ; l'égalité entre étrangers et nationaux est mentionnée dans le cadre de la responsabilité des gouvernements dans des délits commis par des étrangers²⁸³ ; concernant l'exercice du pouvoir judiciaire, Carlos Calvo écrivit que l'État avait le devoir de protéger et de défendre ses ressortissants à l'étranger « lorsqu'ils [étaient] l'objet de poursuites arbitraires ou de lésions commises à leur préjudice »²⁸⁴ ; enfin, au sujet de la juridiction d'un État sur les étrangers résidant sur son territoire,

p. 4. « *El reto de Latinoamérica para establecer una norma de derecho internacional a garantía de sus legítimos intereses nacionales (...) ha muerto de "muerte natural", por el cambio de los tiempos y el progreso. Toda la materia sigue estando en completa evolución y por supuesto no hacia las teorías de Carlos Calvo, (...) los arbitrajes internacionales, (...) han destruido el apartado teórico-jurídico del internacionalista argentino.* » Francesco TAMBURINI. Historia y destino de la doctrina Calvo : ¿actualidad u obsolescencia del pensamiento de Carlos Calvo ? *Revista de estudios histórico-jurídicos*, 2002, n°24.

²⁸⁰ Alwyn V. FREEMAN. Recent aspects of the Calvo doctrine and the challenge to international law, *op. cit.*, p. 132.

²⁸¹ Craig R. GIESZE., *op. cit.*, p. 75.

²⁸² Carlos CALVO. *Le droit international théorique et pratique*. Tome1, *op. cit.*, p. 434.

²⁸³ *Ibidem*, p. 431.

²⁸⁴ *Ibidem*, Tome 2, p. 225

Carlos Calvo reconnut la possibilité d'appliquer des lois étrangères : « [l]e principe immuable de compétence n'influe en rien sur la loi dont les tribunaux peuvent avoir à faire l'application à chaque espèce litigieuse, et qui sera tantôt la loi territoriale, tantôt la loi étrangère. »²⁸⁵ D'ailleurs, en ce qui concerne la souveraineté de l'État, Carlos Calvo écrivit :

« À nos yeux le caractère essentiel de la souveraineté d'un État ne repose pas sur son plus au moins de dépendance d'un autre État, mais bien sur la faculté qu'il a de se donner une constitution, de se fixer de lois, d'établir son gouvernement, etc., sans l'intervention d'aucune nation étrangère. Cette souveraineté pourrait d'ailleurs se modifier, se déterminer en quelque sorte par des conventions et des traités, sans que pour cela on fût fondé à soutenir que cette souveraineté s'est perdu complètement »²⁸⁶.

En réalité, Carlos Calvo condamnait les abus commis par les nations puissantes lorsqu'elles imposaient aux petits États des obligations différentes de celles qu'elles leur accordaient, mais il ne revendiquait pas l'égalité des étrangers avec les nationaux comme limite de toute demande internationale²⁸⁷. À notre avis, la clause Calvo n'est pas une clause « *anti-super-national-treatment* »²⁸⁸ mais une clause de traitement national réciproque, les étrangers ne pouvant pas jouir de droits que leur pays d'origine n'accorderait pas aux ressortissants du pays qui les accueillent.

En tout cas, la signature de la Convention de Washington mais plus particulièrement celle des traités qui, en protégeant les investissements, ouvraient la porte à la juridiction du CIRDI, représentait une victoire sur la doctrine Calvo implantée en Amérique latine. Ironie du sort, le premier pays à signer un traité de protection des investissements avec les États-Unis fut l'Argentine, pays natal de Carlos Calvo :

²⁸⁵ *Ibidem*, p. 226.

²⁸⁶ *Ibidem*, Tome 1, p. 146.

²⁸⁷ Alwyn V. FREEMAN. Recent aspects of the Calvo doctrine and the challenge to international law, *op. cit.*, p. 133.

²⁸⁸ « [T]he Calvo doctrine is essentially 'anti-super-state' or 'anti-super-national-treatment', focusing on the opposition and rejection of any discriminatory treatment by western powers against weak, developing host states and their nationals, as compared to the treatment those western power accord each other and demand for their citizens in these host states ». Wenhua SHAN. Calvo doctrine, State sovereignty and the changing landscape of international investment law. In : Wenhua SHAN et al. *Redefining sovereignty in international economic law*, *op. cit.*, p. 249.

« Le traité bilatéral d'investissement (TBI) avec l'Argentine représente une étape importante dans le programme TBI. Il est le premier TBI conclu avec un pays d'Amérique latine depuis l'annonce de votre Initiative pour les Amériques en juin 1990. L'Argentine, comme de nombreux pays d'Amérique latine, a longtemps souscrit à la doctrine Calvo, qui exige que les étrangers soumettent les litiges survenus dans un pays aux tribunaux locaux de ce pays. La conclusion de ce traité, qui contient un droit absolu à l'arbitrage international des différends relatifs aux investissements, soustrait les investisseurs des États-Unis aux restrictions de la doctrine Calvo et devrait aider à ouvrir la voie à des accords similaires avec d'autres pays d'Amérique latine. »²⁸⁹

L'Amérique latine – avide d'attirer des investissements étrangers prétendument indispensables pour sortir de l'impasse économique et pour impulser le développement économique – accepta l'interprétation du principe de traitement national comme standard de protection minimale et reconnut l'arbitrage comme un moyen de résolution de conflits²⁹⁰ qui ne contredisait le pouvoir qu'avait l'État d'administrer la justice sur son territoire.

L'État ne considérait plus la soumission à l'arbitrage comme une cession de ses pouvoirs juridictionnels. Les sentences arbitrales étaient édictées sur la base de l'accord entre les parties qui avaient décidé de renoncer à la juridiction étatique, l'État ne faisant que reconnaître la validité de cet accord. De plus, les parties en conflit devaient demander l'intervention de l'État soit pour demander que la sentence soit exécutée – quand elle ne l'était pas de manière volontaire –, soit pour la contester. L'État conservait donc son pouvoir de coercition et de contrôle sur les sentences arbitrales. Ce raisonnement montrera ses limites lorsque les sentences arbitrales concernent des engagements internationaux étatiques jugés sous le régime de la Convention de Washington. Dans ces cas, l'État est obligé d'accomplir les sentences arbitrales n'ayant pas – au moins légitimement – le contrôle de son exécution ou de sa contestation.

²⁸⁹ U.S. DEPARTMENT OF STATE. *Letter of submittal of the Treaty between the United States of America and the Argentine Republic concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investment, with Protocol, signed at Washington on November 14, 1991*. Washington, 13 janvier 1993.

²⁹⁰ Tous les pays latino-américains signèrent la Convention de New York pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (pour la liste des pays signataires de la Convention de New York et les dates de sa ratification, voir le site internet de la Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International : <<http://www.uncitral.org>>, consulté le 30 juillet 2014), et la Convention interaméricaine sur l'arbitrage commercial international – Convention de Panama – (pour la liste des pays signataires de la Convention de Panama et les dates de sa ratification voir le site internet de l'Organisation des États américains : <<http://www.oas.org>>, consulté le 30 juillet 2014).

Sans doute, que le changement d'interprétation de certains principes ait été exclusivement fondé sur la nécessité d'attirer des investissements sera la source de problèmes subséquents liés au contrôle constitutionnel des traités internationaux ou des sentences arbitrales CIRDI, sujet qui sera ensuite abordé.

TITRE II. LE CONTRÔLE DE LA CONSTITUTIONNALITÉ DE LA CONVENTION DE WASHINGTON ET DES TRAITÉS POUR L'ENCOURAGEMENT ET LA PROTECTION DES INVESTISSEMENTS.

Les systèmes constitutionnels latino-américains adoptent différentes configurations pour le contrôle judiciaire qu'ils exercent, lequel peut être concentré ou diffus. Le premier est une attribution des Cours Suprêmes de Justice ou des Salles constitutionnelles spécialisées qui possèdent la faculté exclusive de l'exercice du contrôle constitutionnel. Ce modèle concentré fut adopté en Uruguay, au Panama et au Honduras. Pourtant, le système prédominant en Amérique latine est un système mixte où le contrôle judiciaire concentré converge avec le contrôle diffus. Ainsi, alors que les Cours Suprêmes ou Salles de constitutionnalité possèdent des facultés de contrôle bien définies – leurs résolutions ayant des effets *erga omnes* –, tous les tribunaux nationaux sont habilités pour contrôler la constitutionnalité des normes ou des actes étatiques – leurs résolutions ayant uniquement des effets *inter partes*²⁹¹.

Les différences entre les systèmes de contrôle constitutionnel concentré, diffus ou mixte qui existent en Amérique latine²⁹² ne seront pas abordées, l'analyse s'intéressant notamment au caractère préventif (Chapitre 1) et répressif (Chapitre 2) du contrôle de la constitutionnalité des instruments internationaux, car ces deux aspects peuvent influencer sur l'application, et donc le respect, des accords internationaux.

²⁹¹ Au Chili uniquement, le contrôle judiciaire concentré peut être exercé de manière parallèle par une Cour Suprême de Justice et par un Tribunal constitutionnel. Voir Allan BREWER CARIAS. La jurisdicción constitucional en América latina. In: Domingo GARCÍA BELAUNDE et Francisco FERNÁNDEZ SEGADO (Éditeurs). *La Jurisdicción constitucional en Iberoamérica*. Madrid : Éd. Dykinson, 1997, p. 136-144.

²⁹² À propos des contrôles concentré, diffus et mixte, adoptés par les pays d'Amérique latine, voir Domingo GARCÍA BELAUNDE et Francisco FERNÁNDEZ SEGADO (éditeurs). *La Jurisdicción constitucional en Iberoamérica*. Madrid: Éditoriale Dykinson, 1997. Elena I. HIGHTON. Sistemas concentrado y difuso de control de constitucionalidad. In: Armin von BOGDANDY, Eduardo FERRER MAC-GREGOR et Mariela MORALES ANTONIAZZI (coord.). *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitucional commune en América latina?* México : UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010, p. 107-173. Alberto Ricardo DALLA VIA. Modelos, tribunales y sentencias constitucionales. In: Armin von BOGDANDY et al., *op. cit.*, p. 445-466. Héctor FIX-ZAMUDIO. La justicia constitucional en América latina. In : INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS (éditeur). *El constitucionalismo en las postrimerías del siglo XX*. Tome IV. México : UNAM, 1989, p. 451-532. Domingo GARCÍA BELAUNDE. Los tribunales constitucionales en América latina. *Revista Derecho Político*, 2004, n°61, p. 309-322.

Chapitre 1. Le contrôle *a priori* de la Convention de Washington et des TBIs comme condition à leur ratification.

La suprématie de la Constitution sur l'ensemble de l'ordre juridique national garantit l'unité dans le fonctionnement du dit ordre et la pleine vigueur de l'État de droit à partir du respect de la loi fondamentale du pays²⁹³. À l'intérieur d'un pays toute sa normativité doit se conformer à une série de principes définis dans la Constitution nationale, toute disposition contraire étant inapplicable. Ainsi, le contrôle de la Constitutionnalité d'un traité international devrait s'effectuer avant sa ratification afin d'éviter que l'État soit obligé soit d'appliquer sa Constitution en trahissant ses engagements internationaux, soit de respecter ces derniers en heurtant sa propre Constitution.

D'après ce qui fut auparavant exposé, ni la Convention de Washington ni les TBIs ne contrariaient apparemment les Constitutions en vigueur à l'époque de leur signature, d'une part, grâce à l'introduction de dispositions favorables à l'arbitrage et, d'autre part, en raison des changements dans l'interprétation des dispositions qui figuraient dans l'ordre juridique national depuis les années 1960. Néanmoins, il est important d'examiner d'abord si le contrôle préventif de la constitutionnalité des traités faisait partie des mécanismes de contrôle constitutionnel des États latino-américains (Section 1) et ensuite d'analyser, si celui-ci avait été effectué, quels furent les raisonnements des Cours constitutionnelles chargées d'analyser la constitutionnalité de la Convention et des TBIs (Section 2).

Section 1. Les mécanismes de contrôle constitutionnel a priori dans les Constitutions latino-américaines.

L'importance des Constitutions dans le régime juridique latino-américain fut ci-avant remarquée, le droit international étant toujours conditionné au respect de la norme suprême. À l'époque de la signature de la Convention de Washington et des TBIs, le droit international commençait à prendre une place importante dans l'ordre juridique latino-américain. Les Constitutions de l'Argentine et de la Colombie admettaient expressément la formation d'un bloc de constitutionnalité dont les traités

²⁹³ Voir Humberto QUIROGA LAVIÉ. *Derecho constitucional latinoamericano*. México, D.F. : Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1991, p. 184.

internationaux des droits de l'homme faisaient partie²⁹⁴ ; la Constitution du Guatemala proclamait, en matière des droits de l'homme, la prééminence du droit international sur le droit interne²⁹⁵ et les Constitutions du Nicaragua²⁹⁶, du Chili²⁹⁷ et du Costa Rica²⁹⁸ intégrèrent à leurs droits constitutionnels ceux contenus dans les traités internationaux.

Néanmoins, bien qu'une place importante soit accordée au droit international, la Constitution reste la norme suprême dans l'ordre juridique interne. Ainsi, tous les instruments juridiques applicables sur le territoire national doivent être conformes à la Constitution et, dans certains pays, aux traités internationaux relatifs aux droits de l'homme. De plus, les traités relatifs à la protection des investissements ne font pas partie des blocs de constitutionnalité : ils sont placés dans un rang inférieur et sont donc soumis au principe de suprématie de la Constitution nationale.

Les différentes sortes de contrôle préventif de la constitutionnalité des traités internationaux qui existent dans les pays latino-américains seront ensuite examinées. D'abord, le contrôle politique exercé en l'absence d'un contrôle judiciaire sera abordé (§1) pour, ensuite, analyser les systèmes où le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des traités est obligatoire (§1).

§1. Le contrôle politique de la constitutionnalité des traités internationaux.

A. L'inexistence du contrôle judiciaire préventif.

Le droit de ratification d'un traité international émane de la Constitution interne de chaque État qui, en vertu du principe de souveraineté nationale, peut librement étendre ou restreindre l'exercice de ce droit et le subordonner à certaines conditions de

²⁹⁴ Voir l'article 75 de la Constitution argentine de 1994 et l'article 93 Constitution colombienne de 1991. L'incorporation des traités internationaux relatifs aux droits de l'homme au bloc de constitutionnalité, donc comme éléments du contrôle des autres instruments juridiques, existe aujourd'hui dans la plupart des pays latino-américains. Voir Humberto NOGUEIRA ALCALÁ. El bloque constitucional de derechos: la confluencia del derecho internacional y del derecho constitucional en el aseguramiento y garantía de los derechos fundamentales en América latina. In: PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO. *Trigésimo séptimas jornadas chilenas de Derecho público, 8-9 décembre 2007, Valparaíso.*

²⁹⁵ Constitution du Guatemala de 1985, article 46.

²⁹⁶ Constitution du Nicaragua de 1987, article 46.

²⁹⁷ Constitution du Chili de 1980, article 5, §2.

²⁹⁸ Constitution du Costa Rica de 1949, article 48 (article réformé en 1989).

validité²⁹⁹. Vu l'importance que les pays latino-américains accordent à leurs Constitutions, il peut être supposé que le contrôle judiciaire *a priori* de la constitutionnalité d'un traité international serait une des conditions pour sa ratification³⁰⁰. En réalité, durant la période où chaque pays latino-américain devait signer et ratifier la Convention de Washington, les Constitutions de l'Argentine, de la Bolivie³⁰¹, de l'Équateur, du Salvador, du Nicaragua, du Panama, du Paraguay, de l'Uruguay et du Venezuela³⁰² n'imposaient aucun contrôle préventif de la constitutionnalité des traités internationaux.

Néanmoins, l'obligation de contrôler la constitutionnalité des instruments internationaux provenait du devoir de respect à la Constitution imposé par elle-même à tous les organes étatiques. Ce contrôle devait être exercé par l'organe détenteur de la faculté de conclure des traités, à savoir le pouvoir exécutif et souvent le pouvoir législatif lorsque la ratification du traité était subordonnée à son autorisation. Un contrôle purement politique devait donc assurer la conformité du traité avec la Constitution nationale afin d'éviter qu'il ne soit plus tard contesté. Néanmoins, ce type de contrôle n'est guère effectif car seules les déclarations de constitutionnalité des Cours Suprêmes ou des tribunaux constitutionnels sont contraignantes dans l'ordre juridique interne. En Amérique latine, le contrôle politique n'empêche pas que le traité soit contesté ultérieurement par la voie judiciaire.

²⁹⁹ Carlos CALVO. *Le droit international théorique et pratique*. Tome 1, *op. cit.*, p. 665.

³⁰⁰ Lorsque nous parlons du contrôle *a priori* ou préventif, nous nous référons concrètement au contrôle judiciaire de la constitutionnalité des traités internationaux.

³⁰¹ En Bolivie, le Tribunal constitutionnel fut créé lors de la réforme constitutionnelle de 1994. Néanmoins, sa loi réglementaire fut promulguée en 1998 après la ratification de la Convention le 23 juin 1995. Conformément à cette dernière, le Président du Congrès national pouvait consulter le Tribunal constitutionnel lorsqu'il existait un doute fondé sur la constitutionnalité d'un instrument international (article 113). L'avis du Tribunal était contraignant et s'il déclarait que le traité était inconstitutionnel, celui-ci ne pouvait être approuvé. Cependant, la déclaration d'inconstitutionnalité d'une des clauses du traité n'empêchait pas son approbation mais imposait la formulation d'une réserve à la disposition controversée (article 115). Voir *Ley n°1836 del Tribunal Constitucional* du 1er d'avril 1998. Suite à l'adoption de la Constitution de 2009, la Loi n°1836 fut abrogée par la *Ley n°027 del Tribunal Constitucional Plurinacional* du 6 juillet 2010. Actuellement, c'est le *Código Procesal Constitucional* (articles 106-110) qui régle le contrôle préventif de la constitutionnalité des traités internationaux.

³⁰² Un contrôle *a priori* facultatif fut incorporé à la Constitution vénézuélienne de 1999. Conformément à l'article 336(5), la Salle Constitutionnelle du TSJ possède la faculté de vérifier, à sollicitude du Président de la République ou de l'Assemblée Nationale, la conformité des traités internationaux avec la Constitution avant sa ratification. Le contrôle préventif peut être demandé pour n'importe quel traité international – nécessitant ou non une loi d'approbation –. Une déclaration d'inconstitutionnalité du traité empêcherait sa ratification. Voir Allan R. BREWER-CARÍAS. Los procesos y procedimientos constitucionales ante la jurisdicción constitucional en Venezuela. *Anuario de Derecho Constitucional latinoamericano*, 2005, vol. 1, p. 312-314.

En ce qui concerne les systèmes constitutionnels qui n'exigeaient pas le contrôle judiciaire préventif de la constitutionnalité des traités comme condition à leur ratification, les Constitutions du Honduras et du Pérou étaient singulières, car elles admettaient qu'un traité international puisse affecter des dispositions constitutionnelles. Pour ce genre de traité, la norme suprême imposait une procédure spéciale comme condition à sa conclusion : celle établie pour la réforme de la Constitution³⁰³.

L'exigence d'une procédure spéciale – notamment celle requise pour réformer la Constitution – obéit précisément au fait que l'approbation d'un traité qui dénaturerait des dispositions constitutionnelles équivaudrait à une réforme de la Constitution. Ainsi, lorsque le traité et la Constitution sont incompatibles, la modification des articles constitutionnels concernés s'impose. Il s'agit d'une adéquation de l'ordre juridique constitutionnel à la norme internationale qui sera postérieurement ratifiée. En revanche, lorsque le traité altère une disposition constitutionnelle sans s'y opposer – de telle sorte qu'il n'est pas nécessaire de réformer la Constitution –, les dispositions du traité acquièrent un rang constitutionnel et sont appliquées en tant que normes spéciales³⁰⁴. Ainsi la Constitution et le traité doivent être interprétés de manière harmonieuse, en tant qu'éléments d'un bloc de constitutionnalité, sans que l'un prime sur l'autre.

Dans un premier temps, le modèle de contrôle constitutionnel d'un traité n'a pas un caractère judiciaire. Les organes exécutif et législatif sont tenus de confronter le traité aux dispositions constitutionnelles afin de déterminer la procédure à suivre pour son approbation, adoptant une procédure spéciale lorsque les traités internationaux sont susceptibles d'altérer des dispositions constitutionnelles. En conséquence, la justice constitutionnelle n'interviendra qu'une fois le traité ratifié. L'organe de contrôle constitutionnel déclarera l'inconstitutionnalité d'un instrument international s'il estime

³⁰³ Voir par exemple l'article 17 de la Constitution du Honduras de 1982 et l'article 57 de la Constitution du Pérou de 1993.

Au Honduras, la procédure suivie pour réformer la Constitution exige qu'elle soit approuvée par les deux tiers des membres du Congrès national et ratifiée par la législature ordinaire subséquente qui doit l'approuver aussi par le vote des deux tiers des membres (article 373 CN).

Au Pérou, toute réforme constitutionnelle doit être approuvée par la majorité absolue des membres du Congrès et ratifiée par référendum. Celui-ci est inutile lorsque, durant deux législatures ordinaires successives, le Congrès l'approuve par le vote de plus des deux tiers des congressistes (article 206 CN).

³⁰⁴ Voir León ROJAS CARÓN. *La Constitución hondureña brevemente analizada*. Tegucigalpa : Litografía López, 2001, p. 35-36. Elizabeth SALMÓN. Derecho internacional de los derechos humanos y derecho interno : Perú. *Cuadernos electrónicos de derechos humanos y democracia*, 2006, n°2, p. 4.

que le traité en question affectait des dispositions constitutionnelles et que la procédure requise pour son adoption ne fut pas respectée³⁰⁵.

La plupart des pays signataires de la Convention de Washington n'avaient pas de mécanisme de contrôle préventif judiciaire de la constitutionnalité des traités internationaux. Ainsi, la Convention de Washington et les traités relatifs à la protection des investissements étaient susceptibles d'être soumis à un contrôle répressif de leur constitutionnalité. Cependant, le Chili et le Guatemala envisageaient un contrôle judiciaire préventif facultatif qui sera ensuite étudié.

B. Le contrôle judiciaire préventif facultatif.

Pour vérifier la constitutionnalité des traités, les Constitutions du Chili³⁰⁶ et du Guatemala établissaient un contrôle préventif facultatif exercé par l'organe habilité à cet effet. Au Chili, ce contrôle pouvait être sollicité par le Président, par les Chambres ou par un quart de leurs membres³⁰⁷. Au Guatemala, le Congrès, le Président et la Cour Suprême de Justice pouvaient en appeler à la Cour constitutionnelle à propos de la conformité d'un traité international avec la Constitution nationale³⁰⁸.

Au Chili, la demande adressée à l'organe de contrôle constitutionnel devait contenir une exposition claire des faits et des fondements de droit, spécifier de manière précise la question de la constitutionnalité et les vices d'inconstitutionnalité allégués en indiquant les normes qui s'estimaient transgressées³⁰⁹. Si la demande ne remplissait pas les conditions légales requises, le Tribunal constitutionnel pouvait refuser d'exécuter le

³⁰⁵ « L'action d'inconstitutionnalité procède : (...) 3. Lorsque dans l'adoption d'un traité international qui affecte une disposition constitutionnelle, la procédure prévue à l'article dix-sept de la Constitution de la République n'a pas été respectée ». Voir *Ley sobre justicia constitucional*, 30 août 2004, article 76. Traduction de l'auteure.

La législation péruvienne permet aussi le contrôle répressif de la constitutionnalité des traités internationaux. Voir Víctor BAZÁN. La tarea del control de constitucionalidad de los tratados y convenios internacionales por la jurisdicción constitucional. Un análisis en clave de Derecho comparado. *Anuario de Derecho Constitucional latinoamericano*, 2003, p. 139-144.

³⁰⁶ Rappelons que la Constitution chilienne que nous abordons dans ce chapitre est celle de 1980, réformée en 1989, constitution en vigueur à la date de la signature et de la ratification de la Convention de Washington en 1991. Le Chili réforma sa Constitution en 2005 et y introduisit le contrôle *a priori* obligatoire des traités internationaux affectant des domaines des lois organiques constitutionnelles (article 93(1) CN). *Constitución Política de la República de Chile*, réforme publiée le 22 septembre 2005.

³⁰⁷ Voir l'article 82 de la Constitution du Chili de 1980 et l'article 38 de la *Ley orgánica constitucional del Tribunal Constitucional* du 19 mai 1981.

³⁰⁸ Voir l'article 272 de la Constitution du Guatemala, en relation avec l'article 171 de la *Ley de Amparo, exhibición personal y de constitucionalidad* du 8 janvier 1986.

³⁰⁹ *Ley orgánica constitucional del Tribunal Constitucional*, 19 mai de 1981, article 39.

contrôle de constitutionnalité, les requérants ayant trois jours pour corriger les défauts de leur requête. Si, après ce délai, ceux-ci persistaient, le Tribunal constitutionnel communiquait le fait au Président de la République pour qu'il puisse procéder à la promulgation de l'instrument contesté³¹⁰. De la même façon, au Guatemala la demande devait être rédigée en termes précis, exposer ses motivations et contenir les questions spécifiques soumises à la considération de la Cour de constitutionnalité³¹¹.

À propos des répercussions que pouvaient avoir les décisions des organes de contrôle constitutionnel, celles du Tribunal constitutionnel chilien étaient contraignantes : la déclaration d'inconstitutionnalité des dispositions d'un traité empêchait sa ratification³¹². Au Guatemala, bien que la Cour constitutionnelle guatémaltèque émettait une « opinion consultative »³¹³ qui, dans le texte de la *Ley de Amparo*, se différençait de ses « décisions contraignantes »³¹⁴, rien n'indiquait que les effets du rapport émis par la Cour soient purement consultatifs et que les entités étatiques puissent l'ignorer³¹⁵.

Il est certain que le contrôle préventif prévu par les Constitutions du Chili et du Guatemala souffrent de deux faiblesses fondamentales. D'abord, il est facultatif et donc soumis à la décision de certains organes étatiques qui peuvent décider de ne pas soumettre l'instrument international au contrôle judiciaire constitutionnel. Un traité international pourrait ainsi être valablement incorporé dans l'ordre juridique national sans que le Tribunal constitutionnel³¹⁶ opère obligatoirement un contrôle de constitutionnalité. Ensuite, le contrôle n'est pas opéré automatiquement suite à une

³¹⁰ *Ibidem*, article 41.

³¹¹ *Ley de Amparo, exhibición personal y de constitucionalidad*, 8 janvier 1986, article 172.

³¹² Voir *Constitución Política de la República de Chile* (de 1980 avec la réforme de 1989), article 83. Et la *Ley orgánica constitucional del Tribunal Constitucional* du 19 mai 1981, article 32.

³¹³ *Ley de Amparo, exhibición personal y de constitucionalidad*, 8 janvier 1986, article 171 et al.

³¹⁴ *Ibidem*, article 185.

³¹⁵ Voir Domingo GARCÍA BELAUNDE et Francisco FERNÁNDEZ SEGADO. La jurisdicción constitucional en Guatemala. In : *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica, op. cit.*, p. 723. Luis LOPEZ GUERRA. Protección de los derechos fundamentales por la jurisdicción constitucional en Centroamérica y Panamá. In : INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS (éditeur). *Justicia constitucional comparada*. México : UNAM, 1993, p. 79-80.

³¹⁶ « [C]'est une mauvaise technique constitutionnelle que d'établir uniquement un contrôle facultatif de la constitutionnalité des conventions internationales, ce contrôle devrait être obligatoire, comme l'est le contrôle des projets des lois interprétatives de la Constitution et des lois organiques constitutionnelles (art. 82 No. 1) ». Humberto NOGUEIRA ALCALÁ. Los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico chileno. *Ius et praxis*, 1997, n°2, p. 15. Traduction de l'auteure. Voir aussi Humberto NOGUEIRA ALCALÁ. La jurisdicción constitucional en Chile. In : Domingo GARCÍA BELAUNDE et Francisco FERNÁNDEZ SEGADO. *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica, op. cit.*, p. 549. Víctor BAZÁN, *op. cit.*, p. 127-132 et 135-139.

simple demande des organes étatiques, mais il exige que certaines conditions soient remplies dont l'existence d'un fondement juridique formulé par le requérant, sous peine de se voir refusé par le Tribunal constitutionnel.

Ni le Tribunal constitutionnel chilien ni la Cour de constitutionnalité du Guatemala ne furent consultés lors de l'approbation de la Convention de Washington et des traités relatifs à la protection et l'encouragement des investissements³¹⁷. Finalement, au moment de la conclusion de la Convention de Washington, seules les Constitutions de la Colombie et du Costa Rica imposaient le contrôle constitutionnel judiciaire des traités internationaux comme condition à leur ratification³¹⁸.

§2. Le contrôle judiciaire préventif obligatoire.

A. Le contrôle judiciaire obligatoire au Costa Rica.

Au Costa Rica, la consultation au sujet de la constitutionnalité des traités internationaux est assurée *ex officio* par le *Directorio*³¹⁹ de l'Assemblée législative³²⁰. À la différence de ce qui fut exposé à propos des conditions imposées par les législations du Chili et du Guatemala, la demande de consultation au Costa Rica est exemptée de formalités telles que le signalement des aspects controversés du traité et la motivation des doutes ou des objections sur sa constitutionnalité³²¹. Quant au délai, d'après la Loi de juridiction constitutionnelle, la consultation doit s'effectuer après l'approbation de l'Assemblée législative en premier débat et avant son approbation définitive³²². Ainsi,

³¹⁷ Voir « Annexe IV », Résolutions du Tribunal Constitutionnel du Chili du 25 janvier 1991 (date de signature de la Convention de Washington) au 24 septembre 1991 (date de ratification). Aucune sentence au sujet de l'approbation des traités relatifs à la protection et de l'encouragement des investissements n'a été trouvée sur le site officiel du Tribunal Constitutionnel chilien : <<http://www.tribunalconstitucional.cl>> (consulté le 31 juillet 2014). De même, aucune opinion consultative à propos de la Convention de Washington et des TBI ne fut trouvée sur le site officiel de la Cour de Constitutionnalité du Guatemala : <<http://www.cc.gob.gt>> (consulté le 31 juillet 2014).

³¹⁸ Voir l'article 241(10) de la Constitution de la Colombie de 1991 et l'article 10(b) de la Constitution du Costa Rica de 1949 avec les réformes jusqu'en 1993, règlementé par l'article 96(a) de la *Ley n°7135 de la jurisdicción constitucional* du 11 octobre de 1989.

³¹⁹ Le *Directorio* de l'Assemblée législative du Costa Rica se compose d'un président, d'un vice-président, de deux secrétaires et de deux *prosecretarios* (secrétaires suppléants). Voir *Reglamento de la Asamblea Legislativa, Acuerdo legislativo n°399*, 29 novembre 1961, version au 15 mars 2011, articles 20 et 22.

³²⁰ *Ley n°7135 de la jurisdicción constitucional*, *supra*, article 97. *Reglamento de orden, dirección y disciplina interior de la Asamblea legislativa de la República de Costa Rica*, article 103(3).

³²¹ *Ley n°7135*, *supra*, article 99.

³²² *Ibidem*, article 98.

dès la présentation de la consultation à la Salle constitutionnelle, le vote du traité en deuxième débat à l'Assemblée est interrompu³²³.

La Salle constitutionnelle analyse la constitutionnalité tant de la procédure législative d'approbation comme des dispositions matérielles de l'instrument international. Néanmoins, les effets du contrôle préventif de la constitutionnalité des traités internationaux au Costa Rica sont très limités. La résolution de la Salle constitutionnelle est contraignante uniquement en cas de vices de procédure constatés³²⁴. Ainsi, lorsque la Salle constitutionnelle prévient qu'il y a incompatibilité matérielle entre un traité et la Constitution, elle émet une sentence qui exhorte le pouvoir exécutif à le renégocier ou qui suggère à l'Assemblée législative d'approuver des clauses interprétatives afin de rendre compatibles les dispositions du traité avec l'ordre constitutionnel. Bien entendu, ces clauses interprétatives doivent faire partie du traité – donc de l'accord entre les États signataires – pour qu'elles puissent influencer sur l'ordre international et non exclusivement sur l'ordre juridique interne comportant des violations du traité international³²⁵.

En conclusion, lorsque les dispositions du traité sont incompatibles avec la Constitution nationale – inconstitutionnalité matérielle – mais que la procédure pour l'adopter a été respectée – constitutionnalité formelle –, rien n'empêchera l'Assemblée législative d'approuver le traité international examiné, ni l'Exécutif de le ratifier. Et ce d'autant plus que la résolution de la Salle constitutionnelle n'exclut pas la possibilité que le traité soit contesté postérieurement par les voies du contrôle constitutionnel répressif³²⁶.

B. Le contrôle judiciaire obligatoire en Colombie.

Quant au contrôle constitutionnel préventif prévu par l'ordre juridique colombien, l'article 241(10) de la Constitution de 1991 établit comme fonction de la

³²³ *Reglamento de orden, dirección y disciplina interior de la Asamblea legislativa de la República de Costa Rica*, article 102(6).

³²⁴ *Ley n°7135, supra*, article 101. Voir aussi Rodolfo PEZA ESCALANTE. La jurisdicción constitucional costarricense. In : INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS. *Justicia constitucional comparada*, *op. cit.*, p. 147-148.

³²⁵ Voir Rubén HERNÁNDEZ VALLE. La jurisdicción constitucional en Costa Rica. In : Armin von BOGDANDY, Eduardo FERRER MAC-GREGOR et Mariela MORALES ANTONIAZZI, *op. cit.*, p. 564-565.

³²⁶ *Ley n°7135, supra*, article 101.

Cour Constitutionnelle celle de « décider sur la constitutionnalité des traités internationaux et des lois qui les approuvent ». Cet article oblige le gouvernement à soumettre les traités internationaux à l'analyse de la Cour dans les six jours suivant la promulgation de la loi qui approuve le traité. En effet, le contrôle constitutionnel d'un traité est effectué postérieurement à son approbation par le Congrès afin que l'analyse puisse porter tant sur le contenu du traité que sur les aspects formels de la loi qui l'a approuvé ce qui réduit les délais dans l'obtention d'une sécurité juridique³²⁷.

Voici les caractéristiques du contrôle constitutionnel des traités internationaux en Colombie: 1) il est préalable au perfectionnement du traité mais postérieur à son approbation par le Congrès et par le gouvernement ; 2) il est automatique, car son exercice ne dépend pas d'une action citoyenne, la loi imposant au gouvernement de soumettre le traité et la loi qui l'approuve à l'analyse de la Cour³²⁸ ; 3) il est intégral, car la Cour analyse les aspects formels et matériels de la loi et du traité, 4) il possède la force de la chose jugée, car la Cour décide définitivement de la constitutionnalité de l'instrument international, ce qui exclut son contrôle postérieur par voie d'une action publique d'inconstitutionnalité ; et, finalement, 5) il est une condition *sine qua non* de la ratification de l'accord international en question³²⁹.

Contrairement au système de contrôle du Costa Rica, si la Cour déclare que le traité en général n'est pas conforme à la Constitution nationale – non-conformité matérielle ou formelle –, le gouvernement ne pourra pas le ratifier. Lorsque seules une ou plusieurs dispositions d'un traité international sont déclarées inconstitutionnelles, le Président de la République pourra exprimer le consentement de l'État en formulant les réserves nécessaires.

Ainsi, le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des traités internationaux de la Colombie est un véritable contrôle préventif.

³²⁷ Voir paragraphe « 3.4. *La génesis del control previo sobre los tratados en la Asamblea Nacional Constituyente* » dans : CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. *Sentencia C-276/93 del 22 de julio de 1993, supra.*

³²⁸ Cela n'empêche que tout citoyen soit habilité à intervenir pour défendre ou contester la constitutionnalité d'un traité international. Voir Constitution de la Colombie, article 241(10).

³²⁹ Voir « *Naturaleza del Control previo y efectos jurídicos de las leyes aprobatorias de tratados* », paragraphe 6 du fondement juridique, dans : CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. *Sentencia C-468/97 du 25 septiembre 1997, aff. L.A.T. 097.*

Voir aussi Hernán Alejandro OLANO GARCÍA. *Control de constitucionalidad de los tratados internacionales en Colombia. Estudios constitucionales*, 2006, vol. 4, n°2, p. 563-577.

C. Le contrôle judiciaire obligatoire en Équateur.

Finalement, la Constitution de l'Équateur qui, à la date de la signature de la Convention de Washington n'envisageait pas un système de contrôle *a priori* obligatoire, fit place à une nouvelle Constitution en 1998. Cette Constitution est ici abordée, car la constitutionnalité de la Convention de Washington fut contrôlée par le Tribunal Constitutionnel en 2000 sur le fondement de l'article 162 de la nouvelle norme suprême³³⁰ comme s'il s'agissait d'un nouveau processus d'approbation de la Convention. Le système de contrôle préventif de la constitutionnalité des traités prévu par la Constitution équatorienne de 1998 sera donc ensuite analysé en excluant l'étude de la résolution du Tribunal Constitutionnel équatorien, abordée postérieurement dans la Seconde Partie de cette thèse.

L'article 162 de la Constitution de 1998 imposait comme condition préalable à l'approbation des instruments internationaux par le Congrès l'examen de ceux-ci par le Tribunal constitutionnel³³¹. À la différence du système colombien, l'étude de la constitutionnalité du traité s'effectuait avant l'approbation de celui-ci par le Congrès. Le Tribunal constitutionnel réalisait donc l'analyse matérielle du traité en excluant les aspects formels de son approbation.

En outre, le caractère obligatoire du contrôle constitutionnel *a priori* était limité. Seuls les traités qui, pour leur conclusion, requéraient l'approbation du Congrès – il s'agissait de ceux qui étaient listés dans l'article 161 de la Constitution équatorienne – faisaient l'objet du contrôle constitutionnel obligatoire : les traités d'intégration, ceux qui attribuaient à un organisme international ou supranational l'exercice des compétences dérivées de la Constitution ou de la loi, les traités relatifs aux droits ou aux devoirs fondamentaux des personnes, entre autres³³². Le Président de l'Équateur réalisait donc un premier contrôle politique afin de qualifier les traités internationaux et déterminer si l'approbation du Congrès était nécessaire pour leur approbation et, en conséquence, le contrôle préventif de leur constitutionnalité.

³³⁰ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR. Résolution n°171-2000-TP du 26 septembre 2000, *aff.* 008-2000-CI. *Registro Oficial, órgano del gobierno del Ecuador*, n°180, 5 octobre 2000.

³³¹ Constitution équatorienne de 1998, article 162.

³³² *Ibidem*, article 161.

Quant aux effets de la résolution du Tribunal constitutionnel, conformément à l'article 162 de la Constitution, l'approbation du traité pouvait s'effectuer sous réserve de la réalisation des modifications constitutionnelles pertinentes. La résolution de l'organe de contrôle constitutionnel n'empêchait pas l'approbation du traité mais la conditionnait, un « veto suspensif » opérant ainsi pour des raisons de constitutionnalité³³³.

La faiblesse du système de contrôle constitutionnel équatorien venait principalement du contrôle politique des traités qui incombait au Président. D'une part, le Président pouvait conclure un traité qui n'entrait pas dans les supposés de l'article 161 mais qui pouvait être contraire à la Constitution – l'analyse *a priori* de ce genre des traités n'était pas obligatoire et donc ne s'effectuait pas –. D'autre part, le Président pouvait décider de ne pas soumettre un traité, même s'il figurait dans la liste des traités de l'article 161, à l'approbation du Congrès provoquant de ce fait l'inconstitutionnalité formelle du traité, issue du non-respect de la procédure pour son adoption³³⁴. Ainsi, les instruments internationaux restaient susceptibles d'être contestés postérieurement à leur ratification.

Section 2. Le contrôle préventif de la constitutionnalité de la Convention de Washington et des Traités relatifs à la protection et l'encouragement des investissements.

Les mécanismes de contrôle judiciaire constitutionnel qui prévalaient en Amérique latine à l'époque de son adhésion à la Convention de Washington furent exposés. L'examen préventif obligatoire de la constitutionnalité des traités était prévu uniquement dans les Constitutions de deux pays latino-américains : le Costa Rica et la Colombie. Ainsi, la Convention de Washington de 1965 et les traités relatifs à la protection et à l'encouragement des investissements furent soumis au contrôle de la Salle constitutionnelle du Costa Rica (§1) et de la Cour Constitutionnelle de la Colombie (§2). Ensuite les raisonnements juridiques des organes de contrôle constitutionnel de chacun de ces pays seront analysés.

³³³ Rafael OYARTE MARTÍNEZ. El control de la constitucionalidad de los tratados internacionales. *IurisDictio*, 2003, n°7, p. 40.

³³⁴ *Ibidem*, p. 41.

§1. Le contrôle préventif effectué par la Salle constitutionnelle du Costa Rica.

A. Le contrôle préventif de la Convention de Washington.

Le contrôle constitutionnel de la Convention de Washington effectué par la Salle constitutionnelle de la Cour Suprême du Costa Rica a considéré trois aspects : 1) la revendication de l'arbitrage comme moyen de résolution des conflits, 2) le caractère contraignant de la résolution arbitrale et 3) la classification de la Convention aux termes de l'article 121(4) constitutionnel afin de déterminer les conditions formelles pour son adoption³³⁵.

La Salle constitutionnelle a commencé par reconnaître l'arbitrage comme une notion consolidée, reconnue dans la doctrine et la législation comparée et, dans certains domaines, comme la voie la plus recommandable pour résoudre des conflits. Dans l'ordonnancement juridique du Costa Rica, l'arbitrage était en effet clairement accepté ; la Cour attribuait donc à l'idiosyncrasie de la société nationale et à la culture juridique trop attachée au litige le fait que l'arbitrage et la conciliation ne soient pas utilisés en bonne et due forme³³⁶. En effet, l'article 43 de la Constitution du Costa Rica octroyait à toute personne – y compris l'État et ses entités – le droit de finaliser ses différends patrimoniaux au moyen de l'arbitrage. Dans ce sens, l'article 508 du Code de la procédure civile habilitait l'État à se soumettre à la décision des arbitres avec l'autorisation préalable de l'Assemblée législative ou du pouvoir exécutif³³⁷, en relation avec l'article 27 de la *Ley General de la Administración Pública* qui octroyait au pouvoir

³³⁵ « Annexe V », SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. *Voto n°1079-93 del 2 de marzo de 1993, aff. 93-000593-0007CO*.

À côté du texte de la Convention de Washington, la Salle constitutionnelle analysa de manière très laconique la déclaration interprétative de l'article 26 de la Convention et la réserve vis-à-vis de l'article 42 de la Convention. Dans la déclaration interprétative, le gouvernement du Costa Rica déclara qu'il admettait la soumission à l'arbitrage une fois que les recours locaux – administratifs ou judiciaires – étaient épuisés. S'éloignant de l'analyse constitutionnelle, la Cour confirma que la déclaration interprétative était conforme à l'article 26 de la Convention de Washington qui octroyait à l'État le droit d'exiger l'épuisement des voies de recours internes. La Cour ajouta que l'article 26 de la Convention et sa déclaration interprétative seraient applicables lorsque l'investisseur se trouverait face à une situation de dénégaration de justice, car l'arbitrage n'aurait pas lieu si les parties avaient choisi la voie judiciaire et si celle-ci avait rendu une sentence définitive. À propos de la réserve vis-à-vis de l'article 42 de la Convention, celle-ci envisageait l'application par les arbitres de la « législation nationale urgente » en vigueur au moment de la conclusion de l'accord qui génèrerait l'investissement. La Cour ne trouva pas de questions controversées à ce sujet.

³³⁶ *Ibidem*, §I.

³³⁷ *Ibidem*, §II.

exécutif la faculté de soumettre à l'arbitrage des affaires de droit public. L'Assemblée législative détenait en tout cas le pouvoir de déterminer ou non la convenance de la résolution d'un conflit au moyen de l'arbitrage³³⁸.

La Salle constitutionnelle observa que les dispositions de référence servaient comme point de départ pour considérer la Convention de Washington comme raisonnable et conforme à la Constitution³³⁹. Pour l'organe de contrôle constitutionnel, la Convention développait ce qui était laconiquement envisagé par la Constitution nationale : le droit général à l'arbitrage. Cet instrument international régula donc de manière spéciale les relations entre l'État et les investisseurs étrangers, notamment lors de l'apparition d'un conflit dérivé des investissements de ces derniers.

Ensuite, la Salle constitutionnelle du Costa Rica considéra que la question centrale de la Convention de Washington se trouvait dans l'effet contraignant de la résolution arbitrale³⁴⁰. D'après la Cour, le caractère obligatoire de la résolution n'avait rien d'inconstitutionnel d'une part en raison de la nature propre du CIRDI et, d'autre part, du fait qu'il n'y avait pas une institution supérieure à laquelle l'État ou l'investisseur pouvaient recourir pour contester la résolution.

En ce qui concernait la nature du CIRDI, la Salle constitutionnelle décida que l'impossibilité de contester la résolution était raisonnable, car la composition du tribunal arbitral, la définition du cadre juridique dans lequel les arbitres agissaient et les autres aspects fondamentaux de l'arbitrage découlaient de l'accord entre les parties³⁴¹. Ainsi, l'effet contraignant de la sentence était une conséquence logique de ce consentement. En outre, pour l'organe de contrôle constitutionnel la Convention était conforme aux dispositions habituelles du droit international notamment parce que le principe de bonne foi était indispensable pour l'exécution des accords internationaux.

Par rapport à l'inexistence d'une institution supérieure à laquelle l'État ou l'investisseur pouvaient recourir pour contester la résolution, la Salle constitutionnelle compara les résolutions du CIRDI à celles de la Cour Suprême de Justice. La législation

³³⁸ *Ibidem*, §III.

³³⁹ *Ibidem*, §III.

³⁴⁰ *Ibidem*, §IV.

³⁴¹ *Ibidem*, §IV.

nationale n'admettait aucun recours contre les résolutions de la Cour Suprême puisqu'il s'agissait des décisions d'un tribunal supérieur qui était au sommet de la structure judiciaire³⁴². Pour la Salle constitutionnelle les résolutions des tribunaux CIRDI n'étaient pas susceptibles d'être contestées ; dans les conflits soumis à l'examen des tribunaux CIRDI, ces derniers se trouvaient au sommet de la pyramide justicière : aucun tribunal n'était donc habilité pour réviser leurs résolutions. Pourtant, le Code de procédure civil envisageait un recours contre les résolutions arbitrales : le recours de nullité que l'organe constitutionnel mentionna dans sa résolution mais dont il évita d'analyser l'applicabilité par rapport aux résolutions CIRDI. Pour la Salle constitutionnelle, le recours de nullité était une « matière distincte de celle ici analysée »³⁴³.

Il peut être reproché un certain laconisme aux raisonnements de la Salle constitutionnelle mais, comme il fut auparavant signalé, au Costa Rica les effets de la résolution déclarant l'inconstitutionnalité matérielle d'un traité ne sont pas contraignants. Que la constitutionnalité d'un instrument international soit dûment justifiée n'évite pas une contestation ultérieure. En revanche, une résolution déclarant l'inconstitutionnalité formelle d'un traité international empêcherait effectivement l'adoption de l'instrument international en question. L'organe de contrôle constitutionnel du Costa Rica se préoccupe donc davantage de l'analyse de la procédure d'approbation du traité que des aspects matériels.

Ainsi, concernant la procédure d'approbation de la Convention de Washington, la Salle constitutionnelle décortiqua l'article 121(4) CN. Celui-ci exigeait le vote favorable des deux tiers des membres de l'Assemblée législative pour approuver un traité ou une convention internationale qui attribuerait ou transférerait des compétences à un système juridique communautaire dans le but de réaliser des objectifs régionaux. Il fallait donc déterminer si la Convention de Washington rentrait dans les termes de cette disposition constitutionnelle et nécessitait l'approbation des deux tiers des membres de l'Assemblée.

³⁴² *Ibidem.*

³⁴³ *Ibidem.*

La Convention CIRDI attribuait ou transférait des compétences au Centre international pour régler les différends relatifs aux investissements. Cette attribution des compétences, interprétée par la Salle constitutionnelle, supposait d'imposer à l'État du Costa Rica de nouvelles obligations, sans son consentement³⁴⁴, par des organes extranationaux dans des domaines qui sont normalement de sa compétence exclusive³⁴⁵. La Convention s'intégrait donc dans le premier supposé de l'article 121(4).

Il restait donc à déterminer si la Convention de Washington pouvait être qualifiée comme norme communautaire et si ses objectifs étaient régionaux et communs. À propos du premier des éléments, la Salle constitutionnelle du Costa Rica compara l'« ordonnancement communautaire » au « caractère supranational » du traité. L'organe constitutionnel admît que l'Assemblée législative avait inclus la disposition de référence en relation avec le procès d'intégration ou de marché commun centroaméricain. Cependant, la Salle considéra contradictoire et même inconstitutionnel le fait que la Constitution imposait une procédure aggravée pour l'approbation des instruments favorables à l'intégration centroaméricaine – procès plus proche et naturel – que pour l'approbation d'autres instruments qui transféraient aussi des compétences de l'État à une entité extranationale³⁴⁶. Pour la Cour, l'application d'une procédure aggravée était d'autant plus logique lorsqu'il s'agissait d'adopter un instrument international qui transférait des compétences à une entité supranationale en dehors du processus d'intégration régionale.

En outre, s'agissant des « objectifs régionaux et communs », la Salle constitutionnelle situa son interprétation aussi dans le contexte exposé dans le paragraphe antérieur. D'après la Salle, la conjonction « et » séparait les deux concepts de telle manière que l'article 121(4) de la Constitution devait s'appliquer aussi bien si le traité avait des objectifs régionaux que s'il avait des objectifs purement en commun. Sans approfondir davantage, l'organe de contrôle constitutionnel conclut que comme l'approbation de la Convention de Washington autorisait la soumission de l'État à des procédures d'arbitrage international dans des domaines qui normalement relevaient de

³⁴⁴ Nous ne sommes pas d'accord avec l'interprétation de la Salle constitutionnelle en ce qu'elle utilise la phrase "sans son consentement". La Convention de Washington octroie aux résolutions du Centre un caractère contraignant. Le consentement de l'État, manifesté lorsqu'il adopte la Convention, suppose son accord pour accomplir de manière volontaire les obligations qui découleront des sentences arbitrales.

³⁴⁵ « Annexe V », § VI(a).

³⁴⁶ *Ibidem*, §VI(b).

la compétence du droit interne et des tribunaux nationaux, la Convention devait être approuvée par la majorité qualifiée prévue dans l'article 121(4) CN³⁴⁷.

Pourtant, contrairement au raisonnement de l'organe de contrôle constitutionnel, la Convention de Washington n'entraîne pas dans le supposé de l'article 121(4) de la Constitution du Costa Rica. La Salle même reconnut que cette disposition faisait référence strictement aux traités d'intégration pour lesquels une procédure d'approbation plus aggravée était exigée. L'imposition de cette procédure pour les accords d'intégration n'est pas contradictoire ou illogique, car ce genre d'accords entraîne de nombreux effets juridiques et suppose souvent la cession de compétences à plusieurs organes communautaires dans différents domaines.

Contrairement à la plupart des institutions communautaires, la Convention CIRDI ne comporte pas, du seul fait de son approbation, la soumission de l'État à un organe international. La Convention ne fait que créer le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements ; l'État n'est obligé à se soumettre au Centre que par le biais d'un contrat, de sa législation nationale ou d'un autre traité international. Or, la Salle constitutionnelle ne sépara pas la Convention de la clause de juridiction ultérieurement contenue dans les traités relatifs à la protection et à l'encouragement des investissements, traités qui furent aussi analysés par l'organe de contrôle constitutionnel.

B. Le contrôle préventif de la constitutionnalité des traités relatifs à la protection et à l'encouragement des investissements.

Les traités bilatéraux relatifs à la protection et à l'encouragement des investissements furent aussi analysés par la Salle constitutionnelle du Costa Rica³⁴⁸, les premiers ayant été signés avec le Royaume-Uni en 1982, la France en 1984 et l'Allemagne en 1994.

En général, au lieu de confronter les instruments internationaux au texte de la Constitution, la Salle constitutionnelle du Costa Rica se contenta de justifier la nécessité

³⁴⁷ *Ibidem*, §VI(c).

³⁴⁸ Voir « Annexe VI », Résolutions prononcées par la Salle constitutionnelle du Costa Rica concernant des traités relatifs à la protection et à l'encouragement des investissements et des traités de libre-échange.

de conclure ces traités. L'organe de contrôle constitutionnel remarqua que les TBIs étaient destinés à encourager des investissements grâce à la création d'un cadre juridique qui les facilite, les protège et les garantit³⁴⁹. Ces investissements étrangers favorisaient le transfert de capitaux et de technologies entre les pays signataires du traité, ainsi que leur développement économique³⁵⁰.

La Salle constitutionnelle était obligée de confronter le texte des traités à la Constitution même si l'Assemblée législative ne faisait aucune remarque. La demande de consultation n'était pas obligée de signaler les aspects controversés du traité ni de motiver les doutes ou les objections concernant sa constitutionnalité. Pourtant, le Département des services techniques de l'Assemblée législative avait formulé quelques remarques à propos de la constitutionnalité de certaines dispositions contenues dans les traités ; ces rapports furent soumis à la Salle constitutionnelle avec la demande de consultation.

Concernant le TBI avec l'Allemagne, le doute constitutionnel concernait l'addendum à l'article 8 du traité contenu dans son Protocole additionnel³⁵¹. D'après cet article, le traité protégeait les investissements effectués avant son entrée en vigueur, l'addendum spécifiant que le traité ne serait pas applicable aux conflits issus de faits antérieurs à son entrée en vigueur. Cette dernière disposition pouvait être considérée contraire à l'article 34 de la Constitution qui permettait l'application rétroactive de la loi au bénéfice, dans ce cas, des investisseurs.

La Salle constitutionnelle écarta l'interprétation de l'Assemblée législative en s'appuyant d'abord sur le droit des parties étatiques de convenir l'application future du traité et, ensuite, sur le principe de sécurité juridique qui justifiait l'interdiction d'appliquer le traité aux conflits nés avant son entrée en vigueur. D'après l'organe de contrôle constitutionnel, les parties concernées par un conflit antérieur au traité bénéficiaient déjà d'un cadre juridique de référence pour sa résolution de telle sorte que

³⁴⁹ Voir « Annexe VII », SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. *Sentence 4708-97 du 19 août 1997, aff. 97-004732-0007-CO*, §I de la partie « Considerando ». « Annexe VIII ». SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. *Sentence 4726-97 du 20 août 1997, aff. 97-004734-0007-CO*, §II. « Annexe IX », SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. *Sentence 0019-98 du 6 janvier 1998, aff. 97-008669-0007-CO*, §II.

³⁵⁰ « Annexe VIII », §II.

³⁵¹ Voir « Annexe VII » et *Tratado entre Alemania y Costa Rica sobre fomento y recíproca protección de inversiones y su Protocolo*.

L'application des dispositions du traité serait contraire au principe de sécurité juridique. L'application du traité supposait, dans certaines affaires, l'annulation de phases processuelles terminées ou l'altération de la procédure judiciaire ou extrajudiciaire à laquelle étaient soumises les parties, ce qui était en effet contraire à l'article 34 de la Constitution³⁵².

Au sujet du traité signé avec le Royaume-Uni, trois remarques furent énoncées à propos de l'article V concernant l'expropriation³⁵³ : 1) l'expropriation devait être justifiée pour des raisons d'usage public, 2) le traité n'envisageait pas d'exceptions à l'indemnisation préalable à l'expropriation comme des cas de guerre ou de troubles intérieurs et 3) le traité empêchait que l'Assemblée législative impose à la propriété des limitations d'intérêt social³⁵⁴.

En effet, l'article 45 de la Constitution du Costa Rica autorisait les expropriations pour des raisons d'intérêt public. D'après la Salle constitutionnelle, l'expression « usage public » utilisée dans le traité avait une portée plus restreinte que ce qu'envisageait la norme suprême. Or, le TBI accordait un régime plus avantageux aux ressortissants du Royaume-Uni pour qui l'expropriation se limitait à des raisons d'usage public, qu'aux ressortissants du Costa Rica qui pouvaient être expropriés pour des raisons d'intérêt public. De plus, l'article 45 CN stipulait qu'en cas de guerre ou de trouble intérieur l'indemnité pour privation d'une propriété pouvait être payée postérieurement, au plus tard deux ans après la fin de l'État d'urgence. Cette exception n'était pas prévue par le TBI qui exigeait dans tous les cas le paiement préalable des indemnités. Finalement, le même article constitutionnel autorisait l'Assemblée nationale à imposer à la propriété, pour des raisons de nécessité publique, des restrictions d'intérêt social qui n'entraînaient pas le paiement d'une indemnité³⁵⁵. Le traité s'opposait à cette dernière disposition car l'État s'engageait à payer des indemnités pour toute mesure équivalant à une nationalisation ou à une expropriation.

³⁵² « Annexe VII », §III. Voir aussi la jurisprudence relative à l'article 34 de la Constitution du Costa Rica, disponible sur le site internet de la Salle Constitutionnelle de la Cour Suprême de Justice : <<http://sitios.poder-judicial.go.cr/salaconstitucional>> (consulté le 31 juillet 2014).

³⁵³ Voir *Convenio entre la República de Costa Rica y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte*, article V.

³⁵⁴ « Annexe X », *Sentence 4710-97 du 19 août 1997*, *aff.* 97-004733-0007-CO.

³⁵⁵ « [L]'obligation de l'État de payer une indemnité est prévue par la Constitution exclusivement dans les cas d'expropriation et ne s'applique pas aux limitations d'intérêt social (...) ». SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. *Sentence 4205-96 du 20 août 1996*, *aff.* 0282-E-92. Traduction par l'auteur.

La résolution de la Salle constitutionnelle du Costa Rica n'avait en effet des effets contraignants que si des violations dans la procédure d'approbation du traité étaient constatées. Lorsque la divergence entre traité et norme suprême découlait de dispositions contradictoires, l'organe de contrôle constitutionnel se limitait à exhorter le pouvoir exécutif à renégocier le traité ou à suggérer à l'Assemblée législative d'approuver des clauses interprétatives afin de rendre compatibles lesdites dispositions, ce qui fut fait dans la résolution concernant le traité signé avec le Royaume-Uni.

Ainsi, la Salle constitutionnelle déclara que le traité en question ne serait pas contraire à la Constitution s'il était déclaré expressément : a) que l'expression « raisons d'usage public » se référerait à l'expropriation pour des raisons « d'intérêt public » comme le stipulait l'article 45 de la Constitution, b) que l'expression « indemnité ponctuelle, adéquate et effective » ne supposait pas le paiement d'une indemnité préalable en cas de guerres ou de troubles intérieurs, et c) que le fait que l'Assemblée impose des restrictions d'intérêt social, pour des raisons de nécessité publique, ne constituait pas une mesure équivalente à l'expropriation selon les termes de l'article V du traité. Ces déclarations interprétatives furent faites lors de la publication de la loi qui approuvait définitivement le traité³⁵⁶.

Tous les autres traités relatifs à la protection et à l'encouragement des investissements qui furent analysés par la Salle constitutionnelle contenaient, à propos de l'expropriation, l'expression « intérêt public » ou une expression similaire et envisageaient qu'en cas de guerres ou de troubles intérieurs les conditions dans lesquelles l'indemnité serait effectuée devaient être au moins les mêmes que pour les ressortissants du pays concerné. Or, la seule question d'inconstitutionnalité qui restait était liée aux restrictions que l'Assemblée pouvait imposer à la propriété au nom de l'intérêt public en se fondant sur l'article 45 de la Constitution nationale. Bien que, dans la résolution concernant le traité signé avec le Royaume-Uni, lesdites restrictions fussent considérées par la Salle constitutionnelle comme équivalentes à une expropriation et que, de ce fait, une déclaration interprétative fût nécessaire pour les exclure de l'application du traité, la Salle constitutionnelle, composée d'ailleurs des mêmes magistrats, ne parvint pas à la même décision dans son analyse du TBI avec la France.

³⁵⁶ Voir Loi n°7715 du 26 de novembre de 1997, "*Autorización del Convenio entre la República de Costa Rica y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, suscrito el 7 de setiembre de 1982*".

En effet, elle considéra que l'article 45 de la Constitution régula deux hypothèses en relation avec le régime de la propriété. La première concernait l'attribution de la propriété privée à l'État au nom de l'intérêt public – cas envisagé par l'article 5(2) du traité signé avec la France – et le second était lié à la faculté dont disposait l'Assemblée pour imposer des restrictions à la propriété, ce qui, d'après la Salle constitutionnelle, n'avait aucun rapport avec les cas envisagés par l'article 5(2) du traité³⁵⁷. Cette interprétation découlait du fait que le traité relatif à la protection et à l'encouragement des investissements entre le Costa Rica et la France dans son article 5(2) utilisait l'expression « mesures de dépossession » pour qualifier l'expropriation, la nationalisation et d'autres mesures équivalentes³⁵⁸. Ainsi, la Salle constitutionnelle considéra que les restrictions apportées à la propriété, n'étant pas des « mesures de dépossession », n'étaient pas concernées par le traité³⁵⁹.

Il est certain que ce qui l'emporta dans les analyses de la Salle constitutionnelle du Costa Rica fut la nécessité de conclure des traités relatifs à la protection et à l'encouragement des investissements avec d'autres nations, car ces TBIs étaient perçus comme des instruments indispensables au développement économique du pays. Quant aux autres traités dont les dispositions relatives à l'expropriation étaient similaires, la Salle constitutionnelle ignora complètement leur analyse et ne les confronta pas avec l'article 45 de la Constitution³⁶⁰. Dans les résolutions concernant les traités signés avec l'Espagne, les Pays-Bas, la République Chèque, la Corée et la Suisse, la Salle constitutionnelle se limita à mentionner les dispositions contenues dans ces traités et à déclarer que les instruments internationaux analysés ne contredisaient pas la Constitution³⁶¹, ses résolutions devenant de plus en plus laconiques³⁶².

Ainsi, les déclarations interprétatives à propos du traité pour l'encouragement et la protection des investissements signé avec le Royaume-Uni furent complètement écartées lors de l'approbation des autres traités similaires. Ces derniers contenaient tous à propos de l'expropriation l'expression « intérêt public » ou un terme similaire qui

³⁵⁷ « Annexe VIII », §IV.

³⁵⁸ Voir *Accord entre le gouvernement de la République française et le gouvernement de la République du Costa Rica sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements*, article 5(2).

³⁵⁹ Pourtant, limiter la propriété pouvait bien être considérée comme une telle « mesure de dépossession », critère retenu dans l'analyse du TBI avec le Royaume-Uni.

³⁶⁰ Toutes les résolutions de la Salle constitutionnelle du Costa Rica sont listées dans l'« Annexe VI ».

³⁶¹ Voir, par exemple, la résolution concernant le traité signé avec l'Espagne dans l'« Annexe XI ».

³⁶² Voir, par exemple, la résolution concernant le traité signé avec le Venezuela dans l'« Annexe XII ».

pouvait concorder avec l'article 45 CN. De même, tous considéraient que les guerres ou les troubles intérieurs entraînaient l'exemption du paiement de l'indemnité préalable. En revanche, tous les TPPI entravaient le pouvoir constitutionnel de l'Assemblée d'imposer des restrictions d'intérêt social à la propriété privée car ces mesures étaient équivalentes à l'expropriation et donc interdites dans les termes des TPPI. Pourtant, il n'y eut aucune déclaration interprétative lors de la publication des lois qui approuvaient définitivement les traités analysés après celui signé avec le Royaume-Uni. La Salle constitutionnelle fut favorable à la conclusion des TPPIs, sans véritablement confronter leurs textes avec la Constitution nationale. Attirer les investissements étrangers était une priorité dans la stratégie de développement économique, une solution à l'époque évidente pour augmenter l'efficacité, la productivité et la compétitivité du pays³⁶³.

Par ailleurs, les déclarations interprétatives de la Salle Constitutionnelle concernant les dispositions d'un TPPI n'empêchent pas l'application du traité dans ses propres termes, indépendamment des normes constitutionnelles. Les déclarations interprétatives non incorporées au traité avec l'accord de tous les États concernés supposent une modification unilatérale du traité en violation du droit international.

§2. Le contrôle préventif effectué par la Cour constitutionnelle colombienne.

A. Le contrôle préventif de la Convention de Washington.

La Cour Constitutionnelle de Colombie, contrainte d'analyser la constitutionnalité de la Convention de Washington par l'article 241(10) de la Constitution de 1991, divisa son examen en sept sections : 1) la création et l'organisation du Centre, 2) les immunités et privilèges, 3) la juridiction du Centre, 4) la procédure de conciliation, 5) la procédure d'arbitrage, 6) autres aspects de la procédure et 7) les aspects relatifs à l'application et à l'exécution du traité³⁶⁴. Les considérations exposées

³⁶³ Voir Luis Paulino VARGAS SOLÍS. *Costa Rica, 1985-1997: liberalización y ajuste estructural o la autodestrucción del neoliberalismo*. San Jose : Euned, 2002, p. 147.

³⁶⁴ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. *Sentence C-442/96 du 19 septembre 1996, aff. L.A.T. 073*.

par la Cour concernant la création, l'organisation du Centre et sa juridiction seront ci-après abordées³⁶⁵.

Pour la Cour Constitutionnelle, l'objet du CIRDI et sa création étaient conformes à la Constitution colombienne. Compte tenu du rôle essentiel des investissements étrangers dans le développement économique et dans le renforcement des niveaux de l'épargne nationale, la mise en place de mécanismes alternatifs pour résoudre les différends relatifs aux investissements coïncidait avec l'obligation étatique de promouvoir l'internationalisation des relations économiques, politiques, sociales et écologiques en se fondant sur l'équité, la réciprocité et l'intérêt national, en accord avec les articles 150(16)³⁶⁶ et 226³⁶⁷ de la Constitution colombienne. La Convention de Washington, comme outil capable d'assurer un niveau de sécurité plus élevé pour les investisseurs étrangers, développait le contenu de l'article 227 de la Constitution³⁶⁸, lequel prévoyait que l'État encouragerait l'intégration économique, sociale et politique avec d'autres nations³⁶⁹.

En outre, la Cour constitutionnelle colombienne se référa à la paix comme une des valeurs de base de l'ordre juridique et politique du pays – elle figurait dans le Préambule de la Constitution – et comme un droit juridiquement protégé par l'article 22 de cette dernière³⁷⁰. Dans ce sens, la Constitution prévoyait l'utilisation de la

³⁶⁵ En ce qui concerne la procédure d'arbitrage, la Cour Constitutionnelle se limita à déclarer que les dispositions de la Convention de Washington étaient constitutionnelles. Elle considéra uniquement deux aspects : le droit applicable et la reconnaissance et l'exécution des sentences. Quant au droit applicable, la Convention fut déclarée conforme à la Constitution du fait qu'à défaut de l'accord des parties, le droit applicable était celui de l'État partie dans le différend. Par rapport à la reconnaissance et à l'exécution des sentences, la Cour retint que la procédure imposée par la Convention était celle du pays où l'exécution prétendait s'effectuer. Ainsi, la Convention de Washington était conforme à la Constitution et n'interférait les compétences des organes judiciaires ou administratifs de la Colombie. *Ibidem*, §12.

³⁶⁶ « Annexe III », Constitution de la Colombie de 1991, article 150 [attributions du Congrès] : « 16. Approuver ou désapprouver les traités conclus par le gouvernement avec d'autres États ou des entités de droit international. Au moyen de ces traités, l'État pourra en se fondant sur l'équité, la réciprocité et l'intérêt national, transférer partiellement certains pouvoirs à des organisations internationales qui cherchent à promouvoir et à renforcer l'intégration économique avec d'autres pays. » Traduction de l'auteur.

³⁶⁷ *Ibidem*, article 226 : « L'État promouvra l'internationalisation des relations économiques, sociales et écologiques en se fondant sur l'équité, la réciprocité et l'intérêt national. » Traduction de l'auteur.

³⁶⁸ *Ibidem*, article 227 : « L'État promouvra l'intégration économique, sociale et politique avec d'autres pays, en particulier avec les pays d'Amérique latine et des Caraïbes par la conclusion de traités qui, en se fondant sur l'équité, l'égalité et la réciprocité, créent des organismes supranationaux, notamment pour former une communauté latino-américaine des nations. La loi pourra instaurer des élections directes pour la constitution d'un Parlement andin et d'un Parlement latino-américain. » Traduction de l'auteur.

³⁶⁹ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. *Sentence C-442/96 du 19 septembre 1996, supra*, §4.

³⁷⁰ Article 22 : « La paix est un droit et un devoir contraignant. » Traduction de l'auteur.

conciliation et de l'arbitrage dans ses articles 116³⁷¹, 246 et 247³⁷². D'après la Cour constitutionnelle, la norme suprême reconnaissait que certains conflits, en raison de leur nature, pouvaient être résolus d'une manière plus efficace et prompte si leur résolution était confiée à des personnes ou à des organismes spécialisés. La complexité du traitement, de la protection et de la garantie des investissements étrangers – complexité due à l'application conjointe des lois nationales et des normes du droit international public et aux difficultés techniques liées aux aspects financiers des indemnisations – justifiait le recours à des spécialistes qui trancheraient le conflit d'une façon plus appropriée et, finalement, plus juste. En conclusion, la Cour constitutionnelle estima que la Convention de Washington développait et consolidait les postulats de la Constitution nationale, car elle promouvait et consacrait des mécanismes pacifiques et équitables pour résoudre les conflits³⁷³.

Concernant la juridiction du CIRDI, point fondamental de la Convention, la Cour constitutionnelle de Colombie s'appuya sur la doctrine internationale pour lister les caractéristiques principales du système d'arbitrage en question : 1) les étrangers devenaient sujets de droit international détenant une capacité juridique propre pour saisir un tribunal international, 2) le consentement des parties était la « pierre angulaire » de la compétence du CIRDI, 3) l'épuisement des voies de recours internes pouvait être une condition imposée par l'État d'accueil de l'investissement de manière facultative et 4) les États signataires renonçaient aux réclamations diplomatiques.

La Constitution colombienne de 1991 naît dans un contexte de violence, terrorisme et guerre. Elle fut considérée comme une charte de l'espoir pour une société qui réclamait la justice sociale, le pluralisme, le respect des droits de l'homme et l'élimination des procédés arbitraires. La Constitution de 1991 marqua pour certains le début du processus de paix en Colombie. Voir le discours du Président colombien César Gaviria Trujillo lors de la clôture des sessions de l'Assemblée constituante le 4 juillet 1991 dans : ESCUELA SUPERIOR DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. *Constitución Política de Colombia 1991*. 2^{ème} éd. Santa Fe de Bogota : ESAP, 1992, p. XV-XXVII. Voir aussi Miguel Angel URREGO. *Intelectuales, Estado y Nación: de la guerra de los mil días a la constitución de 1991*. Bogotá: Siglo de Hombre Editores, 2002, p. 211-219. Néstor OSUNA PATIÑO. *Constituciones iberoamericanas: Colombia*. México: UNAM, Instituto de Investigaciones jurídicas, 2006, p. 27-29. Jorge Andrés HERNÁNDEZ. *La Constitución de Colombia de 1991 y sus enemigos. El fracaso del consenso constitucional*. *Colombia Internacional*, 2013, vol. 79, p. 49-76.

³⁷¹ « (...) Les personnes peuvent être investies temporairement de la fonction d'administrer la justice en tant que conciliateurs ou arbitres agréés par les parties pour prononcer des sentences en droit ou en équité, dans les termes établis par la loi. ». « Annexe III ». Constitution de la Colombie de 1991, article 116. Traduction de l'auteur.

³⁷² Dans l'article 246 à propos des fonctions juridictionnelles des autorités des peuples indigènes et dans l'article 247 à propos des juges de paix.

³⁷³ *Sentence C-442/96 du 19 septembre 1996, supra*, §4.

La Cour constitutionnelle conclut que les dispositions relatives à la juridiction du Centre étaient compatibles avec la Constitution nationale d'abord pour les mêmes raisons exposées à propos de l'objet et de la création du Centre et ensuite parce qu'elles étaient particulièrement respectueuses des attributions souveraines et de l'indépendance de l'État colombien. Approfondissant cette dernière considération, la Cour constitutionnelle remarqua que la signature de la Convention n'imposait pas aux États contractants de soumettre de manière contraignante les différends les opposant aux investisseurs étrangers à la juridiction du Centre. L'État pouvait souverainement décider dans quels cas il ferait appel aux tribunaux CIRDI, ce que confirmait l'article 25(4) de la Convention en permettant aux États de limiter la juridiction du Centre à certaines catégories de différends³⁷⁴.

À propos des organes judiciaires et administratifs nationaux, la Cour constitutionnelle considéra que les attributions du CIRDI n'interféreraient pas dans leurs compétences. Bien que la Convention de Washington consacraît comme principe général le non-épuisement des voies de recours internes, le texte permettait à l'État d'exiger l'épuisement des recours judiciaires ou administratifs comme condition à son consentement à l'arbitrage. D'après la Cour, cette exception protégeait le pouvoir décisionnel dont jouissaient les organes judiciaires ou administratifs colombiens au sujet des conflits relatifs aux investissements étrangers³⁷⁵.

En effet, la Constitution colombienne de 1991 contenait plusieurs références favorables à l'internationalisation des relations de l'État, car sa naissance coïncida avec le processus de mondialisation qui transforma les relations internationales³⁷⁶. Dans le même état d'esprit, l'Assemblée constituante de 1991 envisageait d'instaurer la paix à l'intérieur du pays et de légitimer le nouveau modèle économique de l'époque³⁷⁷. Ainsi, la perspective d'intégrer le pays dans le processus d'internationalisation de l'économie de marché était présente dans la Constitution colombienne à travers plusieurs devoirs incombant à l'État : encourager l'internationalisation de ses relations politiques, sociales, économiques et écologiques, orienter sa politique extérieure vers l'intégration latino-américaine et caribéenne, respecter les principes du droit international et, enfin,

³⁷⁴ *Ibidem*, §8.

³⁷⁵ *Ibidem*.

³⁷⁶ Bernardo VELA ORBEGOZO. La Constitución de 1991 y la política exterior colombiana. *Revista Derecho del Estado*, 2008, n°21, p. 248.

³⁷⁷ Miguel Àngel URREGO, *op. cit.*, p. 212.

reconnaître et respecter les droits contenus dans les traités relatifs aux droits de l'homme et au droit humanitaire³⁷⁸.

Concernant les relations internationales et l'examen de la constitutionnalité de la Convention de Washington, l'article 150(16) de la Constitution accordait à l'État la possibilité de transférer certaines attributions à des organismes internationaux dont l'objet était d'encourager et de consolider l'intégration économique avec d'autres États. Il fut auparavant établi que l'objectif du CIRDI n'entraînait pas dans cette hypothèse, l'article 150(16) de la Constitution colombienne avait pour vocation la constitutionnalisation des processus d'intégration régionale³⁷⁹. À la différence de la Salle constitutionnelle costaricienne, la Cour colombienne n'analysa pas si le Centre créé par la Convention de Washington pouvait être qualifié d'organisme international ayant pour objectif de promouvoir et de renforcer l'intégration économique. Judicieusement, la Cour constitutionnelle colombienne n'interpréta pas cet article comme une restriction de la capacité de l'État pour transférer des attributions à des organismes internationaux, mais bien au contraire comme une preuve que l'État pouvait s'engager dans de relations internationales sur certaines bases contenues également dans les articles 226 et 227 CN.

La Cour constitutionnelle colombienne se référa, en particulier, à l'article 227 de la Constitution en concluant que la Convention CIRDI développait le contenu de cette disposition. Conformément à cet article, l'intégration économique, sociale et politique avec les autres nations serait encouragée par l'État grâce à la signature de traités créant des organismes supranationaux. Sans doute, le contenu de cette disposition est-il plus ouvert que dans la Constitution du Costa Rica, car l'intégration n'est pas exclusivement économique et les objectifs d'un éventuel organisme supranational ne sont pas que régionaux.

Finalement, la Constitution colombienne de 1991 ne contenait pas de dispositions susceptibles d'empêcher l'adoption de la Convention de Washington ; en effet, cette norme suprême manifestait une véritable ouverture aux relations internationales et à la reconnaissance des principes du droit international³⁸⁰. De plus, la Constitution colombienne ne contenait pas de clauses Calvo qui soumettaient les étrangers à la

³⁷⁸ Bernardo VELA ORBEGOZO, *op. cit.*, p. 251.

³⁷⁹ Tulio Eli CHINCHILLA HERRERA. Título VI, de la rama legislativa, *op. cit.*, p. 157.

³⁸⁰ Voir *Constitución Política de Colombia (1991)*, articles 9, 44, 93, 150(16), 164, 214(2) et 224-227.

juridiction exclusive de l'État. Néanmoins, même si les dispositions de la Convention de Washington ne portaient pas atteinte à l'ordre constitutionnel, c'est en effectuant le contrôle préventif de la constitutionnalité des traités pour la protection et l'encouragement des investissements que certains obstacles constitutionnels surgirent.

B. Le contrôle préventif de la constitutionnalité des traités relatifs à la protection et à l'encouragement des investissements.

Les traités bilatéraux pour la protection et l'encouragement des investissements furent analysés par la Cour constitutionnelle colombienne avant leur ratification. Le premier de ces accords bilatéraux fut l'Accord entre les gouvernements de Colombie et du Royaume-Uni pour la protection et l'encouragement des investissements : signé le 9 mars 1994, il fut déclaré constitutionnel à l'exception de son article 6 concernant les nationalisations et les expropriations.

L'objectif du TBI en question, comme des autres accords similaires signés postérieurement, était de créer un climat de confiance qui faciliterait la croissance des taux d'investissement dans chacun des pays signataires, l'encouragement et la protection des investissements étant considérés comme l'outil adéquat pour favoriser l'initiative commerciale individuelle et la prospérité des deux États concernés³⁸¹. À ce sujet, la Cour constitutionnelle colombienne se référa, comme dans son analyse de la Convention de Washington³⁸², à l'article 226 de la Constitution nationale concluant que ce type d'Accord contribuait à internationaliser les relations économiques de l'État et respectait l'intérêt national. Pour la Cour, il était évident que les grands projets d'infrastructure dont dépendait la croissance économique du pays étaient inenvisageables sans la contribution du capital et de la technologie étrangère.

Avant d'analyser les arguments relatifs à l'inconstitutionnalité de l'article 6 de l'Accord concernant l'expropriation, il faut s'arrêter sur l'analyse de la constitutionnalité de deux dispositions importantes qui auraient pu être contestées : la clause de traitement national et le mécanisme de résolution des conflits entre les investisseurs et l'État d'accueil des investissements.

³⁸¹ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. *Sentence C-358/96 du 14 août 1996, aff. L.A.T. 062, §C(a).*

³⁸² La Convention de Washington fut en fait analysée un mois plus tard, le 19 septembre 1996.

Quant à la première disposition, la Cour constitutionnelle de Colombie considéra qu'il fallait mettre sur un pied d'égalité les investissements étrangers et nationaux. Ainsi, lorsqu'une norme nationale établissait des différences entre plusieurs catégories d'investissement, ceux que protégeait le principe de traitement national étaient soumis au même régime juridique que les investissements nationaux³⁸³. Selon la Cour, la clause de traitement national de l'Accord en question développait le contenu de l'article 13 de la Constitution qui consacrait le principe d'égalité et interdisait toute forme de discrimination³⁸⁴, et plus précisément celui de l'article 100 CN qui octroyait aux étrangers les mêmes droits civils qu'aux Colombiens³⁸⁵.

Néanmoins, conformément à l'article 100, la loi pouvait, au nom de l'ordre public, subordonner les étrangers à des conditions spéciales ou leur refuser l'exercice de certains droits civils. Les restrictions imposées aux droits des étrangers devaient être justifiées, les raisons d'ordre public ne justifiant pas l'arbitraire. La Cour constitutionnelle envisageait certains critères de constitutionnalité des restrictions aux droits des étrangers dont : a) l'exigence des raisons d'ordre public, b) le caractère exprès des raisons d'ordre public, et c) la connexité étroite de la mesure avec l'ordre public ou la calamité matérielle³⁸⁶. Les restrictions que le législateur pouvait imposer aux étrangers avaient un caractère exceptionnel. À ce sujet, la Cour constitutionnelle déclara dans sa résolution sur la constitutionnalité de l'Accord avec le Royaume-Uni qu'un traité international ne pouvait pas empêcher le législateur colombien d'exercer l'attribution que l'article 100 lui conférait lorsque les conditions envisagées par la Constitution étaient remplies. La clause de traitement national était donc assujettie aux restrictions prévues par l'article 100 de la Constitution.

³⁸³ *Sentence C-358/96 du 14 août 1996, supra*, §C(b).

³⁸⁴ Voir « Annexe III », Constitution colombienne de 1991, article 13.

³⁸⁵ *Ibidem*, article 100.

³⁸⁶ Les critères mentionnés sont en relation avec la Sentence 99 de 1991 de la Cour Suprême de Justice colombienne citée par Manuel CIFUENTES MUÑOZ. *Constitución Política de Colombia comentada por la Comisión Colombiana de Juristas. Título III: De los habitantes y del territorio*. Bogotá: Comisión Colombiana de Juristas, 1998, p. 82.

Plus tard, la Cour constitutionnelle colombienne ajouta que les raisons d'ordre public pour subordonner les étrangers à des conditions spéciales ou pour leur refuser l'exercice de certains droits civils devaient être invoquées par le législateur concrètement et non abstraitement. Ainsi, les restrictions aux droits fondamentaux devaient être expresses, nécessaires, minimales et indispensables et s'orienter vers la réalisation d'objectifs constitutionnels légitimes dans une société démocratique. Voir CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. *Sentence C-385/00 du 5 avril 2000, aff. D-2561*.

Or, la Cour constitutionnelle ne déclara pas l'inconstitutionnalité de la clause de traitement national ; ce critère est erroné car le but d'une clause de traitement national est précisément d'éviter toute forme de discrimination envers les investisseurs étrangers protégés par l'Accord, y compris les restrictions justifiées par l'intérêt public. La clause de traitement national ne comporte aucune exception, empêchant en effet l'État d'exercer sa faculté de limiter les droits des étrangers conformément à l'article 100 de la Constitution nationale. De plus, la seule réserve formulée par la Colombie vis-à-vis du TBI comprenait le droit d'instaurer ou de maintenir des restrictions au sujet du traitement national uniquement dans certains secteurs³⁸⁷. Dans les investissements hors des domaines de réserve, l'État est donc obligé de respecter le traitement national, renonçant ainsi au pouvoir conféré au législateur par l'article 100 de la Constitution.

Bien que la Cour constitutionnelle colombienne n'étudiât pas l'ensemble des dispositions pour déterminer si l'Accord conférait plus d'avantages aux investisseurs étrangers qu'aux investisseurs nationaux, les dispositions constitutionnelles qui proclamaient l'égalité entre eux furent invoquées par la Cour lorsqu'elle jugea cela pertinent pour analyser certains articles de l'Accord. Ainsi, l'organe de contrôle constitutionnel déclara que la compensation pour pertes issues de guerres ou de conflits intérieurs, prévue par l'article 5 de l'Accord, était aussi soumise aux restrictions qui pouvaient être imposées aux étrangers conformément à l'article 100 CN.

En effet, un contexte de guerres ou de troubles intérieurs justifiait la subordination à des conditions spéciales ou le refus des droits civils aux étrangers. La Cour constitutionnelle colombienne s'était déjà exprimée à ce sujet dans une résolution de 1994, considérant que l'État pouvait exercer la faculté que l'article 100 lui conférait³⁸⁸ dans une situation où l'ordre public était perturbé. Dans l'hypothèse prévue par l'article 5 de l'Accord international soumis à l'analyse de la Cour, il était encore plus manifeste que l'État renonçait à son pouvoir de conditionner ou de refuser les droits des étrangers protégés par l'Accord. Celui-ci établissait expressément que, s'agissant de la restitution, de l'indemnisation, de la compensation ou d'un quelconque arrangement liés aux pertes

³⁸⁷ « No obstante lo dispuesto en este Artículo y el Artículo 3, parágrafo 2, la República de Colombia se reserva el derecho de crear o mantener restricciones relativas al otorgamiento de trato nacional en los siguientes sectores: (i) adquisiciones que se puedan efectuar mediante inversiones de portafolio; (ii) servicios públicos (telecomunicaciones, energía y acueducto y alcantarillado); (iii) suministro de bienes y servicios al sector público; (iv) ensamble automotriz ». Voir l'article 4 de l'Accord, transcrit dans la *Sentence C-358/96 du 14 août 1996, supra*.

³⁸⁸ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. *Sentence C-179/94 du 13 avril 1994, aff. P.E. 002*.

subies par les investisseurs à cause de guerres ou de troubles intérieurs, l'État devait leur octroyer un traitement non moins favorable qu'à ses ressortissants. Comme pour la clause de traitement national, la Cour constitutionnelle colombienne se contenta de déclarer que l'article 5 de l'Accord ne limitait pas les attributions conférées au législateur par l'article 100 de la norme suprême³⁸⁹, ce qui était faux.

Quant au mécanisme de résolution des conflits autorisant les investisseurs étrangers à saisir un tribunal international, l'analyse de la Cour constitutionnelle fut très laconique et ne tint pas compte du principe d'égalité pourtant mis en avant lors des discussions sur la création du CIRDI. L'article 9 de l'Accord entre la Colombie et le Royaume-Uni prévoyait le consentement des États pour soumettre leurs différends à l'arbitrage ou à la conciliation du CIRDI. La procédure arbitrale pouvait être engagée par l'investisseur ou par l'État lorsqu'un accord à l'amiable au moyen des recours locaux ou d'autres manières n'était pas atteint dans les trois mois suivant la notification écrite de la réclamation. Néanmoins, le Centre n'était pas compétent si la partie engageant la procédure avait accordé, accordait ou soumettait le différend aux Cours ou aux Tribunaux administratifs de l'État signataire concerné par ce différend³⁹⁰.

Au sujet du règlement des différends relatifs aux investissements et de la juridiction du CIRDI, la Cour constitutionnelle colombienne considéra que l'article 9 de l'Accord correspondait aux dispositions de la Constitution nationale. Tout d'abord, elle remarqua que les autorités judiciaires n'étaient pas exclues de la résolution des conflits relatifs aux investissements protégés par l'Accord. Au contraire, les autorités colombiennes étaient les premières à être saisies lors de la survenance d'un différend car l'article 9(3) de l'Accord stipulait qu'avant de faire appel au CIRDI il fallait utiliser les recours locaux dans les trois mois suivant la notification de la réclamation. Les Cours nationales devaient donc résoudre les conflits relatifs aux investissements étrangers, sauf accord contraire entre les parties. En outre, la place réservée aux autorités locales était renforcée par l'article 9(4) puisque le CIRDI n'était pas compétent si l'affaire était soumise aux tribunaux administratifs du pays d'accueil de l'investissement³⁹¹. Pour la Cour constitutionnelle colombienne, l'article 9 de l'Accord ne faisait que réitérer le principe de droit international selon lequel l'épuisement des voies judiciaires locales était

³⁸⁹ *Sentence C-358/96 du 14 août 1996, supra*, §C(c).

³⁹⁰ *Ibidem*, voir l'article 9 de l'Accord, transcrit dans la sentence.

³⁹¹ *Ibidem*, §C(e).

une condition pour faire appel à n'importe quelle juridiction internationale. Conformément à l'article 9 de sa Constitution, l'État colombien fondait ses relations internationales sur des principes internationaux dont celui de référence³⁹².

Néanmoins, la clause contenue dans l'article 9 de l'Accord entre la Colombie et le Royaume-Uni supposait un « accord contraire » au principe de l'épuisement des recours locaux. La Cour colombienne fait une lecture erronée de l'article en question car elle considère que cette disposition comportait une obligation d'épuiser les recours locaux avant de faire appel à la juridiction du CIRDI. L'Accord ne conditionnait pas la juridiction du CIRDI à l'utilisation des recours locaux – d'autant moins à son épuisement –, la condition faisait référence à l'impossibilité de régler le conflit à l'amiable dans les trois mois suivant la notification de la réclamation. Seul l'accord des parties pour se soumettre aux tribunaux administratifs ou la soumission de l'affaire à ces derniers pouvait éviter la juridiction du Centre.

En outre, la Cour constitutionnelle de Colombie analysa conjointement les articles 9 et 10 de l'Accord, ce dernier concernant la résolution des conflits entre les États signataires. La Cour ne tint pas compte de la qualité des personnes privées habilitées par l'Accord à saisir un tribunal international en cas de différend avec l'État d'accueil de leur investissement et n'invoqua pas le principe d'égalité entre nationaux et étrangers dans son analyse. Une vision intégrale de la Constitution permit à la Cour de conclure que dans la norme suprême figurait la résolution pacifique des conflits sans différencier conflits interétatiques et conflits avec les investisseurs. La Constitution consacrait différents mécanismes qui favorisaient la déconcentration de l'administration judiciaire et le recours à des moyens alternatifs pour résoudre les conflits tels que les juridictions spéciales, les juges de paix, la conciliation et l'arbitrage. En raison de la nature des différends qui pouvaient surgir des investissements compris par l'Accord en question, la Cour considérait plus convenable et pacifique que leur résolution fût confiée à un organisme international spécialisé ou à un tribunal d'arbitrage. Ainsi, l'organe de contrôle constitutionnel conclut que l'internationalisation des relations politiques,

³⁹² *Ibidem*.

économiques, sociales et écologiques, envisagée par l'article 226 de la Constitution, serait impossible sans le recours, dans certains cas, aux tribunaux internationaux³⁹³.

La résolution très concise de la Cour constitutionnelle colombienne montre qu'elle ne comprend pas très bien les effets que les clauses de traitement national et de résolution des conflits peuvent avoir sur les relations de l'État avec les investisseurs protégés par l'Accord. En effet, le traité bilatéral pouvait être déclaré constitutionnel – d'une part, le principe d'égalité aurait pu trouver une justification dans le principe de réciprocité et, d'autre part, l'arbitrage comme moyen de résolution des conflits était effectivement reconnue par la Constitution – mais il est regrettable que l'analyse constitutionnelle de l'Accord ait été aussi succincte. L'article 6 de l'Accord fut la seule disposition déclarée inconstitutionnelle, la violation de la norme suprême étant manifeste.

L'article 6 de l'Accord entre le gouvernement de la Colombie et le gouvernement du Royaume-Uni pour la protection et l'encouragement des investissements, interdisait : a) la nationalisation ou des mesures équivalentes par lesquelles une des parties contractantes prenait le contrôle de certaines activités stratégiques ou de services, et b) toute forme d'expropriation ou de mesures équivalentes. L'article contenait une exception : les mesures mentionnées dans les incises a) et b) pouvaient être prises pour de raisons d'utilité publique ou d'intérêt social à condition qu'elles ne soient ni discriminatoires ni contraires à la loi. La nationalisation, l'expropriation ou les mesures équivalentes donnaient lieu au paiement d'une indemnité prompte, adéquate et effective³⁹⁴.

Concernant le premier cas, à savoir l'interdiction imposée à l'État de nationaliser ou de prendre des mesures équivalentes pour contrôler certaines activités stratégiques ou services, la Cour constitutionnelle le déclara clairement contraire à l'article 336 de la Constitution. Ce dernier autorisait l'État à constituer des monopoles en se réservant certaines activités économiques dont le but était l'intérêt public ou social.

³⁹³ *Ibidem*.

³⁹⁴ *Ibidem*, voir l'article 6 de l'Accord entre le gouvernement de la Colombie et le gouvernement du Royaume-Uni pour la protection et l'encouragement des investissements.

« Alors bien que la Constitution autorise la création d'un *arbitrio rentístico*³⁹⁵, sur mandat du législateur, au nom d'un intérêt public ou social (ce qui peut impliquer la nationalisation d'une activité qu'accomplissait auparavant des étrangers), la disposition en question l'interdit de manière concluante »³⁹⁶.

La Cour constitutionnelle ajouta que le pouvoir du législateur de poursuivre l'intérêt public ou l'utilité sociale ne pouvait pas être restreint dans le but d'encourager les investissements étrangers. D'après la Cour, un traité ne pouvait pas être une voie expéditive pour que le législateur lui-même puisse consentir à inhiber ses fonctions, en contradiction avec les propos qui caractérisent un État social de droit. Ainsi, légitimer ces instruments comme des mécanismes appropriés pour modifier la Constitution en dénaturant ses fins et en paralysant les pouvoirs y comportés, équivalait à brouiller la forme d'État que le Constituant de 1991 avait décidé de façonner³⁹⁷.

L'article 6(a) de l'Accord fut interprété par la Cour comme s'il ne comportait aucune exception, or, comme une interdiction absolue faite à l'État, lequel s'engageait à ne pas nationaliser des secteurs stratégiques ou des services pour en prendre le contrôle. Une telle interprétation correspond à une lecture erronée dudit article. En réalité, conformément à l'Accord, l'État pouvait nationaliser ou prendre des mesures équivalentes pour contrôler certaines activités stratégiques ou services au nom de l'utilité publique ou de l'intérêt social à condition que ces mesures ne fussent ni discriminatoires ni contraires à la loi et qu'elles fussent toujours suivies du paiement d'une indemnité prompte, adéquate et effective. L'erreur de la Cour provient du fait qu'elle rattacha l'exception uniquement au paragraphe b) de l'article 6 de l'Accord concernant les expropriations et autres mesures équivalentes. Néanmoins, l'exception incluait à la fois les nationalisations, les expropriations et les mesures équivalentes ; le second paragraphe de l'article 6 le confirme lorsqu'il traite de la compensation « pour les actes référés dans les incises a) et b) ». L'interdiction de nationaliser ou de prendre des mesures équivalentes pour contrôler certaines activités stratégiques ou services n'était pas donc absolue, l'article 6(a) étant en réalité conforme à l'article 336 de la Constitution.

³⁹⁵ « L'*arbitrio rentístico* est un instrument qui protège l'exploitation de certaines activités économiques pour que l'État puisse atteindre un certain niveau de revenus afin de répondre à ses obligations. Pour l'État, le but de ce monopole n'est pas d'exclure une activité économique du marché, mais d'en tirer une source de revenus. » CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. *Sentence C-540/01 du 22 mai 2001, aff. D-3256 et D-3257*. Traduction par l'auteur.

³⁹⁶ *Sentence C-358/96 du 14 août 1996, supra*, §C(h)(3). Traduction par l'auteur.

³⁹⁷ *Ibidem*.

Ensuite, la Cour Constitutionnelle examina le paragraphe b) de l'article 6 de l'Accord sur l'interdiction d'exproprier et de prendre des mesures équivalentes, exception faite de l'utilité publique et de l'intérêt social, ainsi que le paiement d'une indemnité prompte, adéquate et effective. Cette disposition fut déclarée contraire à l'article 58 de la Constitution colombienne en relation avec les articles 4 et 13 CN.

L'inconstitutionnalité de ladite disposition ne provient pas, comme dans l'hypothèse antérieure, de l'interdiction d'exproprier ou de prendre des mesures équivalentes. L'article constitutionnel 58 garantissait le respect de la propriété privée et conditionnait l'expropriation aux motifs d'intérêt public ou d'utilité sociale définis par le législateur. De plus, l'expropriation devait être déclarée par une sentence judiciaire et précédée d'une indemnité. L'interdiction d'une expropriation et de mesures équivalentes, accompagnée des exceptions prévues par l'article 6(b), concordait donc avec la norme suprême, le cœur du conflit constitutionnel concernant l'obligation de l'État d'accorder une indemnité à l'investisseur, sans exception aucune.

En effet, le paragraphe final de l'article 58 de la Constitution colombienne conférait au législateur la possibilité, pour des raisons d'équité, de déterminer les cas dans lesquels l'expropriation n'entraînait aucune indemnisation. De plus, les raisons d'équité, d'utilité publique ou d'intérêt social invoquées par le législateur ne pouvaient être contestées judiciairement³⁹⁸. Or, l'article 6(b) de l'Accord entre la Colombie et le Royaume-Uni prévoyait que le législateur renonçât, en ce qui concernait les investissements protégés par l'Accord, à exercer la faculté que la partie finale de l'article 58 lui attribuait, l'expropriation sans indemnisation étant inacceptable dans les termes du TBI.

Pour la Cour constitutionnelle, la validité de la clause en question pouvait être défendue en arguant que le législateur était habilité – et non obligé – à déterminer les cas dans lesquels, au nom de l'équité, une expropriation sans indemnité était possible. Ainsi, l'Accord traduisait la volonté du législateur d'exclure les investissements protégés

³⁹⁸ « (...) Con todo, el legislador, por razones de equidad, podrá determinar los casos en que no haya lugar al pago de indemnización, mediante el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros de una y otra Cámara. Las razones de equidad, así como los motivos de utilidad pública o de interés social, invocados por el legislador, no serán controvertibles judicialmente. » *Constitución Política de Colombia (1991)*, article 58.

par cet instrument international de l'application de l'expropriation sans indemnité³⁹⁹. Néanmoins, la Cour estima que cet engagement du législateur n'était pas acceptable.

La Cour constitutionnelle colombienne formula deux objections contre l'argument ci-dessus exposé. Tout d'abord, selon elle, les investissements britanniques ne constituaient pas un seul cas mais une catégorie de cas. Ainsi, le législateur n'exerçait pas sa faculté de s'abstenir de juger, dans un cas concret, la recevabilité de l'expropriation sans indemnisation, mais il renonçait à cette faculté dans tous les cas comportant des investissements britanniques, par voie d'une disposition générale. Pour la Cour, l'application du principe d'équité obligeait le législateur à examiner chacun des cas dans lesquels l'expropriation sans indemnisation était appropriée. Ainsi, le fait que le législateur s'engage à s'abstenir de juger l'équité d'une expropriation, dans le but d'attirer des investissements étrangers au détriment des investisseurs nationaux et des investisseurs de pays non protégés par l'Accord, s'opposait à la philosophie de la norme suprême et à la finalité essentielle des autorités de la République : assurer la convivialité pacifique et la force d'un ordre juste⁴⁰⁰. Ce dernier argument était lié au principe d'égalité consacré dans l'article 13 de la Constitution colombienne⁴⁰¹, seconde disposition contrariée par l'Accord en question.

Pour la Cour constitutionnelle, valider l'article 6(b) du TBI signifiait accorder un traitement préférentiel aux investisseurs britanniques, aux dépens des Colombiens et des ressortissants d'autres pays. Cette différenciation de traitement ne pouvait se justifier par le principe de réciprocité, car celui-ci ne pouvait se comparer au principe d'égalité ni le remplacer. Ainsi, un Colombien, qui pouvait être exproprié dans les conditions prévues à l'article 58 de la Constitution, ne pouvait revendiquer son droit à l'égalité que s'il investissait au Royaume-Uni. Cette hypothèse comportait une nouvelle inégalité : la distinction entre les Colombiens qui avaient les moyens d'investir dans un autre pays et les Colombiens qui ne les avaient pas. La réciprocité opérait donc dans un domaine

³⁹⁹ *Sentence C-358/96 du 14 août 1996, supra*, §C(h)(1)(1.2).

⁴⁰⁰ *Ibidem*.

⁴⁰¹ « Toutes les personnes naissent libres et égales devant la loi et ont droit à la même protection et traitement par les autorités et jouissent des mêmes droits, libertés et possibilités, sans discrimination fondée sur le sexe, la race, l'origine nationale ou familiale, la langue, la religion, l'opinion politique ou philosophique. [...] ».

différent de celui du principe d'égalité et pour cette raison ils n'étaient pas interchangeables⁴⁰².

Enfin, l'article 6 de l'Accord entre la Colombie et le Royaume-Uni accordait à l'investisseur affecté par une nationalisation, une expropriation ou des mesures équivalentes, le droit à une révision prompte de son cas et à l'évaluation de son investissement par une autorité judiciaire ou toute autre autorité indépendante, conformément aux principes de l'Accord. Cette disposition était contraire au dernier postulat de l'article 58 constitutionnel selon lequel les raisons d'équité et les raisons d'utilité publique ou d'intérêt social invoquées par le législateur, ne pouvaient être contestées judiciairement⁴⁰³.

La contradiction entre la norme constitutionnelle en vigueur et le TBI conclu avec le Royaume-Uni n'était pas une surprise. La Colombie avait auparavant émis une réserve au sujet de l'article 17-08 de l'Accord de libre-échange (ALE) signé avec le Mexique et le Venezuela le 13 juin 1994, concernant l'expropriation et son indemnisation. Cette réserve – faite d'ailleurs avant l'analyse formelle de la constitutionnalité de ce traité de libre-échange – était formulée dans les termes suivants : « 1. La Colombie se réserve dans son intégralité l'application de l'article 17-08 (...). La Colombie n'imposera de mesures plus restrictives en matière de nationalisation, expropriation et compensation que celles existant à la date d'entrée en vigueur du Traité. 2. Le Mexique et le Venezuela appliqueront l'article de référence au sujet de la Colombie à partir de la communication du retrait de sa réserve. »⁴⁰⁴

La Cour constitutionnelle dans son analyse de l'ALE déclara que la réserve faite par la Colombie garantissait le respect des dispositions constitutionnelles, en particulier celle de l'article 58 CN. En émettant cette réserve, la Colombie s'éloignait de la clause de l'Accord qui limitait les compétences des États en matière d'expropriations et affirmait ainsi ses compétences constitutionnelles à ce sujet. L'ALE et la réserve au sujet de l'article 17-08 furent donc déclarées conformes à la Constitution⁴⁰⁵.

⁴⁰² *Sentence C-358/96 du 14 août 1996, supra*, §C(h)(2).

⁴⁰³ *Ibidem*, §C(h)(1)(1.5).

⁴⁰⁴ Voir Annexe à l'article 17-08 du *Tratado de libre comercio entre los gobiernos de Estados Unidos Mexicanos, la República de Colombia y la República de Venezuela*. Cartagena de Indias : 13 juin 1994. Traduction de l'auteure.

⁴⁰⁵ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. *Sentence C-178/95 du 24 avril 1995, aff. L.A.T. 041*.

Le gouvernement colombien était donc conscient du conflit qui opposait les dispositions des TPPIs concernant l'expropriation et la Constitution nationale. Pourtant, cette contradiction opérait aussi en sens inverse : l'article 58 de la Constitution contredisait les principes du droit international acceptés par la Colombie dans l'article 9 de sa propre Constitution⁴⁰⁶. Néanmoins, dans sa résolution sur la constitutionnalité de l'Accord Colombie-Royaume-Uni, la Cour limita son rôle à examiner l'instrument international à la lumière des dispositions constitutionnelles, écartant la possibilité de l'analyser conformément aux autres traités internationaux approuvés par l'État⁴⁰⁷.

Finalement, la Cour constitutionnelle colombienne reconnut la constitutionnalité générale du TBI Colombie-Royaume-Uni avec la seule exception de son article 6 considéré contraire à l'article 58 CN. Néanmoins, le professeur David Schneiderman assura que le TBI avait été déclaré inconstitutionnel pour deux raisons: 1) le TBI avait pour effet de désactiver certaines dispositions de la Constitution colombienne comme l'expropriation sans compensation pour des raisons d'équité, et 2) le traité heurtait le principe d'égalité car il garantissait aux ressortissants britanniques un traitement préférentiel à propos des expropriations. Schneiderman assura qu'en d'autres termes, la Cour avait considéré que le TBI heurtait le principe de Carlos Calvo selon lequel les étrangers n'avaient pas le droit à un traitement plus favorable que les nationaux⁴⁰⁸.

Pourtant, une telle déclaration générale de l'inconstitutionnalité du TBI aurait empêché l'État de ratifier cet instrument international. En revanche, la déclaration d'inconstitutionnalité d'une des dispositions du traité n'était pas un obstacle à la

⁴⁰⁶ « Les relations extérieures de l'État sont fondées sur la souveraineté nationale, le respect de l'autodétermination des peuples et la reconnaissance des principes du droit international acceptés par la Colombie. » *Constitución Política de Colombia (1991)*, article 9.

⁴⁰⁷ La Cour faisait référence à la Convention américaine relative aux droits de l'homme, adoptée à San José, Costa Rica, le 22 novembre 1969 (Pacte de San José). Selon l'article 21(2) de cette convention : « Nul ne peut être privé de ses biens, sauf avec paiement d'une juste indemnité, pour des raisons d'intérêt public ou d'intérêt social, et dans les cas et selon les formes prévues par la loi. » La Cour, en plus de son refus d'analyser le TBI conformément au Pacte de San José, considéra que le paiement d'une « juste indemnité », exigé par le Pacte, autorisait l'absence de ladite indemnité lorsqu'elle n'était pas juste ou équitable, dans les termes de l'article 58 de la Constitution. *Sentence C-358/96 du 14 août 1996, supra*, §C(h)(1)(1.3-1.4).

Cet argument se fonda sur l'article 21-2 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme selon lequel: « 2. Nul ne peut être privé de ses biens, sauf avec paiement d'une juste indemnité, pour des raisons d'intérêt public ou d'intérêt social, et dans les cas et selon les formes prévues par la loi. » Cette convention fut ratifiée par la Colombie le 28 mai 1973 et fut invoquée par le Procureur Général de la Nation pour justifier la constitutionnalité de l'article 6 de l'Accord entre la Colombie et le Royaume-Uni.

⁴⁰⁸ David SCHNEIDERMAN. Constitutional approaches to privatization: an inquiry into the magnitude of neo-liberal constitutionalism. *Law and contemporary problems*, 2000, vol. 63, n°4, p. 107. Cette analyse fut reproduite par Wenhua SHAN. Calvo doctrine, State sovereignty and international investment law, *op. cit.*, p. 273-274.

ratification de celui-ci à condition d'y inclure les réserves nécessaires. La Colombie aurait pu donc ratifier l'Accord avec le Royaume-Uni en mentionnant une réserve au sujet de l'article 6 comme elle le fit pour l'article 17-08 du TLC avec le Mexique et le Venezuela⁴⁰⁹.

En outre, la Cour constitutionnelle ne décida pas que le TBI heurtait le principe de Carlos Calvo. La Cour ne déclara à aucun moment dans sa résolution que les investisseurs étrangers en général n'avaient pas le droit à un traitement plus favorable par rapport aux nationaux. En réalité, le principe d'égalité fut mis en avant très concrètement en référence à l'article 58 de la Constitution qui interdisait à l'État de soustraire de son application les étrangers protégés par l'accord car, s'agissant d'une disposition générale, celle-ci n'acceptait aucune exception. De plus, le principe d'égalité étant appliqué également aux investisseurs d'autres nationalités, il ne s'agissait donc pas de défendre exclusivement les investisseurs nationaux. En outre, l'égalité ne fut pas invoquée au sujet du mécanisme de résolution des conflits réservé aux investisseurs protégés par le TBI, et qui pouvait être contesté selon le principe de Calvo qui prévoit la soumission des étrangers aux tribunaux nationaux. Le raisonnement de la Cour colombienne n'obéit certainement pas à l'esprit de Carlos Calvo.

Finalement, les raisonnements ci-dessus exposés concernant la clause de traitement national et le paiement d'une indemnité pour des expropriations ou des mesures équivalentes, furent adoptés dans l'analyse préventive de la constitutionnalité des Accords relatifs à l'encouragement et à la protection des investissements signés avec Cuba en 1994⁴¹⁰, le Pérou en 1994⁴¹¹ et l'Espagne en 1995⁴¹². La ratification de ces accords, sans réserve aucune, nécessitait la réforme de l'article 58 de la Constitution nationale.

⁴⁰⁹ L'Accord Colombie-Royaume-Uni pour la protection et l'encouragement des investissements signé en 1994 ne fut jamais ratifié. Un nouvel Accord – incluant également l'interdiction des expropriations sans indemnité – fut signé en 2010 mais il n'est pas encore entré en vigueur.

⁴¹⁰ *Convenio entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República de Cuba sobre promoción y protección recíproca de inversiones*, signé à Santafé de Bogota le 16 juillet 1994. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. *Sentence C-379/96 du 22 août 1996, aff. L.A.T. 061.*

⁴¹¹ *Convenio entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República del Perú sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones*, signé à Lima le 26 avril 1994. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. *Sentence C-008/97 du 23 janvier 1997, aff. L.A.T. 074.*

⁴¹² *Acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones entre la República de Colombia y el Reino de España*, signé à Santafé de Bogota, le 9 juin 1995. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. *Sentence C-494/98 du 15 septembre 1998, aff. L.A.T. 117.*

Cela fut fait, en effet, par le biais de l'Acte Législatif N°1 de 1999 qui abrogea le paragraphe 5 de l'article de référence⁴¹³. Les arguments exposés au Congrès pour supprimer l'expropriation sans indemnisation firent référence à d'autres principes fondamentaux de la Constitution :

« Un si grand pouvoir [d'exproprier] doit s'exercer, comme tous les pouvoirs dans l'État Constitutionnel, dans les termes établis par la Constitution elle-même et par les lois. (...) Une expropriation pour des raisons d'équité, non susceptible d'être contestée judiciairement, est étrangère au cadre général des droits et des garanties des propriétaires des biens et des droits en Colombie ; une loi dont le contenu d'utilité publique ou d'intérêt social ne peut pas être discuté devant les tribunaux, est un acte dictatorial du législateur qui méconnaît la primauté de la Constitution et le droit à la défense. »⁴¹⁴

La modification de l'article 58 de la Constitution reconnaissait donc trois piliers fondamentaux sur lesquels reposait la figure juridique de l'expropriation : 1) le principe de légalité comme fondement de tout État de droit, 2) l'effectivité du droit de la défense et du procès régulier de la personne affectée par l'expropriation et 3) le paiement d'une indemnité afin que la décision de l'administration ne soit pas considérée comme un acte de confiscation interdit par l'article 34 de la Constitution⁴¹⁵. L'abrogation complète du paragraphe 5 de l'article 58 CN n'a pas donc introduit une exception par rapport aux traités internationaux, protégeant exclusivement les investisseurs étrangers, mais elle eut comme conséquence la protection de tous les investisseurs – nationaux ou étrangers – qui ne pouvaient plus être expropriés qu'au moyen d'une indemnité préalable⁴¹⁶. Ainsi, les dispositions internationales relatives au paiement d'une indemnité pour toute expropriation ou mesure équivalente, n'étaient plus contraires à la Constitution colombienne, comme le décida postérieurement la Cour Constitutionnelle lors de l'analyse de différents TPPIs⁴¹⁷.

⁴¹³ *Acto Legislativo n°1 por el cual se reforma el artículo 58 de la Constitución Política*, 30 juillet 1999.

⁴¹⁴ Gaceta del Congreso n°245, 30 octobre 1998, cité dans : CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. *Sentence C-059/01 du 24 janvier 2001*, aff. D-3210, §VI(3). Traduction de l'auteur.

⁴¹⁵ *Ibidem*.

⁴¹⁶ Voir CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. *Sentence C-1074/02 du 4 décembre 2002*, aff. D-4062, §3.3.1.5.

⁴¹⁷ Voir « Revisión constitucional de la ley 672 de 2001 “Por medio de la cual se aprueba el Acuerdo entre la República de Colombia y la República de Chile para la promoción y protección recíproca de las inversiones” y su protocolo, hechos en Cartagena de Indias, el 22 de enero de 2000 y sus canjes de notas

Chapitre 2. Le contrôle *a posteriori* de la constitutionnalité de la Convention de Washington et des TBIs.

Le cadre juridique de la plupart des États latino-américains ne prévoit pas un contrôle judiciaire préventif de la constitutionnalité des traités internationaux. Pourtant, cela n'empêche que ces derniers puissent être soumis à l'examen de l'organe de contrôle constitutionnel une fois ratifiés ; après tout, les Constitutions nationales restent la norme suprême de l'ordre juridique interne et de ce fait tous les instruments internationaux doivent se conformer à leurs dispositions.

Le contrôle *a posteriori* de la constitutionnalité des normes est aussi appelé « contrôle correctif », son objectif étant d'assainir le cadre juridique de l'État. Celui-ci est donc doté d'un mécanisme qui lui permet de retirer de son ordre juridique toute norme contraire aux principes, valeurs, préceptes et dispositions contenus dans la Constitution politique nationale⁴¹⁸.

En Amérique latine, le contrôle constitutionnel correctif des instruments internationaux s'appuie sur des méthodes différentes d'un pays à l'autre : dans certains

acclaratorios, de 22 de enero de 2000, y de 9 y 30 de marzo de 2000" » CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. *Sentence C-294/02 du 23 avril 2002, aff. L.A.T. 209.* « Revisión constitucional del "Protocolo Modificatorio Adicional al Convenio sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República del Perú", hecho en Lima el siete (7) de mayo 2001 y de la Ley 801 de 2003 » CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. *Sentence C-961/03 du 21 octobre 2003, aff. L.A.T. 235.* « Revisión oficiosa de la Ley 1069 de 2006, por medio de la cual se aprueba el "Acuerdo entre la República de Colombia y el Reino de España para la promoción y protección recíproca de inversiones", hecho y firmado en Bogotá D.C., el 31 de marzo de 2005 ». CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. *Sentence C-309/07 du 3 mai 2007, aff. L.A.T. 291.* « Revisión constitucional de la Ley 1198 de 2008 (6 de junio) por la cual se aprueba el "Convenio entre la República de Colombia y la Confederación Suiza sobre la Promoción y la Protección Recíproca de Inversiones y su Protocolo" celebrados el 17 de mayo de 2006 en Berna (Suiza) ». CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. *Sentence C-150/09 du 11 mars 2009, aff. L.A.T. 328.* « Revisión automática del "Acuerdo entre el gobierno de la República del Perú y el gobierno de la República de Colombia sobre promoción y protección recíproca de inversiones", suscrito en Lima, Perú, el 11 de diciembre de 2007, y de la Ley 1342 de 31 de julio de 2009, por medio de la cual fue aprobado ». CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. *Sentence C-377/10 du 19 mai 2010, aff. L.A.T. 348.* « Revisión de la Ley 1464 del 29 de junio de 2011 "Por medio de la cual se aprueba el 'Acuerdo Bilateral para la Promoción y Protección de Inversiones entre el Gobierno del Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte y la República de Colombia', elaborado en Bogotá, el 17 de marzo de 2010, y el 'Entendimiento sobre el Trato Justo y Equitativo en el Acuerdo Bilateral de Inversión entre el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y la República de Colombia', firmado por los jefes negociadores de ambas partes y anexada a las minutas de la última ronda de negociaciones en Londres, el 19 de mayo de 2009" ». CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. *Sentence C-169/12 du 7 mars 2012, aff. L.A.T. 377.*

⁴¹⁸ Voir TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE BOLIVIA. *Sentence constitutionnelle 0031/2006 du 10 mai 2006, aff. 2005-13011-27-RDI.* In : *Estudios Constitucionales*, 2007, vol 5, n°2, p. 495-504.

cas, la constitutionnalité des traités peut être questionnée de manière abstraite (Section 1) tandis que d'autres systèmes juridiques n'admettent la contestation qu'en relation avec des cas concrets (Section 2). Les deux sortes de contrôle constitutionnel répressif des traités internationaux seront analysées, abordant de manière particulière les cas où la constitutionnalité de la Convention de Washington a été mise en question.

Section 1. Le contrôle correctif abstrait des traités internationaux.

L'action abstraite en inconstitutionnalité permet la protection directe de l'ordre constitutionnel⁴¹⁹ car, jouissant d'une flexibilité assez large, ce recours permet d'anticiper les situations susceptibles d'altérer l'ordre constitutionnel⁴²⁰. Or, il s'agit d'un contrôle complètement étranger à un cas particulier et donc de l'application concrète que pourrait avoir l'instrument international contesté. L'examen constitutionnel est matériel et formel, car l'inconstitutionnalité d'un traité peut découler autant de son contenu général ou d'une disposition particulière que de défauts dans le processus d'adoption de l'instrument international en question.

En Amérique latine, l'action abstraite en inconstitutionnalité est susceptible d'être interposée soit directement contre les conventions ou les traités internationaux (§1), soit indirectement à travers la contestation des lois ou des décrets qui ont approuvé ces instruments internationaux (§2).

§1. Le contrôle abstrait direct des traités internationaux au moyen d'actions en inconstitutionnalité.

A. Les actions en inconstitutionnalité.

Les modèles de justice constitutionnelle du Costa Rica, du Salvador, du Nicaragua et du Pérou admettent le contrôle abstrait direct des traités internationaux, par le biais d'actions en inconstitutionnalité.

⁴¹⁹ Ángel DÁVILA ESCAREÑO. La acción abstracta de inconstitucionalidad. In : Eduardo FERRER MAC-GREGOR et Edgar DANÉS ROJAS (dir.). *La protección orgánica de la Constitución. Memorias del III Congreso mexicano de Derecho procesal constitucional*. México : UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, p. 189-190.

⁴²⁰ Germán BIDART CAMPOS. *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, p. 336-337.

Au Costa Rica, la procédure d'inconstitutionnalité a lieu lorsque la signature, l'approbation, la ratification, le contenu ou les effets d'un traité international s'opposent à une norme ou à un principe constitutionnel⁴²¹. Au Salvador, l'article 149 CN établit que la déclaration d'inconstitutionnalité d'un traité international, de manière générale et obligatoire, peut être effectuée dans les mêmes termes que pour les lois, décrets et règlements, toute personne étant donc autorisée à déposer une demande d'inconstitutionnalité devant la Salle Constitutionnelle de la Cour Suprême⁴²². De la même manière, au Nicaragua, le recours d'inconstitutionnalité peut être interposé par tout citoyen contre une loi, décret ou règlement et, en général, contre tout acte normatif inférieur à la Constitution qui s'y opposerait⁴²³.

À l'exception du Pérou où l'exercice de l'action – réglementé par le *Código Procesal Constitucional*⁴²⁴, est réservé aux sujets désignés par la Constitution⁴²⁵, dans les autres pays ci-dessus mentionnés toute personne a le droit de solliciter l'organe judiciaire de contrôle constitutionnel chargé de l'analyse des traités internationaux. Ainsi, tous les citoyens ou certains sujets ou organes sont investis du pouvoir de défendre leur Constitution nationale. Néanmoins, bien que l'exercice des actions en inconstitutionnalité ne soit pas conditionné à la configuration des dommages individuels et directs causés par l'instrument international contesté⁴²⁶, ces actions connaissent cependant des limites.

⁴²¹ Voir *Ley n°7135 de la jurisdicción constitucional*, article 73(e).

⁴²² Voir *Ley de Procedimientos Constitucionales*, 22 janvier 1960, articles 6 et al. Voir aussi Enrique S. ANAYA. La justicia constitucional en El Salvador. In : Armin von BOGDANDY, Eduardo FERRER MAC-GREGOR et Mariela MORALES ANTONIAZZI, *op. cit.*, p. 321-330.

⁴²³ Voir *Ley de Amparo*, 30 novembre 1995, article 6. Voir aussi Sergio J. CUAREZMA TERÁN. Introducción al control constitucional en Nicaragua. In: Víctor BAZÁN (éditeur). *Derecho procesal constitucional americano y europeo*. Vol. I. Buenos Aires : Abeledo Perrot, 2010, p. 605-626.

⁴²⁴ Voir *Código Procesal Constitucional*, publié le 31 mai 2004, article 75 et al. Francisco José EGUIGUREN PRAELI. El nuevo Código Procesal Constitucional peruano. *Anuario de Derecho Procesal latinoamericano*, 2005, vol. 1, p. 349-350.

⁴²⁵ Ces sujets sont le Président de la République, le Procureur, le Défenseur du peuple, vingt-cinq pour cent des congressistes, cinq mil personnes dont les signatures sont vérifiées par le *Jurado Nacional de Elecciones*, ou, s'il s'agit d'une ordonnance municipale, un pour cent des citoyens de la circonscription territoriale respective ; le président de la région ou les maires et, finalement, les collèges professionnels dans les domaines de leur spécialité (article 203 CN).

⁴²⁶ Voir l'article 75 de la *Ley de la Jurisdicción Constitucional* du Costa Rica, l'article 6 de la *Ley de Procedimientos Constitucionales* du Salvador et l'article 11 de la *Ley de Amparo* du Nicaragua.

B. Les limites des actions abstraites en inconstitutionnalité.

Les actions directes en inconstitutionnalité ne sont pas finalement une arme à la portée de tout citoyen désirant contester les engagements internationaux de l'État ; elles sont souvent limitées soit par les organes de contrôle constitutionnel soit par leur cadre de régulation.

Au Costa Rica, les normes internationales contestées sont en principe interprétées et appliquées en harmonie avec la Constitution. L'organe du contrôle constitutionnel suppose donc la constitutionnalité de ces dispositions internationales qui n'auraient besoin que d'une interprétation et d'une application conforme à la Constitution nationale⁴²⁷. Cependant, en cas de contradiction insurmontable entre un instrument international et la Constitution, l'organe de contrôle constitutionnel ordonne l'inapplication du premier et le commencement de la procédure prévue pour sa dénonciation⁴²⁸.

En outre, les normes qui régulent les recours d'inconstitutionnalité dans les pays ci-dessus mentionnés, conditionnent leur recevabilité à l'accomplissement de certaines conditions formelles⁴²⁹. L'organe de contrôle constitutionnel peut donc refuser d'analyser un traité international lorsque le requérant n'expose pas les motifs qui fonderaient l'inconstitutionnalité de l'instrument international ou ne mentionne pas expressément les articles constitutionnels supposément non respectés.

Par exemple, la Salle Constitutionnelle de la Cour Suprême de Justice du Salvador, dans le cadre d'une procédure d'inconstitutionnalité contre l'ALÉAC, demanda au requérant d'approfondir ses arguments. La Salle constitutionnelle sollicita *inter alia* les spécifications suivantes : le genre d'inégalité que la disposition contestée supposait, le critère suivi pour cette qualification d'inégalité, l'exposition des fondements prouvant que l'inégalité n'était pas justifiée et était contraire aux dispositions constitutionnelles, et l'analyse de la violation de l'article 89 CN à partir du contenu de la

⁴²⁷ Néanmoins, il se peut que l'interprétation ou l'application d'un traité conformément à la Constitution soit contraire aux compromis acceptés par l'État dans l'instrument international en question. L'interprétation des dispositions contenues dans un accord international, ne pouvant pas être unilatérale, est donc susceptible d'engager la responsabilité internationale de l'État.

⁴²⁸ Voir *Ley de la Jurisdicción Constitucional* du Costa Rica, article 73(e).

⁴²⁹ Voir *ibidem*, article 78 ; l'article 6(3) de la *Ley de Procedimientos Constitucionales* du Salvador, l'article 11(3) et (4) de la *Ley de Amparo* du Nicaragua et l'article 101(2) et (3) du *Código Procesal Constitucional* du Pérou.

disposition contestée sans adopter une interprétation restrictive du paramètre⁴³⁰. La Salle refusa donc de combler d'office les failles de la demande. Finalement, comme le requérant ne fournit pas les spécifications demandées⁴³¹, la Salle Constitutionnelle estima que le *thema decidendum* restait indéterminé et déclara l'irrecevabilité de la requête en raison de l'absence de ce qu'elle considéra comme des « éléments essentiels »⁴³².

En outre, certaines législations établissent des limites temporelles pour l'exercice de l'action abstraite en inconstitutionnalité. Au Nicaragua, le recours d'inconstitutionnalité doit être interposé dans les soixante jours postérieurs à l'entrée en vigueur de la norme contestée⁴³³. Au Pérou, en plus de la limite en raison des sujets légitimés pour interposer le recours, le Code des procédures constitutionnelles établit un délai de six mois pour contester la constitutionnalité des traités internationaux⁴³⁴. Une fois les délais expirés, la constitutionnalité d'aucune norme internationale ne peut être contestée, au moins de manière abstraite, la seule possibilité étant de le faire dans le cadre de cas concrets.

⁴³⁰ Voir SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. *Résolution du 15 mars 2013*, *aff.* n°43-2011, §I(2).

⁴³¹ La demande d'inconstitutionnalité présentée contre l'ALÉAC n'avait pas pour but de défendre la Constitution nationale. La demande fut présentée en pleine controverse concernant le Décret 743 du 2 juin 2011 qui reformait la Loi organique judiciaire. La réforme visait à limiter les pouvoirs de la Salle Constitutionnelle qui avait, à cette époque, pris des décisions très controversées qui touchaient certains groupes parlementaires. Conformément au Décret, les décisions d'inconstitutionnalité – entre autres – nécessitaient le vote unanime des cinq ministres de la Salle. La demande d'inconstitutionnalité contre l'ALÉAC fut présentée après les déclarations du leader du parti *Alianza Republicana Nacionalista* (ARENA), Alfredo Cristiani, qui retira son soutien au Décret. ARENA assurait avoir défendu celui-ci à partir de mauvaises informations selon lesquelles la Cour avait l'intention d'abolir la Loi d'amnistie et l'ALÉAC, instruments juridiques auxquels ce parti était favorable. Ainsi, Alfredo Cristiani ne soutenait plus le Décret 743 affirmant qu'aucun recours d'inconstitutionnalité n'avait été présenté contre ces instruments juridiques. Mais cet argument s'effondrait avec la présentation de la demande d'inconstitutionnalité contre l'ALÉAC (et contre la Loi d'amnistie, SALA DE LO CONSTITUCIONAL, *aff.* 42-2011), laquelle était une affaire purement politique contre la rétractation du support du parti ARENA au Décret 743. Voir ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPÚBLICA DE EL SALVADOR. Decreto 743 du 2 juin 2011. In : *Diario Oficial de la República de El Salvador*, tome 391, n°102, 2 juin 2011, p. 31-32. VOICES ON THE BORDER. *The debate over Decree 743 continues* [en ligne], publié le 14 juin 2011. Disponible sur : <<https://voiceselsalvador.wordpress.com/2011/06/14/the-debate-over-decree-743-continues>> (consulté le 14 août 2014). Otto MORÁN et Jaime MARINERO. ARENA contra la pared: hay dos recursos de inconstitucionalidad contra la Ley de Amnistía y el TLC [en ligne]. *La Página*, publié le 8 juin 2011. Disponible sur : <<http://www.lapagina.com.sv/nacionales/52379/%C3%9Altima-hora-Presentan-recurso-de-inconstitucionalidad-de-la-Ley-de-Amnistia-y-el-TLC>> (consulté le 14 août 2014). CENTRO POR LA JUSTICIA Y EL DERECHO INTERNACIONAL. *CEJIL insta al Estado salvadoreño a dejar sin efecto el Decreto 743 y a evitar acciones que amenacen la independencia judicial* [en ligne], publié le 6 juillet 2011. Disponible sur : <<http://cejil.org/comunicados/cejil-insta-al-estado-salvadoreno-a-dejar-sin-efecto-el-decreto-743-y-a-evitar-acciones->>> (consulté le 14 août 2014). Sergio ARAUZ. Funes avaló decreto de la derecha que amarra a Sala Constitucional [en ligne]. *El Faro*, publié le 3 juin 2011. Disponible sur : <<http://www.elfaro.net/es/201106/noticias/4296>> (consulté le 14 août 2014).

⁴³² *Résolution du 15 mars 2013*, *supra*, §II.

⁴³³ *Ley de Amparo* du Nicaragua, article 10.

⁴³⁴ *Código Procesal Constitucional* du Pérou, article 100.

Ainsi, au Nicaragua ou au Pérou aucun contrôle constitutionnel abstrait direct ne peut davantage être engagé à l'encontre de la Convention de Washington. En ce qui concerne le Costa Rica et le Salvador, aucune action constitutionnelle de ce genre n'a été à cette date initiée.

§2. Le contrôle abstrait indirect des traités internationaux à travers la contestation des lois qui les approuvent.

A. Les législations du Guatemala et du Venezuela.

Au Guatemala⁴³⁵ et au Venezuela⁴³⁶, le contrôle constitutionnel abstrait peut être effectué sur des lois, des décrets, des règlements et des actes d'autorité, en excluant apparemment les instruments internationaux. Pourtant, la constitutionnalité d'un traité international peut être contestée de manière indirecte au moyen d'un recours déposé contre la loi ou le décret qui l'a approuvé parce que c'est à travers ces lois ou décrets que les traités sont incorporés dans l'ordre juridique national.

Au Guatemala, la Cour Constitutionnelle (CC) effectue le contrôle préventif de la constitutionnalité des traités à la demande du Président, du Congrès ou de la Cour Suprême de Justice⁴³⁷. Néanmoins, ce contrôle *a priori* n'exclut pas la possibilité d'un contrôle *a posteriori*. L'article 204 de la Constitution guatémaltèque impose aux tribunaux de justice de respecter le principe de suprématie de la Constitution dans toutes leurs résolutions. Pour Pablo Bonilla, cette disposition constitutionnelle ne limite pas la fonction de sauvegarde constitutionnelle des tribunaux au contrôle concret de la constitutionnalité des traités : au contraire, l'article 204CN suppose l'obligation des tribunaux – y compris ceux de contrôle constitutionnel – de faire valoir la primauté de la Constitution dans toute demande d'inconstitutionnalité, qu'elle soit concrète ou générale abstraite⁴³⁸. La constitutionnalité d'un traité international peut donc être

⁴³⁵ Article 267 CN et arts. 115, 133 et al. de la *Ley de Amparo, exhibición personal y de constitucionalidad* du 8 janvier 1986.

⁴³⁶ Article 336(1) CN et article 5(6) de la *Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia du Venezuela* du 20 mai 2004.

⁴³⁷ Articles 272(e) CN et 163(e) et 171 de la *Ley de Amparo, exhibición personal y de constitucionalidad*.

⁴³⁸ Pablo Andrés BONILLA HERNÁNDEZ. El control de constitucionalidad de los tratados internacionales: un breve análisis teórico-práctico de su posible operatividad. *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, 2010, p. 58-61.

contestée de manière indirecte à travers un recours d'inconstitutionnalité⁴³⁹ déposé contre la loi qui approuve l'instrument international en question.

Au Venezuela, la Salle Constitutionnelle du TSJ a la faculté de déclarer la nullité totale ou partielle de lois nationales et d'autres actes de l'Assemblée Nationale⁴⁴⁰, y compris des lois qui approuvent les traités internationaux⁴⁴¹. Le système de contrôle préventif de la constitutionnalité des traités⁴⁴², intégrée dans la Constitution vénézuélienne de 1999, n'empêche pas que, au moyen d'une action populaire d'inconstitutionnalité, toute personne puisse initier une procédure contre la loi qui a approuvé un instrument international⁴⁴³.

Ce critère, favorable à l'examen constitutionnel indirect des traités internationaux, n'a pas toujours été accepté. En 1965, la Cour Suprême (CSJ) vénézuélienne se déclara incompétente pour effectuer le contrôle constitutionnel des lois d'approbation des traités. D'après la CSJ, la déclaration d'inconstitutionnalité d'une loi d'approbation d'un traité international comportait une violation du principe *pacta sunt servanda*, car les instruments internationaux provenaient en effet de l'accord des États contractants et ne pouvaient être dénoncés que dans les termes convenus ou en suivant la procédure acceptée par les États concernés. Ainsi, aucun État ne pouvait faire prévaloir ses lois internes dans ses relations internationales ni dénoncer un traité international de manière unilatérale⁴⁴⁴. Ce critère fut modifié en 1990 par la résolution 10-7-90 dans laquelle la CSJ analysa le contenu d'un article de la loi d'approbation de

⁴³⁹ Le recours d'inconstitutionnalité est prévu par l'article 267 CN et les articles 133 et al. de la *Ley de Amparo, exhibición personal y de Constitucionalidad*.

⁴⁴⁰ Article 336(1) de la Constitution vénézuélienne de 1999.

⁴⁴¹ Allan BREWER CARÍAS. El control de la constitucionalidad de las leyes aprobatorias de tratados internacionales y la cuestión constitucional de la integración latinoamericana. *Revista de Derecho Público*, 1990, n°44, p. 226-227. Allan BREWER CARÍAS. La acción popular de inconstitucionalidad en Venezuela y su ilegítima restricción por el juez constitucional. *Estudios constitucionales*, 2011, vol. 9, n°2, p. 627.

⁴⁴² Le contrôle préventif est facultatif. Le Président de la République ou l'Assemblée Nationale peuvent solliciter l'intervention de la Salle Constitutionnelle avant la ratification d'un instrument international (article 336(5) CN).

⁴⁴³ Allan BREWER CARÍAS. Los procesos y procedimientos constitucionales ante la jurisdicción constitucional en Venezuela, *op. cit.*, p. 313.

⁴⁴⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. *Sentence 29-4-65*, cité dans : Allan BREWER CARÍAS. *Estado de derecho y control judicial: justicia constitucional, contencioso-administrativo y derecho de amparo*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 1987, p. 72-74. La sentence 29-4-65 de la CSJ fut durement critiquée par Allan BREWER CARÍAS, *ibidem*, p. 75-76.

l'Accord de Carthagène, admettant ainsi sa compétence pour examiner les lois d'approbation des instruments internationaux⁴⁴⁵.

L'exercice des actions en inconstitutionnalité abordées ici, n'a pas de limite temporelle. Une loi d'approbation d'un traité international peut être contestée aussi bien avant qu'après la ratification de cet instrument⁴⁴⁶. Dans le premier cas, la déclaration d'inconstitutionnalité ne supposerait pas un manquement aux engagements internationaux de l'État, parce que le traité ne serait pas encore entré en vigueur. En revanche, lorsque l'instrument international a été ratifié, la déclaration d'inconstitutionnalité de sa loi d'approbation entraînerait l'inapplicabilité des dispositions internationales concernées, dégageant la responsabilité internationale de l'État.

Pour le juriste Allan Brewer Carías, la suprématie constitutionnelle et le contrôle de la constitutionnalité des lois ne peuvent pas être sacrifiés au nom de compromis internationaux ; le maintien d'une situation inconstitutionnelle dans l'ordre juridique interne est pour lui inadmissible⁴⁴⁷. Ainsi, la constitutionnalité d'une loi d'approbation d'un traité est toujours susceptible d'être contestée, indépendamment des conséquences que peut avoir la nullité partielle ou totale de la loi, parmi lesquelles l'obligation de l'État de dénoncer l'instrument international et l'engagement de responsabilités internationales qu'il devra certainement assumer⁴⁴⁸.

En outre, si l'action constitutionnelle contre une loi n'a pas de limites temporelles, reste à déterminer la portée de l'examen que l'organe de contrôle constitutionnel pourra effectuer. En ce sens, deux scénarios sont possibles : selon le premier, l'analyse se borne aux aspects formels et matériels de la loi d'approbation. Il s'agit donc d'un contrôle extrêmement réduit, car la loi ne se charge que d'approuver le traité et de ce fait les

⁴⁴⁵ Pourtant, la CSJ n'admit pas la modification de ce critère. La Cour établit une différenciation entre la sentence de 1965 et celle de 1990. La première - pour laquelle elle se déclara incompétente - concernait la nullité totale de la loi d'approbation tandis que la seconde portait sur la nullité d'une des dispositions de cette loi, ce qui n'impliquait pas la nullité de l'Accord international concerné. Cependant, pour Allan Brewer Carías cette justification n'a pas de sens puisque la première affaire, en 1965, se référerait aussi à la nullité d'une disposition de la loi et non à une nullité absolue. Voir Allan BREWER CARÍAS. El control de la constitucionalidad de las leyes aprobatorias de tratados internacionales y la cuestión constitucional de la integración latinoamericana, *op. cit.*, p. 226-227.

⁴⁴⁶ Allan BREWER CARÍAS. *Estado de derecho y control judicial*, *op. cit.*, p. 76.

⁴⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁴⁸ *Ibidem*. Allan BREWER CARÍAS. El control de la constitucionalidad de las leyes aprobatorias de tratados internacionales y la cuestión constitucional de la integración latinoamericana, *op. cit.*, p. 226.

causes d'inconstitutionnalité seraient très limitées. En revanche, le second scénario admet l'examen constitutionnel du contenu de l'instrument international concerné, car c'est au moyen des lois d'approbation que les dispositions internationales sont intégrées dans l'ordre juridique national ; ces dernières seraient donc susceptibles d'être contrôlées lors de la contestation des lois qui les ont approuvées. Le critère retenu par la Cour Constitutionnelle colombienne sera ensuite étudié.

B. Le contrôle abstrait indirect en Colombie.

Le système de contrôle *a priori* de la constitutionnalité des traités créé avec la Constitution colombienne de 1991 fut ci-avant exposé. L'établissement d'un contrôle préventif excluait la possibilité d'effectuer un examen répressif. Néanmoins, restait la question des traités conclus avant la Constitution de 1991 et susceptibles d'être contraires au nouvel ordonnément juridique constitutionnel.

L'article 40(6) de la Constitution colombienne de 1991 octroyait aux citoyens le droit d'interposer des actions publiques pour sauvegarder la Constitution et la loi, la Cour Constitutionnelle étant l'organe compétent pour répondre à ces demandes d'inconstitutionnalité⁴⁴⁹. Sur le fondement de ces deux dispositions constitutionnelles, la constitutionnalité de la Loi 20 de 1974 qui approuvait le Concordat entre la Colombie et le Saint-Siège signé le 12 juillet 1973 fut contestée. La Cour Constitutionnelle, dans sa sentence C-027/93, décida qu'en intégrant dans la Constitution de 1991 un contrôle *a priori* obligatoire de la constitutionnalité des traités l'Assemblée Constituante cherchait, indubitablement, à éviter l'existence dans l'ordre juridique colombien d'instruments internationaux inconstitutionnels. Ainsi, tout comme l'ordre juridique interne était soumis à la Constitution, cette même logique s'appliquait à l'ordonnément juridique externe composé par les traités et les conventions internationales⁴⁵⁰.

La Constitution ne reconnaissant pas la suprématie des traités internationaux, l'organe chargé du contrôle constitutionnel ne pouvait pas ne pas se prononcer sur la constitutionnalité d'un traité contraire aux principes fondamentaux qui structuraient l'organisation juridique-politique et idéologique de l'État colombien, même dans le cas

⁴⁴⁹ Article 241(4) CN.

⁴⁵⁰ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. *Sentence C-027/93 du 5 février 1993, aff. D-018, D-116 et D-136, §II.A(IX).*

de traités dûment approuvés⁴⁵¹. Le contrôle de la constitutionnalité était donc intégral et intemporel. Même dans le cas où l'instrument international était déclaré constitutionnel selon la norme suprême en vigueur à l'époque de son approbation, la naissance d'une nouvelle Constitution justifiait de réaliser un nouvel examen, car le traité en question était susceptible d'aller à l'encontre des nouvelles dispositions constitutionnelles et d'être donc à l'origine d'un constat d'inconstitutionnalité⁴⁵². D'après la Cour Constitutionnelle, la déclaration d'inconstitutionnalité d'un instrument international, dans ce cas dans le cadre d'une requête contre sa loi d'approbation, obligeait l'organe exécutif colombien à effectuer les démarches nécessaires pour initier la procédure juridique internationale pour sa dénonciation, et cela au nom du principe *pacta sunt servanda* inhérent aux engagements internationaux.

Cette décision de la Cour Constitutionnelle colombienne fut durement critiquée⁴⁵³, car déclarer l'inconstitutionnalité d'un traité, aux effets *erga omnes*, signifiait le non-accomplissement des engagements internationaux de l'État. Pourtant, ce critère fit long feu et disparut cinq mois après.

En juillet 1993, la Cour Constitutionnelle colombienne décida que l'article 241 CN, concernant le contrôle préventif, limitait ses compétences : le contrôle *a priori* de la constitutionnalité des traités empêchait tout contrôle *a posteriori*. Pour la Cour, réaliser un contrôle répressif de la constitutionnalité d'un instrument international équivalait à intervenir dans des fonctions propres au pouvoir exécutif, provoquant ainsi une collision entre les compétences des organes exécutif et judiciaire⁴⁵⁴. En outre, un traité en vigueur obligeait les États signataires à respecter certaines règles de conduite et le principe *pacta sunt servanda* – principe de sécurité, de justice et de morale internationales – était reconnu par la Constitution nationale elle-même qui, dans son article 9, admettait que les relations extérieures de l'État se fondaient sur la reconnaissance des principes du droit international acceptés par la Colombie⁴⁵⁵.

La Cour Constitutionnelle n'avait donc pas le pouvoir de déclarer l'inapplication d'un traité en vigueur : une fois que ce dernier était en vigueur, l'État perdait la faculté

⁴⁵¹ *Ibidem*, §II.A(VI).

⁴⁵² *Ibidem*, §II.B(b).

⁴⁵³ Voir Hernán A. OLANO GARCÍA, *op. cit.*, p. 568-575.

⁴⁵⁴ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. *Sentence C-276/93, supra*, § V(3)(3.1).

⁴⁵⁵ *Ibidem*, §V(3)(3.2) et V(4).

de le juger en cédant sa place au droit international⁴⁵⁶. Pour la Cour, cela était un réflexe naturel de la supranationalité de ce genre de conventions qui engageaient la Nation en tant que personne du droit public international. Puisque les traités internationaux étaient une manifestation de la volonté de l'État, aucun de ses organes internes, même pas celui chargé de la juridiction constitutionnelle, ne pouvait les réviser. Ainsi, dans le cas d'incompatibilité entre les instruments internationaux en vigueur et la Constitution, le gouvernement national – concrètement le Président de la République et le Ministre des Affaires Étrangères – devait apporter une solution au problème en utilisant les mécanismes que la Constitution elle-même et le droit international prévoyaient pour renégocier le traité, le réformer ou le dénoncer⁴⁵⁷.

La fonction de la Cour Constitutionnelle colombienne, en ce qui concerne l'examen des traités internationaux, est donc limitée au contrôle préventif. Ce même critère fut retenu par le Tribunal Constitutionnel bolivien, saisi pour contrôler la constitutionnalité de la Convention de Washington et de certains TBIs au moyen de la contestation de leurs lois d'approbation.

C. Le contrôle abstrait indirect de la Convention de Washington en Bolivie.

En 2006, Wilson Beimar Magne Hinojosa, député bolivien, formula une *demanda abstracta de inconstitucionalidad* concernant la Loi 1593 du 12 août 1994 qui approuvait l'adhésion de la Bolivie à la Convention de Washington⁴⁵⁸. De plus, il contestait plusieurs autres lois qui entérinaient des accords relatifs à la protection et à l'encouragement des investissements signés par la Bolivie avec d'autres États, notamment les dispositions prévoyant la juridiction du CIRDI pour le règlement des différends entre l'État et les investisseurs étrangers⁴⁵⁹.

⁴⁵⁶ *Ibidem*, §V(4).

⁴⁵⁷ *Ibidem*, §V(3)(3.2).

⁴⁵⁸ Voir TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE BOLIVIA, *Sentencia Constitucional 0031/2006, supra*.

⁴⁵⁹ La Loi 1593 du 12 août 1994 qui ratifiait l'adhésion de la Bolivie à la Convention de Washington; la Loi 1594 du 12 août 1994, qui ratifiait le TBI entre la Bolivie et l'Argentine et son article 9; la Loi 1586 du 12 août 1994, qui ratifiait le TBI entre la Bolivie et les Pays-Bas et son article 9; la Loi 1535 du 28 février 1994, qui ratifiait le TBI entre la Bolivie et la France et son article 8; la Loi 1132 du 19 janvier 1990, qui ratifiait le TBI entre la Bolivie et le Royaume-Uni et l'Irlande du Nord et son article 8; la Loi 2360 du 7 mai 2002, qui ratifiait le TBI entre la Bolivie et l'Espagne et son article 11; et, finalement, la Loi 1897 du 18 septembre 1998, qui ratifiait le TBI entre la Bolivie et les États-Unis et son article 9.

Conformément à la Loi du Tribunal Constitutionnel de 1998 (LTC), en vigueur à la date de la demande, les sujets légitimés pour interposer le recours étaient le Président de la République, les Sénateurs, les Députés, le Procureur général de la République et le Défenseur du peuple⁴⁶⁰. Quant aux instruments juridiques susceptibles d'être contestés, l'article 54 LTC établissait que la demande abstraite d'inconstitutionnalité procédait contre toute loi, décret ou résolution non judiciaire, contraire à la Constitution nationale, lorsque l'action n'était pas liée à un cas concret⁴⁶¹. Les traités internationaux étaient donc exclus de la liste des normes pouvant être contestées au moyen de ce recours. Pourtant, la demande du député Magne Hinojosa cherchait à obtenir la déclaration d'inconstitutionnalité du contenu de la Convention de Washington et de certaines dispositions contenues dans de TBI. En effet, le recours ne contestait ces derniers en général mais concrètement le contenu normatif qui accordait juridiction à des autorités non boliviennes pour la résolution des conflits⁴⁶².

Wilson Magne Hinojosa, se valant du principe de suprématie constitutionnelle contenu dans l'article 228 CN, arguait que la Convention de Washington allait à l'encontre de deux articles de la Constitution bolivienne⁴⁶³ : l'article 135 selon lequel toutes les entreprises établies dans le pays étaient considérées comme nationales et soumises à la souveraineté, aux lois et aux autorités de l'État et l'article 116 qui concernait la structure et les attributions du pouvoir judiciaire et interdisait la création de tribunaux spéciaux ou d'exception. Ce dernier article était réglementé par la *Ley de Organización Judicial* (LOJ) qui définissait la juridiction comme la faculté de l'État d'administrer la justice au moyen des organes du pouvoir judiciaire ; cette juridiction étant d'ordre public, elle ne pouvait être déléguée et émanait uniquement de la loi⁴⁶⁴. Ainsi, la Convention de Washington et les clauses de juridiction contenues dans les TBI étaient contraires aux articles 116, 135 et 228 de la Constitution parce qu'elles soumettaient l'État bolivien à des tribunaux d'exception et permettaient aux

⁴⁶⁰ Article 55 LTC de 1998.

⁴⁶¹ *Ibidem*, article 54 : « **(Procedencia)** La demanda abstracta de inconstitucionalidad procederá contra toda ley, decreto o cualquier género de resolución no judicial, contraria a la Constitución Política del Estado como acción no vinculada a un caso concreto. »

⁴⁶² Voir *Sentencia Constitucional 0031/2006, supra*, §I.1(e).

⁴⁶³ La Constitution en vigueur était celle de 1967. Bien qu'elle ait été reformée plusieurs fois, les deux articles invoqués lors du recours d'inconstitutionnalité contre la Convention de Washington et les TBI étaient inchangés et en vigueur donc lors de la signature et de la ratification de la Convention de Washington et des TBI.

⁴⁶⁴ Article 25 LOJ : « La jurisdicción es la potestad que tiene el Estado de administrar justicia por medio de los órganos del Poder Judicial, de acuerdo con la Constitución Política del Estado y las leyes. Es de orden público, no delegable y sólo emana de la ley. » *Ley n°1455, Ley de Organización Judicial*, 18 février 1993.

investisseurs étrangers d'échapper à la juridiction nationale, remettant ainsi en question la suprématie de la Constitution⁴⁶⁵.

En outre, Magne Hinojosa alléguait que sous le régime juridique de la Convention de Washington, la Bolivie était jugée avec mépris et sa souveraineté violée. Les tribunaux CIRDI n'étaient que des tribunaux privés dont l'impartialité était fortement contestable car les arbitres pouvaient agir à la fois comme juges d'une affaire et conseillers dans une autre. De plus, les arbitrages n'étaient pas publics, la législation nationale n'était pas forcément appliquée à la résolution du conflit, les décisions des tribunaux ne pouvaient être contestées et, quant à leur nullité, c'était le CIRDI lui-même qui approuvait ou refusait la demande⁴⁶⁶.

Comme l'ordonnait l'article 57(I) LTC, la demande d'inconstitutionnalité fut notifiée au représentant de l'organe qui était à l'origine des normes contestées, à savoir le Président du Congrès national, Alvaro García Linera. Dans sa réponse, celui-ci admit qu'il y avait un doute raisonnable quant à la constitutionnalité des normes soumettant l'État à la juridiction d'autorités non boliviennes pour résoudre des conflits avec les investisseurs étrangers. L'article 135 CN contenait en effet trois règles fondamentales : 1) toutes les entreprises sur le territoire étaient nationales, 2) elles étaient toutes soumises aux lois nationales, et 3) dans tous les cas, elles étaient soumises aux autorités boliviennes, y compris pour la résolution de conflits surgis de leurs relations avec des tiers ou avec l'État⁴⁶⁷. Or, le Président du Congrès ne défendit pas la constitutionnalité des normes réfutées ni ne se prononça contre une éventuelle déclaration d'inconstitutionnalité du Tribunal, le doute étant raisonnable.

Le Tribunal Constitutionnel bolivien, après avoir rappelé la portée du contrôle constitutionnel⁴⁶⁸, signala que celui-ci englobait les domaines suivants : a) la vérification de la compatibilité ou de l'incompatibilité des dispositions légales contestées avec les normes de la Constitution, b) l'interprétation des normes constitutionnelles et des dispositions soumises au contrôle conformément à la Constitution, c) le développement d'un avis circonstancié destiné à déterminer si une norme est ou non conforme aux

⁴⁶⁵ Voir *Sentencia Constitucional 0031/2006, supra*, §I.1(d)

⁴⁶⁶ *Ibidem*, §I.1(b).

⁴⁶⁷ *Ibidem*, §I.3.(b).

⁴⁶⁸ Le Tribunal fit référence à la *sentence 0051/2005 du 18 août 2005, aff. 2005-11149-23-RDI*, §III.2.

dispositions constitutionnelles en précisant au préalable la signification de ladite norme, et d) la décision de maintenir les normes de la disposition légale soumise au contrôle⁴⁶⁹. Le Tribunal conclut que le contrôle de la constitutionnalité ne comprenait pas l'évaluation des objectifs, de la pertinence ou des avantages que les normes soumises au contrôle pouvaient entraîner, sa fonction consistant à contrôler de façon objective la constitutionnalité des normes contestées⁴⁷⁰.

Le contrôle constitutionnel de référence se limitait donc à analyser les lois d'approbation mentionnées dans la demande sans examiner le contenu de la Convention ou des traités approuvés par ces lois. Ainsi, pour le Tribunal constitutionnel les lois contestées étaient conformes à la Constitution, car elles se limitaient à ratifier des instruments internationaux. Cela ne pouvait être contraire aux dispositions constitutionnelles invoquées⁴⁷¹.

En outre, pour le Tribunal constitutionnel, l'existence d'un contrôle préventif des instruments internationaux dans le cadre juridique bolivien empêchait un contrôle correctif⁴⁷². Pourtant, le premier de ces contrôles n'avait pas été effectué lors de l'approbation de la Convention de Washington. En Bolivie, le Tribunal constitutionnel naquit lors de la réforme constitutionnelle de 1994 mais sa loi réglementaire fut promulguée en 1998, après la ratification de la Convention CIRDI le 23 juin 1995. De plus, le contrôle *a priori* n'était ni automatique ni obligatoire ; le Président du Congrès national pouvait demander une consultation au Tribunal constitutionnel lorsqu'il existait un doute fondé sur la constitutionnalité d'un instrument international⁴⁷³.

⁴⁶⁹ « En ese orden, cabe señalar que el control de constitucionalidad abarca los siguientes ámbitos: a) la verificación de la compatibilidad o incompatibilidad de las disposiciones legales impugnadas con las normas de la Constitución Política del Estado, lo que incluye el sistema de valores supremos, principios fundamentales, así como los derechos fundamentales consagrados en dicha Ley Fundamental; b) la interpretación de las normas constitucionales así como de la disposición legal sometida al control desde y conforme a la Constitución Política del Estado; c) el desarrollo de un juicio relacional para determinar si una norma legal es o no conforme con las normas constitucionales; determinando previamente el significado de la norma legal por vía de interpretación; y d) la determinación de mantener las normas de la disposición legal sometida al control. » Sentencia Constitucional 0031/2006, *supra*, §III.1.

⁴⁷⁰ *Ibidem*. Voir aussi José Antonio RIVERA SANTIVAÑEZ. Recurso de inconstitucionalidad en Bolivia. In: Juan VEGA GÓMEZ et Edgar CORZO. *Instrumentos de tutela y justicia constitucional. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. México, D.F.: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, p. 583-603.

⁴⁷¹ Sentencia Constitucional 0031/2006, *supra*, §III.4.

⁴⁷² Articles 113 à 115 LTC.

⁴⁷³ *Ibidem*, article 113 : « **(De la consulta)** Cuando en los tratados o convenios internacionales exista duda fundada sobre la constitucionalidad de los mismos, el Presidente del Congreso Nacional, con resolución camarál expresa, deberá enviar el mismo en consulta al Tribunal Constitucional antes de su ratificación. »

Néanmoins, pour le Tribunal Constitutionnel le manque d'un contrôle constitutionnel préventif ne justifiait pas un contrôle répressif ; il conclut que la LTC adoptait une configuration fondée sur le principe *pacta sunt servanda* et l'article 27 de la Convention de Vienne par lequel « une partie ne peut invoquer les dispositions de son droit interne pour justifier la non-exécution d'un traité ». Une fois qu'un instrument international entrerait en vigueur et qu'il était complètement intégré au système juridique national, son contrôle constitutionnel *a posteriori* était inconcevable. En effet, déclarer l'inconstitutionnalité d'un instrument international serait contraire à l'obligation de l'État d'honorer ses engagements internationaux, signifierait ne pas respecter le principe de *pacta sunt servanda* ni celui de bonne foi et, finalement, s'opposerait à l'irrecevabilité légale d'invoquer des dispositions de droit national pour justifier la violation ou la non-exécution des accords internationaux. L'action du Tribunal Constitutionnel se limitait au contrôle préventif de la constitutionnalité des traités internationaux⁴⁷⁴. Les éventuels inconvénients ou difficultés politiques, stratégiques, juridiques ou de tout autre genre dérivés d'un instrument international devaient être vérifiés par les organes compétents afin d'initier le processus de dénonciation⁴⁷⁵. Le Tribunal constitutionnel bolivien montrait ainsi sa volonté de ne pas devenir un instrument utilisé contre le respect des engagements internationaux de l'État.

Section 2. Le contrôle concret de la constitutionnalité des traités internationaux.

À part le contrôle constitutionnel abstrait des traités internationaux – qui peut être plus ou moins limité selon chaque système juridique –, l'analyse de la constitutionnalité des traités peut être demandée dans le cadre de cas concrets, soit au cours d'un procès où on essaie d'appliquer une disposition internationale supposément inconstitutionnelle (§1), soit lors de l'exécution de sentences arbitrales internationales contraires à la norme suprême (§2).

§1. Le contrôle de la constitutionnalité des traités internationaux dans le cadre de cas concrets.

Contrairement aux systèmes de justice constitutionnelle qui admettent le contrôle abstrait des instruments internationaux – ce que n'exclut pas le contrôle concret –, au

⁴⁷⁴ *Sentence 0031/2006, supra*, §III.2.

⁴⁷⁵ *Ibidem*.

Honduras, au Paraguay, en Uruguay, en Colombie, au Chili et en Argentine la constitutionnalité des traités internationaux ne peut être contestée qu'en relation avec des affaires concrètes. À l'opposé des effets *erga omnes* des résolutions du contrôle constitutionnel abstrait, ceux des résolutions de l'organe de contrôle constitutionnel lors d'un contrôle concret sont exclusivement *inter partes*.

Cette thèse n'analysera pas tous les systèmes de contrôle constitutionnel concret en Amérique latine, mais s'intéressera concrètement à deux d'entre eux : celui du Chili qui a tenté d'exclure les traités internationaux de ce genre de contrôle (A) et celui de l'Argentine où la constitutionnalité de la Convention de Washington et des TBIs pourrait être contestée à partir de différentes hypothèses (B).

A. Le contrôle concret des traités internationaux en Chili.

Au Chili, la réforme constitutionnelle de 2005 supposa un changement dans la façon de comprendre le droit international et son application dans l'ordre juridique interne. L'article 54(1) de la Constitution édicte que les dispositions d'un traité international peuvent être dérogées, modifiées ou suspendues selon ce que prévoient les traités eux-mêmes ou les normes générales du droit international⁴⁷⁶. Cela empêche de suspendre ou de laisser sans effets des dispositions internationales au moyen d'une sentence du Tribunal Constitutionnel⁴⁷⁷. En outre, selon cet article, seul le Président peut dénoncer un traité dont les incidences sur l'ordre juridique national cessent une fois que la dénonciation du traité ait produit ses effets conformément au traité lui-même. Le texte de l'article en question reflète la volonté de l'État chilien d'honorer ses engagements internationaux, notamment en respectant les articles 26 et 27 de la Convention de Vienne concernant le principe *pacta sunt servanda* et l'interdiction d'invoquer le droit interne pour justifier la non-exécution d'un traité.

Quant au Tribunal Constitutionnel, l'article 93(1) CN lui octroie le pouvoir d'exercer – en plus du contrôle *a priori* facultatif⁴⁷⁸ – le contrôle préventif obligatoire des

⁴⁷⁶ Article 54(1) CN. « *Las disposiciones de un tratado sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo a las normas generales de derecho internacional* ».

⁴⁷⁷ Humberto NOGUEIRA ALCALÁ. Reforma constitucional de 2005 y control de constitucionalidad de tratados internacionales. *Estudios constitucionales*, 2007, vol. 5, n°1, p. 63.

⁴⁷⁸ Régulé par l'article 93(3) CN qui reprend le contenu de l'ancien article 82(2) de la Constitution de 1980. Le Président de la République, l'une des Chambres ou un quart de leurs membres en exercice sont

traités internationaux portant sur des questions propres aux lois organiques constitutionnelles. Cette disposition, interprétée conjointement avec l'article 54 CN, rend impossible le contrôle répressif de la constitutionnalité des traités internationaux⁴⁷⁹.

Le Tribunal Constitutionnel fut confronté à cette question dans le cadre d'un projet de loi qui modifiait sa loi organique. L'article 47B de ce projet déclarait qu'en conformité avec l'article 54(1) de la Constitution nationale, le recours d'inapplicabilité n'était pas recevable contre les dispositions des traités internationaux ratifiés par l'État et donc en vigueur⁴⁸⁰. De plus, l'article 47G(4) prévoyait comme l'une des causes d'inadmissibilité de l'inapplicabilité, le fait qu'une requête fût présentée contre les dispositions d'un traité international en vigueur⁴⁸¹. Ces deux articles supprimaient parmi les attributions du Tribunal Constitutionnel celle d'effectuer un contrôle répressif de la constitutionnalité des traités internationaux.

À ce sujet, le Tribunal Constitutionnel conclut que l'article 93(6) CN concernant sa faculté de déclarer l'inapplicabilité d'un « précepte légal », englobait bien les traités internationaux. Selon lui, l'article 54 empêchait l'État de déroger, de manière générale, aux dispositions d'un traité au moyen d'une loi car un traité était un accord entre deux États et en cela différait d'une loi qui reflétait la souveraineté d'un seul État⁴⁸². Une déclaration d'inconstitutionnalité d'une disposition d'un traité international par le Tribunal Constitutionnel se heurtait aussi bien au droit international qu'aux dispositions constitutionnelles octroyant au Président la faculté exclusive de conduire les relations internationales ainsi que la négociation, la conclusion, la ratification et la dénonciation des instruments internationaux. Nonobstant, pour le Tribunal, la demande d'inapplicabilité d'un précepte légal devait se distinguer de la déclaration générale d'inconstitutionnalité⁴⁸³. La décision du Tribunal Constitutionnel concernant l'inapplicabilité d'une disposition d'un traité international n'entraînait pas son

habilités pour demander l'analyse du Tribunal constitutionnel lors de la procédure d'approbation d'un traité international. Voir aussi l'article 61 et al. de la *Ley orgánica constitucional del Tribunal Constitucional* du 10 août 2010.

⁴⁷⁹ Humberto NOGUEIRA ALCALÁ. Reforma constitucional de 2005 y control de constitucionalidad de tratados internacionales, *op. cit.*, p. 69-70.

⁴⁸⁰ Voir *Proyecto que modifica la Ley N°17.997 Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional*. In TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE CHILE. *Sentence du 25 août 2009, aff. 1288-08, §II(57)*.

⁴⁸¹ *Ibidem*.

⁴⁸² *Ibidem*, considérant no. 55.

⁴⁸³ *Ibidem*, considérant no. 57.

abrogation mais affectait un seul cas concret pour lequel le juge ne pouvait appliquer la disposition internationale contestée⁴⁸⁴.

Pour le Tribunal Constitutionnel, l'esprit de la réforme de 2005 était de concentrer le contrôle de la constitutionnalité des préceptes infra constitutionnels – y compris les dispositions des traités internationaux – au Tribunal par l'introduction de deux types de contrôle : *ex ante* et *ex post*, ce dernier aux effets limités à un cas concret⁴⁸⁵. Par conséquent, l'article 47B et la phrase « concernant des dispositions d'un traité international en vigueur » de l'article 47G furent déclarés contraires à la Constitution⁴⁸⁶. Le Tribunal Constitutionnel chilien est donc compétent pour déclarer l'inapplicabilité de dispositions de la Convention de Washington et des TPPIs dans le cadre de cas concrets.

Le projet de loi analysé par le Tribunal et la décision au sujet de sa constitutionnalité furent l'objet d'opinions contradictoires⁴⁸⁷. D'une part, les articles 47B et 47G du projet avaient été approuvés par l'organe législatif après qu'il eut entendu les différents avis pour et contre la limitation expresse des attributions de l'organe de contrôle constitutionnel⁴⁸⁸ ; d'autre part, au sein du Tribunal Constitutionnel, trois

⁴⁸⁴ *Ibidem*, considérant no. 55.

⁴⁸⁵ *Ibidem*, considérant no. 56.

⁴⁸⁶ *Ibidem*, §“*Decisión del Tribunal*”, I(3).

⁴⁸⁷ Voir *ibidem*, « Voto disidente del presidente del tribunal, ministro señor Juan Colombo Campbell, y de los ministros señor José Luis Cea Egaña y señora Marisol Peña Torres en relación con los artículos 47 b y 47 g, inciso primero, n°4°, referido a la frase “o respecto de disposiciones de un tratado internacional vigente” ». Claudio TRONCOSO REPETTO. Control de constitucionalidad de los tratados. Análisis y comentarios del fallo del Tribunal Constitucional de 25 de agosto de 2009. *Anuario de derechos humanos*, 2010, n°6, p. 149-157.

Voir aussi les débats concernant le projet de loi qui modifiait la Loi du Tribunal Constitutionnel dans : COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN, LEGISLACIÓN, JUSTICIA Y REGLAMENTO. *Primer informe complementario recaído en el proyecto de ley que modifica la ley N°17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional*, 7 avril 2006, p. 11-13. COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN, LEGISLACIÓN, JUSTICIA Y REGLAMENTO. *Segundo informe recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que modifica la ley N°17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional*, 15 janvier 2007, p. 68-80. Voir aussi les opinions contre le contrôle *a posteriori*, antérieures à la sentence : Humberto NOGUEIRA ALCALÁ. Reforma constitucional de 2005 y control de constitucionalidad de tratados internacionales, *op. cit.*, p. 59-88. Humberto NOGUEIRA ALCALÁ. Los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico chileno, *op. cit.*, p. 9-62. Teodoro RIBERA NEUMANN. Los tratados internacionales y su control a posteriori por el Tribunal Constitucional. *Estudios Constitucionales*, 2007, vol. 5, n°1, p. 89-118. Miriam Lorena HENRÍQUEZ VIÑAS. Improcedencia del control represivo de constitucionalidad de tratados internacionales. *Estudios Constitucionales*, 2007, vol. 5, n°1, p. 119-126.

⁴⁸⁸ Voir COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN, LEGISLACIÓN, JUSTICIA Y REGLAMENTO. *Primer informe complementario recaído en el proyecto de ley que modifica la ley N°17.997, op. cit.*, p. 11-13. Et COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN, LEGISLACIÓN, JUSTICIA Y REGLAMENTO. *Segundo informe recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que modifica la ley N°17.997, op. cit.*, p. 68-80.

ministres manifestèrent leur opposition à la sentence qui avait été rendue à la majorité⁴⁸⁹.

La déclaration d'inapplicabilité des dispositions d'un traité implique en effet le non-respect par l'État de ses obligations internationales. Qu'une résolution d'inapplicabilité ne produise pas des effets *erga omnes* ne signifie pas que l'acte d'inapplication de l'instrument international ne soit pas contraire au droit international ; il s'agit finalement d'une décision unilatérale qui refuse l'accomplissement d'une ou de plusieurs dispositions internationales.

B. Le contrôle constitutionnel concret de la Convention de Washington et des TBIs en Argentine.

En Argentine, le contrôle concret de la constitutionnalité présente les caractéristiques suivantes : a) il est difus, b) il se limite à l'analyse d'un cas concret, c) l'action doit être exercée par une personne, le contrôle ne s'opérant pas *ex officio*⁴⁹⁰, d) le requérant doit être le titulaire d'un droit violé ou avoir un intérêt légitime, e) la voie d'action est indirecte, f) les effets de la résolution sont *intra partes*, et g) le recours est fondé sur la présomption de constitutionnalité de tous les actes étatiques⁴⁹¹. Les juges sont donc tenus de présumer que les normes soumises au contrôle constitutionnel sont en principe valides jusqu'à ce que le contraire soit prouvé. En outre, les tribunaux argentins doivent s'efforcer d'interpréter les dispositions contestées de façon à ce qu'ils puissent déclarer la constitutionnalité des normes en question, la déclaration d'inconstitutionnalité étant la dernière des possibilités.

Le cadre juridique de protection de la Constitution argentine ne prévoit pas l'exercice d'une action abstraite directe en inconstitutionnalité. La constitutionnalité des

⁴⁸⁹ Voir « Voto disidente del presidente del tribunal, ministro señor Juan Colombo Campbell, y de los ministros señor José Luis Cea Egaña y señora Marisol Peña Torres en relación con los artículos 47 b y 47 g, inciso primero, n° 4°, referido a la frase “o respecto de disposiciones de un tratado internacional vigente” », *op. cit.*

⁴⁹⁰ La Cour Suprême de l'Argentine, dans ses résolutions, a admis le contrôle constitutionnel *ex officio* dans certains cas. Voir Gustavo A. SZARANGOWICZ et Sebastián D. TOLEDO. Sobre la jurisdicción constitucional en Argentina. In: Eduardo FERRER MAC-GREGOR et Arturo ZALDÍVAR (dir.). *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix Zambudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*. Tome III: Jurisdicción y control constitucional. México : UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008, p. 620-623.

⁴⁹¹ *Ibidem*, p. 604. Juan Carlos HITTERS. La jurisdicción constitucional en Argentina. In : Domingo GARCÍA BELAUNDE et Francisco FERNANDEZ SEGADO, *op. cit.*, p. 292-295.

instruments internationaux n'est mise en cause que lorsqu'ils s'appliquent à un cas concret, par l'action d'une des parties considérant ses droits violés par le traité ou détenant un intérêt légitime. En aucun cas la résolution d'inconstitutionnalité n'aura des effets *erga omnes*, le traité international restant donc en vigueur.

La juriste argentine Liliana Costante propose donc deux solutions pour empêcher l'application de la Convention de Washington. Premièrement, il s'agirait de contester grâce à une action judiciaire de nullité la clause de juridiction CIRDI contenue dans un TBI. Cette action de nullité débiterait dans le cadre d'un cas concret contre l'investisseur qui présenterait une requête devant le CIRDI et serait accompagnée d'une mesure préventive de suspension de la clause considérée inconstitutionnelle⁴⁹². En second lieu, l'inapplication de la Convention de Washington pourrait être affirmée par la promulgation d'une loi déclarative de la nullité des clauses de juridiction qui renvoient au CIRDI ou à d'autres tribunaux arbitraux ou judiciaires étrangers, dans des domaines dans lesquels le droit public est mis en question⁴⁹³.

Les arguments contre la juridiction arbitrale internationale en matière d'investissement sont souvent disproportionnés et imprégnés d'un fort sentiment nationaliste. Liliana Costante assure que l'Argentine devint la risée de toute l'Amérique latine lorsqu'elle signa les traités relatifs à la protection des investissements, traités qu'elle considéra humiliants. Ces instruments internationaux transformèrent la Cour Suprême argentine en « une espèce de pauvre tribunal municipal qui était dans l'incapacité d'intervenir dans les conflits les plus importants pour le pays »⁴⁹⁴. De même, Eduardo Barcesat estime que la renonciation d'un État à sa juridiction, élément fondamental de sa souveraineté, « n'est pas moins infamant que la perte d'une partie de son territoire national ou son assujettissement à la domination coloniale »⁴⁹⁵.

Bien que l'Argentine ait été le pays de la région qui signa le plus grand nombre de TBIs, les autres pays latino-américains ont suivi le même processus d'ouverture et se sont montrés en général favorables aux TBIs : difficile donc de penser que l'Amérique

⁴⁹² Liliana B. COSTANTE. Soberanía nacional vs CIADI : ¿Estados o mercados? *Revista Derecho Público*, 2012, n°2, p. 102-103.

⁴⁹³ *Ibidem*, p. 103.

⁴⁹⁴ *Ibidem*, p. 95. Traduction de l'auteure.

⁴⁹⁵ Eduardo S. BARCESAT. Ruptura de la dependencia de los TBIs y el CIADI. *Revista Derecho Público*, 2012, n°3, p. 16.

latine se moquait d'un processus auquel participait la quasi-totalité des pays. De même, la notion de souveraineté défendue par Barcesat est extrêmement datée, car il reprend pratiquement les arguments des représentants latino-américains qui discutaient le texte de la Convention de Washington dans les années soixante.

Certains juristes argentins s'opposent donc à la juridiction du CIRDI mais aussi à celle de tout tribunal international qui ne serait pas autorisée, selon eux, dans les termes de la Constitution nationale de 1994 qui entra en vigueur après la signature de la Convention de Washington et de certains TBIs. Ainsi, l'inconstitutionnalité de ces instruments internationaux peut provenir autant des dispositions matérielles – notamment des clauses de juridiction contenues dans les TBIs qui reconnaissent la compétence des tribunaux arbitraux – que de la procédure formelle de leur approbation.

Concernant l'inconstitutionnalité des clauses de juridiction contenues dans les TBIs, la cession de la juridiction de l'État n'est admise pour deux raisons. En premier lieu, en raison de la nature des conflits l'État jouit d'une juridiction exclusive. Ainsi, lorsque ces conflits portent sur des actes ou des contrats de droit public, actes *iure imperii*, ils sont soumis à la juridiction nationale car la soumission de l'État à une autre juridiction serait contraire à l'article 116 de la Constitution⁴⁹⁶. Celui-ci proclame la juridiction exclusive des tribunaux nationaux sur les affaires qui concernent *inter alia* des aspects régulés par la Constitution, les traités internationaux et les lois nationales, les différends dans lesquels la Nation est une des parties du conflit et dans les cas qui se présentent contre un État ou un citoyen étranger⁴⁹⁷.

Ensuite, pour les critiques du système d'arbitrage CIRDI, la cession de compétences ou de juridiction à des organismes internationaux est interdite sauf dans

⁴⁹⁶ Voir Liliana COSTANTE, *op. cit.*, p. 94-95. Arístides H. CORTI. Acerca de la nulidad absoluta de los laudos arbitrales del CIADI y vías procesales para su impugnación. *Revista Derecho Público*, 2012, n°3, p. 28-29.

⁴⁹⁷ « Artículo 116.- Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación, con la reserva hecha en el inciso 12 del Artículo 75; y por los tratados con las naciones extranjeras; de las causas concernientes a embajadores, ministros públicos y cónsules extranjeros; de las causas de almirantazgo y jurisdicción marítima; de los asuntos en que la Nación sea parte; de las causas que se susciten entre dos o más provincias; entre una provincia y los vecinos de otra; entre los vecinos de diferentes provincias; y entre una provincia o sus vecinos, contra un Estado o ciudadano extranjero. »

deux cas : les traités d'intégration et les traités relatifs aux droits de l'homme⁴⁹⁸. En effet, l'article constitutionnel 75(24) qui énumère les attributions du Congrès lui octroie la faculté d'approuver des traités d'intégration qui délèguent compétences et juridiction à des organisations supra-étatiques de manière réciproque et égalitaire, en respectant l'ordre démocratique et les droits humains. La Convention de Washington et les TPPIs seraient donc contraires à la Constitution argentine de 1994, parce qu'ils accordent juridiction à des tribunaux internationaux sans qu'il soit question de traités d'intégration ou de droits de l'homme.

En outre, même en acceptant la qualification des TBIs et de la Convention de Washington dans les termes de l'article 75(24) de la Constitution et donc la validité des clauses de juridiction et des compétences du CIRDI, reste à son encontre l'argument de l'inconstitutionnalité dérivée du processus d'adoption de la Convention et des TBIs. Les instruments internationaux de référence étant régulés par l'article 75(24) de la Constitution, ils requièrent pour être approuvés le respect d'une procédure spéciale : lorsque les traités d'intégration sont signés avec des États qui ne font pas partie de l'Amérique latine, leur approbation est conditionnée à une procédure de double vote. Tout d'abord, la majorité absolue des membres présents de chaque Chambre doit déclarer que le processus de l'approbation du traité est viable pour qu'après cent-vingt jours le traité soit approuvé par la majorité absolue de la totalité des membres de chaque Chambre. Cette procédure n'a pas été suivie lors de l'approbation de la Convention de Washington ni des TBIs conclus après la promulgation de la Constitution de 1994⁴⁹⁹.

La Convention de Washington fut en effet approuvée par la Loi 24.353, promulguée le 22 août 1994, soit deux jours avant l'entrée en vigueur de la Constitution argentine. Pourtant, la Constitution était déjà en vigueur lors de la publication de la Loi 24.353 au journal officiel et lors de la ratification et de l'entrée en vigueur de la

⁴⁹⁸ Voir Liliana COSTANTE, *op. cit.*, p. 85, 87-88. Aristides H. CORTI, *op. cit.*, p. 28-29. Christian G. SOMMER. Implicancias de los tratados sobre inversión extranjera y los laudos arbitrales del CIADI en el sistema constitucional argentino. Una necesaria "interfaz" entre inversión extranjera y derechos humanos. *Ars boni et aequi*, 2013, n°1, p. 33,38. Javier PEROTTI. Consideraciones del caso argentino ante la jurisdicción del CIADI [en ligne]. In: *Site du Centro Argentino de Estudios Internacionales*, publication du 19 mars 2006, p. 8. Disponible sur : <http://www.caei.com.ar/sites/default/files/08_2.pdf> (consulté le 31 juillet 2014).

⁴⁹⁹ Christian G. SOMMER, *op. cit.*, p. 33.

Convention⁵⁰⁰. D'après certains juristes argentins⁵⁰¹, comme la Loi 24.353 n'était pas encore publiée à la date d'entrée en vigueur de la nouvelle Constitution, l'approbation de la Convention n'était pas finalement consommée et donc, elle aurait dû être soumise à la procédure que prévoit l'article 75(24) pour approuver des traités qui cèdent des compétences à des organes supranationaux. La cession de souveraineté au CIRDI était donc valide au moment de l'approbation et de la promulgation de la Loi 24.353, mais lors de son entrée en vigueur, le 2 septembre 1994, cette Loi ne suffisait plus pour accorder juridiction au Centre, car il était indispensable d'approuver une autre loi conformément aux dispositions de l'article 75(24) de la nouvelle Constitution⁵⁰².

Finalement, la Convention de Washington et les TPPIs, classifiés ou non comme traités d'intégration, sont considérés des instruments contraires à la Constitution nationale. Si ces instruments internationaux sont qualifiés comme traités d'intégration, leur inconstitutionnalité formelle dérive du manquement à la procédure spéciale nécessaire pour leur approbation. En revanche, s'ils n'entrent pas dans les termes de l'article 75(24) et ne nécessitent donc pas une procédure spéciale d'approbation, leur inconstitutionnalité provient du fait que les traités d'intégration et de droits de l'homme sont les seuls instruments par lesquels l'État argentin peut céder des compétences à des entités supranationales.

Cependant, la qualification de la Convention de Washington et des TPPIs comme des traités d'intégration et une interprétation restrictive de la Constitution de 1994 est insoutenable. L'article 75(24) ne peut pas être considéré comme comportant la seule exception à la cession de juridiction par l'État. Admettre cela équivaldrait à accepter que l'État soit le seul juge de ses propres actions, sa responsabilité internationale étant limitée au respect des droits de l'homme et à des engagements propres à l'intégration régionale.

La rédaction de l'article 75(24) répond en effet au processus d'intégration régionale qui nécessite de la cession de la souveraineté étatique pour la constitution

⁵⁰⁰ La ratification de la Convention de Washington eut lieu le 19 octobre 1994 et elle entra en vigueur le 18 novembre 1994.

⁵⁰¹ Christian G. SOMMER, *op. cit.*, p. 34. Javier PEROTTI, *op. cit.*, p. 6-7. Carlos E. ALFARO et Pedro LORENTI. Argentina vs. ICSID: Unconstitutionality of the BITs and ICSID jurisdiction - the potential new Government defenses against the enforcement of ICSID arbitral. Issues that may subject the award to the revision of the judiciary. *Transnational Dispute Management*, 2005, vol. 2, n°3, p. 4-5.

⁵⁰² Javier PEROTTI, *op. cit.*, p. 7.

d'organes régionaux dotés de compétences susceptibles d'altérer l'ordre juridique interne et la liberté décisionnelle de l'État qui accepte de se soumettre à des décisions prises par un organe externe. L'article 75(24) impose une procédure spéciale pour l'approbation de ces traités d'intégration précisément en raison des conséquences que ce genre de traités peut avoir sur la souveraineté étatique. Les compétences des entités régionales vont d'une résolution concernant un cas concret jusqu'à la promulgation de normes générales qui seront appliquées sur le territoire des pays intégrés. En revanche, les tribunaux arbitraux sont toujours limités à l'analyse d'affaires concrètes, leur constitution est transitoire et ils ne dictent pas de normes générales. Ni la Convention de Washington ni les TBIs n'ayant la portée des traités d'intégration, leur approbation ne nécessitait pas une procédure spéciale.

La Constitution argentine de 1994 loin d'être une Constitution fermée à l'incorporation de dispositions internationales, intégrait dans l'ordre juridique interne un principe de respect du droit international⁵⁰³. En outre, elle accordait une hiérarchie constitutionnelle aux traités relatifs aux droits de l'homme et déclarait expressément la supériorité des autres traités sur les lois nationales⁵⁰⁴. Ainsi, la souveraineté de l'État argentin, à la lumière de sa propre Constitution, était relative et soumise au droit international⁵⁰⁵.

La réforme constitutionnelle de 1994 s'était donc faite dans un esprit d'ouverture et répondait à la nécessité d'avancer dans le processus d'intégration régionale. L'article 75(24) facilitait le transfert des compétences nationales⁵⁰⁶ à des entités supranationales évitant le blocage de l'intégration par un déficit de supranationalité⁵⁰⁷. En 1994, le Mercosur était en plein processus de consolidation⁵⁰⁸ et le contenu de l'article 75(24)

⁵⁰³ Même lorsque la Constitution ratifiait la souveraineté de l'État sur les Îles Malouines, elle réaffirmait que la récupération des territoires et l'exercice de la souveraineté devaient se conformer au droit international. Voir *Constitución Nacional de la República Argentina (1994)*, première disposition transitoire.

⁵⁰⁴ Article 75(22) CN.

⁵⁰⁵ Néstor Pedro SAGÜES. *Constituciones iberoamericanas: Argentina. Mexico* : UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, p. 115.

⁵⁰⁶ *Ibidem*.

⁵⁰⁷ Guy MAZET. Le caractère marginal du cadre juridique et institutionnel du Mercosur. In : Daniel VAN EEUWEN et Michel DUQUETTE (dir.). *Les nouveaux espaces de l'intégration : les Amériques et l'Union Européenne*. Paris: Éd. Karthala; Aix-en-Provence: CREALC ; Montréal (Québec) : Observatoire des Amériques-Centre Études internationales et mondialisation, 2005, p. 131.

⁵⁰⁸ Voir à propos du processus de création du Mercosur : Carlos Saul MENEM. *Integración americana*. San Isidro (Argentina) : Ceyne, 1991, p. 84-90. Mario RAPOPORT. Mercosur: la construction historique d'un espace régional. *Cahiers des Amériques latines*, 1998, n°27, p. 94. Ricardo SEITENFUS. Acquis et

montrait que l'Argentine voulait mener à bien une intégration qui ne serait pas freinée par sa Constitution ou par des débats autour de la souveraineté de l'État et de sa capacité à déléguer des compétences à des organes régionaux⁵⁰⁹. Contrairement à certaines opinions qui, aujourd'hui, considèrent cette disposition de la norme suprême comme « restrictive » de la volonté de l'État, elle représente tout le contraire : l'article reconnaît en effet la capacité de l'État d'accepter de se soumettre à la justice et aux principes internationaux.

Quant à la portée de l'article 116 CN, considéré comme le fondement de la juridiction exclusive des tribunaux fédéraux, elle est régulée par la législation nationale elle-même et la jurisprudence de la Cour Suprême de Justice (CSJN). Ainsi, selon les critères de la CSJN, la juridiction fédérale est limitée, elle est d'exception et susceptible d'être prorogée⁵¹⁰.

Finalement, la doctrine opposée au CIRDI, cherche seulement, dans un premier temps, que l'État puisse échapper aux clauses de juridiction contenues dans les TBIs, car, celles-ci étant inopérables, l'État ne serait pas soumis aux jugements des tribunaux arbitraux. Dans un second temps, les allégations ci-dessus exposées visent à l'inaccomplissement des sentences arbitrales condamnatoires rendues par les tribunaux CIRDI. En aucun cas, les juristes cités n'ont suggéré la dénonciation ou la renégociation des traités internationaux concernés parce que, bien évidemment, cela n'aurait des effets que bien plus tard.

Les actions en nullité proposées ne visent donc pas – au moins directement – à abroger la Convention de Washington, mais à invalider les clauses qui accordent juridiction au CIRDI, s'agissant donc d'un recours préalable au déroulement de la

dilemmes du Mercosur. *Cahiers des Amériques latines*, 1998, n°27, p. 102-104. BANQUE SUDAMÉRIS. *Le Mercosur : situation actuelle et perspectives*. Paris : Banque Sudaméris, 1997, p. 6-7.

⁵⁰⁹ Le président argentin Carlos Menem signa en 1990 l'Acte de Buenos Aires qui permettait la ratification des accords du programme d'intégration et de coopération avec le Brésil (Picab), le délai pour l'élaboration d'un espace commun étant fixé à quatre ans. Ainsi, le traité d'Assomption qui étendait l'initiative d'intégration à l'Uruguay et au Paraguay, fixa la date de mise en place du Mercosur au 31 décembre 1994. Le Paraguay avait aussi réformé en 1992 sa Constitution dont l'article 145 admettait l'existence d'un ordre juridique supranational garant des droits humains, de la paix, de la justice, de la coopération et du développement dans les domaines politique, économique, social et culturel. La volonté de l'Argentine et du Paraguay de constituer des organismes supranationaux contrastait avec la position du Brésil qui ne semblait pas souhaiter une évolution du Mercosur vers une forme de supranationalité et, même s'il l'avait voulu, sa Constitution – comme celle de l'Uruguay – lui permettait de négocier uniquement des accords de coopération. Ricardo SEITENFUS, *op. cit.*, p. 106.

⁵¹⁰ Néstor Pedro SAGÜES, *op. cit.*, p. 160.

procédure arbitrale entraînant indirectement l'innapplicabilité de la Convention. Néanmoins, aucune de ces actions n'aurait des effets dans le cadre d'un arbitrage international. Les tribunaux CIRDI, étant juges de leur propre compétence, ne seraient pas contraints par un acte judiciaire ou législatif déclarant la nullité des clauses de juridiction. En outre, la nullité supposerait la modification unilatérale des TBIs et donc un manquement aux engagements internationaux de l'État, la seule solution conforme au droit international étant la renégociation des TBIs ou leur dénonciation.

§2. Le contrôle constitutionnel des sentences arbitrales.

A. La reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales CIRDI.

Les sentences des tribunaux CIRDI sont obligatoires à l'égard des parties et ne peuvent être l'objet d'aucun recours, à l'exception de ceux prévus dans la Convention⁵¹¹ elle-même. L'article 53 de la Convention de Washington interdit à la partie que la résolution ne satisfait pas de recourir à d'autres tribunaux afin d'obtenir réparation⁵¹². Ainsi, les États membres doivent assurer l'exécution des sentences arbitrales comme s'il s'agissait du jugement définitif d'un tribunal fonctionnant sur son territoire⁵¹³. Un tribunal local ou toute autre autorité chargée d'exécuter une résolution CIRDI doit donc se limiter à accepter l'authenticité de la sentence, sans réexaminer la juridiction du tribunal arbitral, ni l'équité ou la rectitude des procédures arbitrales, ni le contenu de la résolution⁵¹⁴. Or, la possibilité de demander un contrôle constitutionnel judiciaire des sentences prononcées par les tribunaux arbitraux CIRDI est exclue.

Néanmoins, en Amérique latine les tribunaux nationaux sont souvent facultés, voire contraints, à sauvegarder les principes contenus dans la Constitution nationale et donc toute sentence qui serait contraire à cette dernière peut être contestée. En Bolivie, par exemple, la création du Tribunal Constitutionnel (TC) supposa la fin de la sentence définitive comme résolution absolue et immuable. Le TC a statué à plusieurs reprises

⁵¹¹ Article 53(1) de la Convention de Washington.

⁵¹² Christoph H. SCHREUER. *The Icsid Convention: a commentary*. 2^{ème} éd. New York: Cambridge University Press, 2009, p. 1105.

⁵¹³ Article 54(1) de la Convention de Washington.

⁵¹⁴ Christoph H. SCHREUER. *The Icsid Convention, op. cit.*, p. 1139.

que lorsqu'une résolution affecte le contenu essentiel d'un droit fondamental, son illégalité ne peut être justifiée par sa qualification comme chose jugée⁵¹⁵.

Toute sentence est donc susceptible d'être révisée lorsqu'elle comporte un défaut substantiel, factuel, organique ou de procédure d'une importance telle que l'on peut affirmer qu'elle se détourne manifestement de l'ordre juridique. Un défaut est « substantiel » lorsque la décision est fondée sur une norme clairement inapplicable au cas concret ; « factuel » lorsqu'il est évident que les preuves sur lesquelles le juge s'est appuyé pour appliquer une norme déterminée étaient impertinents ou insuffisants ; « organique » quand le fonctionnaire judiciaire était formellement incompétent pour résoudre le cas concret et, finalement, « de procédure » lorsque le juge s'est éloigné de la procédure déterminée par la loi pour résoudre l'affaire mise à son examen⁵¹⁶. Bien que l'analyse constitutionnelle d'une sentence définitive soit jugée « limitée » parce que les défauts mentionnés doivent être manifestes, la marge du contrôle du Tribunal Constitutionnel reste assez large. Pour le juriste bolivien Cayo Salinas, le contrôle constitutionnel des sentences arbitrales CIRDI ne comporte pas de violation à la Convention de Washington puisque celles-ci sont en effet assimilées aux sentences des tribunaux locaux et exécutées selon la législation nationale qui permet leur contrôle constitutionnel, en conformité avec l'article 54 de la Convention⁵¹⁷.

Avec des conditions plus ou moins strictes, en Amérique latine la constitutionnalité de toute résolution définitive peut être contestée. Au Pérou, la révision constitutionnelle est limitée aux violations de procédure, prévues à l'article 4 du *Código Procesal Constitucional* (CPC) péruvien. D'après le CPC, une procédure régulière comporte *inter alia* les droits de libre accès à l'organe juridictionnel, le droit d'apporter des preuves, de se défendre, le droit à une égalité substantielle lors du procès, à être jugé par la juridiction prédéterminée par la loi et ne pas être soumis à des procédures différentes de celles qui y sont prévues, le droit d'avoir une résolution fondée en droit et le droit à accéder à des moyens de recours régulés. Bien que la jurisprudence du

⁵¹⁵ Voir TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE BOLIVIA. *Sentence No. 111/99-R du 6 septembre 1999, aff. N°99-00143-01-RAC, Sentence No. 322/99-R du 12 novembre 1999, aff. N°99-00370-01-RAC, Sentence 504/01-R du 29 mai 2001, aff. 2001-02469-06-RAC.*

⁵¹⁶ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE BOLIVIA. *Sentence No. 1138/2004-R du 21 du juillet 2004, aff. 2004-09051-19-RAC.*

⁵¹⁷ Cayo SALINAS. Ejecución de laudos CIADI en Bolivia. *Revista Iberoamericana de Arbitraje y Mediación* [en ligne]. Disponible sur: <http://www.servilex.com.pe/info_arbitraje.php> (consulté le 31 juillet 2014).

Tribunal Constitutionnel ait admis que l'irrégularité constitutionnelle d'une résolution judiciaire peut résulter de la violation de n'importe quel droit fondamental – car non limitée aux hypothèses prévues par l'article 4CPC⁵¹⁸, comme en Bolivie, la violation constitutionnelle doit être manifeste. Ainsi, le recours constitutionnel contre des résolutions judiciaires ne peut être utilisé pour relancer une controverse déjà résolue par les organes judiciaires ordinaires ; il est limité à la contestation de résolutions judiciaires qui portent atteinte directement aux droits fondamentaux⁵¹⁹.

Le contrôle constitutionnel des sentences définitives n'est pas donc considéré comme un recours de « troisième instance » mais il s'agit bien d'une révision de sentences définitives ; selon la Salle Constitutionnelle du TSJ du Venezuela « [l]es décisions [contrôlées] doivent être protégées par le principe de double instance judiciaire »⁵²⁰. Ainsi, le contrôle constitutionnel des résolutions arbitrales ne contreviendrait pas à l'article 53(1) de la Convention de Washington : une fois épuisés les recours que prévoit la Convention de Washington pour contester des sentences arbitrales, ces dernières – assimilées aux sentences définitives nationales – seraient susceptibles d'être analysées par l'organe de contrôle constitutionnel.

Néanmoins, que la révision constitutionnelle d'une sentence définitive ne soit pas considérée comme un « recours » dans le cadre juridique interne ne signifie pas que cela sera le critère accepté par la Convention de Washington. Dans les termes de l'article 53 de cette dernière, le contrôle constitutionnel est en effet un « autre recours » et les sentences arbitrales ne pourront pas en faire l'objet, le mot « recours » ayant un sens large qui inclut toute révision de la résolution finale d'un tribunal CIRDI. Ainsi, toute déclaration d'inconstitutionnalité d'une sentence CIRDI empêchant son exécution, s'oppose à la Convention de Washington.

⁵¹⁸ « (...) es inadmisibile desde un punto de vista constitucional que se pueda sostener que una resolución judicial devenga de un proceso "irregular" sólo cuando afecte el derecho a la tutela procesal, y que tal "irregularidad" no acontezca cuando ésta afecta otros derechos fundamentales. A juicio del Tribunal, la irregularidad de una resolución judicial, con relevancia constitucional, se produce cada vez que ésta se expida con violación de cualquier derecho fundamental, y no sólo en relación con los contemplados en el artículo 4 del Código Procesal Constitucional. » TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE PERÚ. *Sentence du 18 février 2005*, aff. 3179-2004-AA/TC, §14(b). Ce critère fut retenu plus récemment dans la *Sentence du 22 mai 2013*, aff. 04004-2012-PA/TC, §3.

⁵¹⁹ Voir TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE PERÚ. *Sentence du 5 novembre 2009*, aff. 03939-2009-PA/TC, §3 ; *Sentence du 25 mars 2011*, aff. 03730-2010-PA/TC, §4 ; *Sentence du 13 décembre 2011*, aff. 03578-2011-PA/TC, §3 ; *Sentence du 15 octobre 2011*, aff. 03758-2011-PA/TC, §3 ; *Sentence du 18 octobre 2011*, aff. 03571-2011-PA/TC, §3 ; *Sentence du 3 novembre 2011*, aff. 03469-2011-PA/TC, §3 ; *Sentence du 7 juin 2011*, aff. 01053-2011-PA/TC, §3 ; *Sentence du 22 mai 2013*, aff. 04004-2012-PA/TC, §4.

⁵²⁰ SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA DE VENEZUELA. *Sentence 3132 du 15 décembre 2004*, aff. 04-2077.

Pourtant, la protection des dispositions constitutionnelles est une faculté – voire une obligation – de l'État qu'il n'est pas prêt à abandonner, car lui seul peut être le garant de l'ordre juridique établi par sa norme suprême. La Constitution nationale des États latino-américains est une représentation de leur souveraineté et, comme telle, ne peut être transgressée, même si l'État doit assumer les conséquences de sa responsabilité en tant que membre de la communauté internationale. L'arbitrage n'est pas perçu en effet comme un système indépendant du système judiciaire, mais il est incorporé aux normes constitutionnelles.

« L'arbitrage n'est plus une institution autonome avec ses propres principes et normes, mais une institution du droit constitutionnel régulée par des principes et des normes constitutionnels. L'arbitre devient donc un délégué de la fonction constitutionnelle d'administrer la justice et la sentence arbitrale, une garantie des valeurs constitutionnelles. [...] Cette vision fut imposée dans certaines juridictions latino-américaines par la mise en place de mécanismes de justice constitutionnelle. »⁵²¹

Pour l'Argentine, par exemple, le recours en inconstitutionnalité contre les sentences arbitrales CIRDI est considéré comme un moyen d'échapper à son exécution.

B. Le contrôle constitutionnel des sentences arbitrales CIRDI en Argentine.

La présidente argentine Cristina Fernandez de Kirchner, bien qu'elle manifestât sa volonté de satisfaire à cent pour cent les créanciers de l'État – dont ceux qui avaient engagé des procédures arbitrales devant le CIRDI –, demanda que lui soient accordées des conditions justes et surtout conformes à la Constitution nationale :

« L'Argentine, comme toujours, sera prête à dialoguer, mais vous devez aussi savoir qu'il faut le faire dans un cadre, et je suis la Présidente de la République argentine et j'ai prêté serment à la Constitution de la Nation pour faire respecter ses lois. »⁵²²

⁵²¹ Voir Alfredo DE JESUS O. La autonomía del arbitraje comercial internacional a la hora de la constitucionalización del arbitraje en América Latina, *op. cit.*, p. 40-41.

⁵²² Cristina FERNANDEZ DE KIRCHNER. *Mensaje en el acto del Día de la Bandera*. Rosario, 20 juin 2014.

La Constitution marque donc les limites de ce que l'État est en mesure d'accorder ou, dans le cas des sentences arbitrales, d'exécuter.

Le recours à la justice constitutionnelle argentine est effectué par voie indirecte. L'inconstitutionnalité de la Convention de Washington et des TBIs est susceptible d'être invoquée en relation avec une résolution arbitrale déterminée. L'article 54(1) de la Convention, sur la reconnaissance obligatoire des résolutions arbitrales, ajoute que l'exécution sera régie « par la législation concernant l'exécution des jugements en vigueur dans l'État sur le territoire duquel on cherche à y procéder »⁵²³. Ce dernier énoncé suscite une confusion quant à la procédure d'exécution à suivre pour les résolutions des tribunaux CIRDI. En Argentine, le *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación* (CPCCN) comprend trois sortes de procédures d'exécution selon l'autorité qui a édicté la résolution : un tribunal argentin, un tribunal judiciaire étranger ou un tribunal arbitral étranger⁵²⁴.

Ainsi, il faut se demander si l'exécution des résolutions des tribunaux CIRDI doit se conformer aux dispositions de l'article 519bis du CPCCN concernant les résolutions des tribunaux arbitraux étrangers. Cet article exige pour l'exécution de ce genre de sentences, la vérification, d'une part, de l'admissibilité de la cession de juridiction telle que l'autorisent les termes de l'article 1er CPCCN, et d'autre part, de l'arbitrabilité des matières qui sont l'objet du compromis selon l'article 737 CPCCN, et ce en plus du respect des conditions que l'article 517 impose pour exécuter les sentences des tribunaux étrangers en général⁵²⁵.

Pour les juristes Facundo Araujo et Carolina Torres, la dernière partie de l'article 54 de la Convention de Washington permet de placer l'exécution des résolutions des tribunaux CIRDI sous le régime juridique de l'article 519bis concernant les résolutions des tribunaux arbitraux étrangers. Selon ces juristes, les résolutions CIRDI ne peuvent

⁵²³ Article 54(3) de la Convention de Washington.

⁵²⁴ Voir *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, articles 499-519bis.

⁵²⁵ L'article 517 CPCCN établit que les sentences des tribunaux étrangers auront force exécutoire dans les termes des traités signés avec les autres pays. En l'absence d'un traité, l'article 517 exige pour l'exécution des sentences des tribunaux étrangers que soient remplies les conditions suivantes : 1) que la sentence émane d'un tribunal compétent selon les règles argentines de juridiction internationale, 2) que les droits à la défense aient été respectés, 3) que la sentence respecte les conditions du pays où elle a été dictée et les conditions d'authenticité exigées par la loi nationale, 4) que la sentence n'affecte pas les principes d'ordre public du droit argentin et 5) que la sentence ne soit pas incompatible avec une autre édictée précédemment par un tribunal argentin.

pas être exécutées pour deux raisons : la première, parce que l'article 517 exige que la sentence étrangère n'affecte pas les principes d'ordre public du droit argentin et, la seconde, parce que l'ordre public et la souveraineté sont exclus du champ de l'arbitrage conformément à l'article 737 CPCCN⁵²⁶. Ces raisonnements concernent les sentences arbitrales édictées dans le cadre des affaires nées de l'application des mesures législatives d'urgence suite à la crise économique argentine de 2001.

Quant à la procédure à suivre pour exécuter les résolutions arbitrales CIRDI, l'article 517 CPCCN peut en effet être appliqué. Cette disposition, la première du chapitre du CPCCN se rapportant aux résolutions étrangères, dispose que les sentences des tribunaux étrangers auront force exécutoire dans les termes des traités les concernant. Les conditions exigées dans l'article en question sont donc uniquement applicables aux sentences étrangères dont l'exécution n'est pas régulée par un traité international, les résolutions des tribunaux CIRDI n'étant pas concernées puisque la Convention de Washington comporte des dispositions expresses à propos de l'exécution des sentences.

Ainsi, les sentences des tribunaux CIRDI doivent être exécutées, d'après l'article 517 CPCCN, selon les dispositions de la Convention de Washington « comme s'il s'agissait du jugement définitif d'un tribunal fonctionnant sur le territoire dudit État »⁵²⁷. Son exécution est soumise au régime du CPCCN concernant les sentences des tribunaux argentins qui prévoit comme seules exceptions contre l'exécution d'une sentence définitive des tribunaux argentins les suivantes : 1) lorsque la résolution est fautive, 2) la prescription, 3) le paiement et 4) la remise, atermoiement ou rémission⁵²⁸. Les exceptions sont donc très limitées, car il n'incombe pas au tribunal d'analyser les questions de fond de la sentence.

Pour Arístides Corti, qu'une résolution arbitrale CIRDI soit considérée comme une sentence judiciaire nationale définitive est inacceptable. D'après lui, cette assimilation est conditionnée à la validité des résolutions ce qui n'est pas le cas des sentences des tribunaux CIRDI⁵²⁹. Ces dernières sont nulles du fait que l'article 53 de la

⁵²⁶ Facundo M. ARAUJO et María Carolina TORRES, *op. cit.*, p. 68-69.

⁵²⁷ Article 54(1) de la Convention de Washington.

⁵²⁸ Article 506 CPCCN.

⁵²⁹ Arístides H. CORTI, *op. cit.*, p. 28.

Convention de Washington interdit le contrôle interne de leur constitutionnalité, en s'opposant à l'article 27 de la Constitution nationale⁵³⁰ qui impose à l'État l'obligation de renforcer ses relations internationales au moyen de traités qui soient conformes aux principes de droit public établis dans la Constitution. Ainsi, la renonciation à l'appel ou à tout autre recours, prévue dans l'article 53 de la Convention de Washington, n'est pas acceptable. Les sentences arbitrales CIRDI étant susceptibles d'être contraires au droit public argentin, elles doivent pouvoir être révisées.

La Cour Suprême de l'Argentine s'exprima à ce sujet dans l'affaire *José Cartellone Construcciones Civiles S.A. vs Hidroeléctrica Norpatagónica S.A. o Hidronor S.A.*⁵³¹, laquelle concernait un contrat d'ouvrage public avec une clause arbitrale par laquelle les parties renonçaient au recours d'appel ; la sentence prononcée par le tribunal arbitral était définitive. À propos de la portée de la renonciation des parties au recours d'appel, la Cour statua qu'elle ne pouvait pas s'étendre à des hypothèses où la résolution était contraire à l'ordre public parce qu'« il n'[était] pas logique de prévoir, au moment de la formulation de la renonciation, que les arbitres adoptent une décision affectée de ce défaut »⁵³². Ce critère jurisprudentiel s'appuya sur une résolution de 1975 dans laquelle la Cour Suprême avait déclaré qu'une clause compromissoire ne pouvait pas servir à laisser une personne sans défense face aux abus d'un organe arbitral :

« [B]ien que l'appréciation des faits et l'application régulière du droit incombent à l'arbitre, elles n'excluent pas que l'inconstitutionnalité, l'illégalité ou le caractère déraisonnable de ses actions puissent être contestés. »⁵³³

D'autre part, pour Arístides Corti, les sentences des tribunaux arbitraux CIRDI sont aussi nulles du fait qu'une résolution arbitrale qui prétend s'exécuter comme sentence judiciaire définitive doit porter sur des contrats de droit privé et non sur des actes de droit public. Céder la juridiction étatique à un tribunal arbitral est

⁵³⁰ Christian G. SOMMER, *op. cit.*, p. 36 et Liliana B. COSTANTE, *op. cit.*, p. 99.

⁵³¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. *Sentence du 1^{er} juin 2004, aff. J.87.XXXVII.ROR*, José Cartellone Construcciones Civiles S.A. vs Hidroeléctrica Norpatagónica S.A. o Hidronor S.A.

⁵³² *Ibidem*, p. 7. Traduction de l'auteur.

⁵³³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. *Sentence du 7 juillet 1975, aff. Cooperativa eléctrica y Anexos de General Acha Ltda, §10*. In: CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación con la relación de sus respectivas causas*. Tome 292. Buenos Aires : 1975, p. 223-226. Traduction de l'auteur.

inconstitutionnel lorsque le jugement concerne des actes de droit public⁵³⁴ car l'autonomie de la volonté ne doit heurter ni l'ordre public ni la structure institutionnelle d'un État souverain⁵³⁵.

À ce sujet, dans l'affaire Claren Corporation⁵³⁶ concernant l'exécution d'une sentence rendue par un tribunal de New York⁵³⁷, la *Cámara Nacional* en matière contentieuse administrative analysa, d'un côté, la légalité de la cession de juridiction par l'État et, d'un autre côté, les effets de l'exécution de la résolution contestée. Premièrement, la *Cámara Nacional* reconnut la validité de la cession de juridiction au tribunal newyorkais, accordée par l'État au moyen du décret 1161/94 concernant l'émission des titres de la dette publique⁵³⁸. Pour les juges argentins Guillermo Treacy et Jorge Alemany, la qualification des actes d'émission de dette comme *iure gestionis* ou *iure imperii* était inutile car l'Argentine avait renoncé à son immunité souveraine dans l'émission des bons en propriété de Claren Corporation. Pourtant, les juges considérèrent que les lois d'urgence, y compris celles qui concernaient le paiement des bons de dette, étaient des actes souverains effectués par l'État en réponse à la grave situation nationale et, donc, aucun acte étatique ne pouvait comporter la renonciation irrémédiable de l'État à légiférer lors de futures situations d'urgence⁵³⁹.

⁵³⁴ Arístides H. CORTI, *op. cit.*, p. 28.

⁵³⁵ Javier PEROTTI, *op. cit.*, p. 7.

⁵³⁶ CÁMARA NACIONAL EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL. *Résolution en recours d'appel du 30 décembre 2010, aff. Claren Corporation c. Estado Nacional.*

⁵³⁷ Sentence prononcée par le juge Thomas Griesa dans le District sud de New York, États-Unis, le 12 décembre 2007, qui ordonna à l'État argentin de payer à la demanderesse les obligations assumées en vertu des Bonos Externos Globales 2017. Lors de la procédure d'exécution prévue par le CPCCN de l'Argentine, le juge de première instance refusa l'exécution de la sentence en question en arguant que l'acte par lequel l'État argentin avait différé le paiement et restructuré la dette était un acte souverain qui n'admettait pas la prorogation de juridiction. La sentence en question avait ignoré le principe de l'immunité de juridiction qui était contraire aux principes d'ordre public, ce qui empêchait son exécution conformément à l'article 517(4) CPCCN. Claren Corporation contesta la résolution du tribunal de première instance devant la *Cámara Nacional en lo contencioso administrativo federal*.

⁵³⁸ CARLOS MENEM, PRÉSIDENT DE LA NATION ARGENTINE. *Decreto 1161/94 du 15 juillet 1994.*

L'article 4 du Décret 1161/94 autorisait l'inclusion, dans les conditions de délivrance des bons de dette, des clauses de juridiction en faveur des tribunaux de la ville de New York ; il comportait la renonciation de l'État à alléger son immunité souveraine. La *Cámara Nacional* en matière contentieuse administrative dans l'affaire Claren Corporation, reconnut la validité de la prorogation de juridiction faite par l'État au moyen du décret de référence en déclarant que l'émission des bons était un acte de gestion qui, en raison de sa nature, n'était pas protégé par le principe d'immunité de juridiction (cas contraire des actes *iure imperii*). Voir CÁMARA NACIONAL EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL. *Résolution en recours d'appel du 30 décembre 2010, op. cit.*, §III et IV.

⁵³⁹ CÁMARA NACIONAL EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL. *Résolution en recours d'appel du 30 décembre 2010, op. cit.*, opinion du Juge Jorge Federico Alemany, §VIII.

Comme la juridiction du juge newyorkais était valable, l'analyse du tribunal se centra sur les effets de l'exécution de la sentence en question : si celle-ci allait à l'encontre de l'ordre public argentin, elle serait irréalisable conformément à l'article 517(4) CPCCN. À ce sujet, selon le tribunal, les lois qui reportaient le paiement des bons – la loi 26.017 qui interdisait à l'État d'effectuer toute transaction concernant les bons admissibles pour son rachat et la loi 26.547 qui interdisait d'accorder aux créanciers qui avaient initié des procédures judiciaires contre l'État un meilleur traitement qu'à ceux qui ne l'avaient pas fait – s'intégraient dans l'ordre public argentin et leur promulgation répondait aux conséquences de la crise argentine. Ainsi, l'exécution de la sentence en question était contraire aux dispositions relatives au paiement des bons qui cherchaient à résoudre – de manière ordonnée et égalitaire – les problèmes liés au paiement de la dette :

« Les limites de la capacité de paiement des États en situation de crise sévère et le principe d'égalité de traitement pour tous les créanciers indiquent clairement que le jugement étranger ne peut pas être reconnu. »⁵⁴⁰

Les mêmes arguments furent exposés dans l'affaire *Crostelli* qui concernait également l'exécution d'une sentence prononcée par le juge Thomas Griesa à New York, à propos du paiement des bons de dette :

« Le cadre juridique qui régit la restructuration de la dette publique établit avec rigueur la reformulation des conditions d'accomplissement des obligations contenues dans les bons conformément aux dispositions légales en vigueur à la suite de la déclaration d'urgence publique dans le pays ; ces normes d'ordre public seraient ignorées si l'on admettait l'action de la requérante »⁵⁴¹.

⁵⁴⁰ *Ibidem*, opinion du Juge Guillermo F. Treacy, § V.

La sentence de la Cámara Nacional en lo contencioso administrativo federal dans l'affaire Claren Corp., fut récemment confirmée par la Cour Suprême argentine : « Admettre la réclamation du demandeur supposerait de valider que celui-ci, par une action individuelle intentée devant un tribunal étranger, puisse contourner le processus de restructuration de la dette publique établi par le gouvernement argentin au moyen de mesures d'urgence prises par les autorités compétentes conformément aux dispositions de la Constitution Nationale » (§ 8°) ; « Les normes adoptées par les organes habilités par la Constitution et par lesquelles l'État national exerce ses pouvoirs constituent l'ordre public du droit argentin. Par conséquent, l'exequatur du jugement d'un tribunal étranger clairement opposé à ces dispositions ne peut être accordé. » (§ 9°) CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. Sentence du 6 mars 2014, aff. C.462.XLVII, Claren Corporation c. Estado Nacional. Traduction de l'auteur.

⁵⁴¹ CÁMARA NACIONAL EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL. *Résolution en recours d'appel du 20 décembre 2011, aff. Crostelli Fernando et autres, §VIII.*

Le bloc réglementaire relatif au paiement des bons de dette – comportant le principe de suspension totale ou partielle du paiement de dette par nécessité ou à cause de situations extrêmes et urgentes – se conformait donc à l’ordre public argentin et interdisait qu’un État soit obligé de respecter des accords dépassant sa capacité de paiement⁵⁴². Les tribunaux argentins peuvent donc refuser d’exécuter des sentences étrangères lorsqu’ils les considèrent contraires à l’ordre public argentin. En l’occurrence, aucune sentence contraire à la législation d’urgence née de la crise économique qui frappa l’Argentine en 2001 n’est exécutable.

Cependant, rappelons que l’exécution des sentences arbitrales CIRDI n’est pas soumise à la procédure imposée pour l’exécution des sentences étrangères – articles 517 à 519bis CPCCN – mais à celle qui concerne l’exécution des sentences des tribunaux nationaux – articles 499 et al. –, laquelle n’admet que des exceptions très concrètes. Les affaires Claren Corporation et Crostelli concernaient en effet l’exécution des sentences prononcées par un juge étranger et dont l’exécution est conditionnée par l’article 517 CPCCN.

Prévoyant donc l’exécution des sentences CIRDI comme si elles étaient nationales et même si d’abord il refusait cette possibilité, le juriste Aristides Corti propose deux recours qui pourraient être interposés contre leur exécution. Le premier est l’action autonome de nullité qui, selon la jurisprudence de la Cour Suprême argentine (CSJN), procède même contre les résolutions ayant la force de la chose jugée, sitôt que son caractère frauduleux est constaté. Pour la CSJC, la fraude institutionnelle constitue une des causes de nullité d’une sentence finale. Ainsi, pour qu’une sentence puisse être prononcée par un tribunal, il est indispensable que ce dernier ait la faculté de juger, sinon la sentence serait viciée à sa racine. La justice interviendra donc lorsque le jugement qui a déclaré une « chose jugée » est affecté par une déformation de la fonction juridictionnelle⁵⁴³.

En second lieu, le juriste argentin avance la possibilité d’interposer une exception de nullité lors de la procédure d’exécution de la sentence arbitrale CIRDI qui se fonderait sur trois considérations : a) la nullité absolue d’un acte peut être demandé par

⁵⁴² *Ibidem*, §IX.

⁵⁴³ Voir Aristides CORTI, *op. cit.*, p. 31-32.

voie d'exception, b) bien que la nullité ne soit pas listée dans les exceptions prévues par l'article 506 concernant les exceptions à l'exécution d'une sentence définitive, cette liste n'est pas limitative et c) quoique les exceptions doivent être fondées sur des faits postérieurs à la sentence, il s'agit d'une sentence affectée de nullité absolue sur la base de la fraude institutionnelle, situation que la Constitution n'autorise ni tolère⁵⁴⁴.

Les deux actions de nullité présentées – directe ou par voie d'exception – nécessitent donc la configuration d'une « fraude institutionnelle » supposant l'invalidité de la juridiction du tribunal CIRDI dont la sentence est contestée. Cela contredit le critère retenu dans les affaires *Claren Corporation* et *Crostelli*, à savoir reconnaître la juridiction des tribunaux arbitraux, concentrant son analyse sur les conséquences de l'exécution de la résolution.

La *Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial* (CNAC), a récemment statué à propos de la reconnaissance et de l'exécution des sentences CIRDI⁵⁴⁵. La résolution de la CNAC s'inscrit dans le cadre d'un appel contre une résolution de première instance qui soumettait la sentence CIRDI de l'affaire *Convial Callao S.A. et CCI* contre le Pérou⁵⁴⁶, aux dispositions des articles 517 et 519bis du CPCCN. Sur le fondement des articles 53, 54 et 55 de la Convention, la CNAC reconnut que les sentences CIRDI n'étaient pas soumises à la procédure d'exécution prétendue parce qu'elles n'étaient pas de « sentences étrangères » mais de « sentences internationales », édictées dans le cadre d'une convention internationale. Selon la CNAC, l'adhésion de l'Argentine à la Convention de Washington supposait son renoncement à la procédure d'exécution des sentences CIRDI⁵⁴⁷.

Cependant, la CNAC souligna deux éléments importants : le premier, que la sentence de référence serait exécutée contre une personne, non contre l'État argentin ;

⁵⁴⁴ *Ibidem*, p. 33.

⁵⁴⁵ CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL. *Sentence du 18 août 2015, aff. 8030/2015*, CCI Compañía de Concesiones de Infraestructura S.A. s/Pedido de quiebra (por República de Perú).

⁵⁴⁶ *Convial Callao S.A. et CCI – Compañía de Concesiones de Infraestructura c. République du Pérou, aff. CIRDI n°ARB/10/2*, enregistré le 2 février 2010. Le Tribunal CIRDI rejeta toutes les réclamations des réquerents et leur ordonna de payer une partie des frais et des dépens du Pérou. Le Pérou demanda en Argentine la déclaration de faillite de CCI, pétition que le tribunal de première instance refuse du fait que la sentence CIRDI – sur laquelle se basait l'action – n'avait pas suivi la procédure d'exécution imposée par les articles 517 et 519Bis du CPCCN.

⁵⁴⁷ *Sentence du 18 août 2015, supra*, §5.

et le second, que les juges conservaient le pouvoir d'effectuer un contrôle des possibles repercussions de l'exécution sur l'ordre public argentin⁵⁴⁸. Concernant ce dernier aspect, la CNAC se joignit à la résolution de l'affaire Claren Corporation déclarant que toute sentence devait se conformer aux principes d'ordre public.

En conclusion, en Argentine, même si la juridiction des tribunaux CIRDI est admise et les sentences reconnues, l'organe chargé de l'exécution de ces dernières garde le pouvoir de l'empêcher lorsqu'elle a des effets contraires à l'ordre public.

⁵⁴⁸ *Ibidem.*

SECONDE PARTIE. L'INTERNATIONALISATION DE L'AMÉRIQUE LATINE : LA CONVENTION DE WASHINGTON EN OPPOSITION AUX NOUVEAUX PRINCIPES LATINO- AMÉRICAINS.

« Le CIRDI est une instance pour défendre les intérêts du capital. Vous en imaginez l'absurdité ? Tout dans ces dernières années fut fait en fonction du capital et ceci est le grand défi : avoir une économie, une société, une démocratie, un système politique national et international en fonction de l'être humain, non en fonction du capital ». ⁵⁴⁹

- Rafael Correa -

TITRE I. LA CONVENTION DE WASHINGTON FACE AUX MOUVEMENTS SOCIAUX LATINO-AMÉRICAINS : LES DROITS DES INVESTISSEURS EN OPPOSITION AUX DROITS DE LA SOCIÉTÉ CIVILE.

Pour Alain Rouquié, en Amérique latine « les véto sociaux sont au-dessus du pouvoir légal »⁵⁵⁰. Bien que les manifestations sociales contre le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements ne soient qu'un des facteurs qui conduisirent à l'effondrement de ce système d'arbitrage dans les pays détracteurs, elles mirent en évidence certains défauts de la Convention de Washington, des TPPIs et, en général, du système international d'arbitrage des investissements.

En Bolivie, l'affaire *Aguas del Tunari SA*, enregistré en 2002⁵⁵¹, fut le principal déclencheur de l'hostilité de la population à l'encontre du CIRDI. Cette affaire, la première contre la Bolivie, concernait la concession du service de distribution d'eau et d'assainissement de la ville de Cochabamba. Quelques semaines après avoir commencé ses fonctions, le concessionnaire augmenta les tarifs de l'eau, ce qui provoqua de fortes

⁵⁴⁹ Rafael CORREA. *Enlace ciudadano*, diffusé le 27 juin 2009, Ecuador TV. Traduction par l'auteur.

⁵⁵⁰ Alain ROUQUIÉ. *Amérique latine : introduction à l'Extrême-Occident*, *op. cit.*, p. 309.

⁵⁵¹ *Aguas del Tunari S.A. v. Republic of Bolivia*, aff. CIRDI n°ARB/02/3, enregistré le 25 février 2002.

et violentes manifestations qui amenèrent le gouvernement bolivien à mettre fin au contrat⁵⁵² et l'investisseur à essayer d'obtenir une indemnisation auprès du CIRDI, demande que la population trouva excessive et outrageante.

Ainsi, la postérieure dénonciation de la Convention de Washington par le gouvernement bolivien et sa « campagne contre le CIRDI » furent très bien accueillies par de nombreuses organisations non-gouvernementales qui organisèrent de nombreuses manifestations de soutien⁵⁵³. Cette campagne englobait aussi la Banque Mondiale, considérée comme l'institution « mère » du Centre.

Toujours dans le cadre des mouvements sociaux nés contre le CIRDI, le 7 septembre 2007, plusieurs organisations adressèrent une lettre à Ana Palacio, secrétaire générale du Centre à l'époque, où elles critiquaient la sentence du tribunal de l'affaire *Aguas del Aconquija* concernant aussi une concession du service d'eau⁵⁵⁴. L'Argentine avait été condamnée à payer une indemnisation de US\$ 105.000.000 plus intérêts et à un montant de US\$ 701,961.08 en raison des dépens légaux du demandant⁵⁵⁵. Le CIRDI était accusé de favoriser les entreprises transnationales et d'être un tribunal injuste

⁵⁵² *Ibidem*, Decision on Respondent's Objections to Jurisdiction, 21 octobre 2005.

⁵⁵³ Les organisations civiles boliviennes comme Movimiento Boliviano por la Soberanía y la Integración et Fundación Solón furent soutenues par diverses organisations latino-américaines et internationales comme REDES Amigos de la Tierra Uruguay, Uruguay Sustentable, Amigos de la Tierra Internacional, partis humanistes de la France, l'Italie, l'Inde, entre autres. L'organisation REDES-Amigos de la tierra Uruguay publia un document intitulé *¿Soberanía de los pueblos o intereses empresariales? Los mecanismos de arreglos de diferencias inversor-estado y sus impactos sobre los derechos humanos y el medio ambiente* [en ligne]. Disponible sur : <http://209.62.67.242/wp-content/uploads/2008/08/suplemento_diaria.pdf> (consulté le 14 août 2014). À propos des manifestations organisées contre le CIRDI par diverses organisations voir : HUMANISTAS DE BOLIVIA. Santiago de Chile. CIADI. Acto frente a la embajada de Holanda [en ligne]. *Humanistas de Bolivia*. Disponible sur : <<http://mhbolivia.blogspot.fr/2008/01/santiago-de-chile-ciadi-acto-frente-la.html>> (consulté le 14 août 2014). NUEVO HUMANISMO. Conferencia sobre la trampa del CIADI en Rosario [en ligne]. *Nuevo Humanismo*. Le document n'est plus disponible sur le site : <http://www.humanistas.com.ar/c39/index.php?option=com_content&task=view&id=139&Itemid=1> (consulté le 14 août 2014). Le document est consultable sur la bibliographie Zotero de l'auteur. NUEVO HUMANISMO. Humanistas argentinos marchan en apoyo a Evo y en contra el CIADI [en ligne]. *Nueva Región*, publié le 28 janvier 2008 Disponible sur : <<http://www.nuevaregion.com/humanistas-argentinos-marchan-en-apoyo-a-evo-y-en-contra-del-ciadi>> (consulté le 23 juillet 2015).

Le 15 janvier 2008, 863 organisations civiles adressèrent au Président de la Banque Mondiale, Robert B. Zoellick, une pétition demandant le respect de la décision de la Bolivie de se retirer du CIRDI, cela après la décision du Centre d'enregistrer une requête de l'entreprise Euro Telecom International le 31 octobre 2007. Voir Martin KHOR. 863 ONG presentan petición al líder del Banco Mundial contra el tribunal de inversiones [en ligne]. *IFIs Latin American Monitor*, publié le 18 janvier 2008. Disponible sur : <<http://ifis.choike.org/esp/informes/837.html>> (consulté le 14 août 2014).

⁵⁵⁴ AMIGOS DE LA TIERRA INTERNACIONAL et al. CIADI : fallo contra el pueblo de Tucumán [en ligne]. In : *Site Red por la abolición de la deuda externa y la restitución de la deuda ecológica*, publié le 7 septembre 2007. Disponible sur : <<http://www.quiendebeaquien.org/spip.php?article597>> (consulté le 14 août 2014).

⁵⁵⁵ *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic*, aff. CIRDI n°ARB/97/3. Résolution du 20 août 2007, p. 294-295.

puisqu'il ne tenait pas compte des circonstances objectives des affaires ni des droits de l'homme⁵⁵⁶. Le peuple de Tucuman était victime de la tyrannie corporative soutenue par le CIRDI⁵⁵⁷.

En outre, les mouvements sociaux contre « le tribunal de la Banque Mondiale » accusaient le Centre d'être antidémocratique. Ce reproche venait de l'incapacité des tribunaux arbitraux d'incorporer au système de règlement des différends entre États et investisseurs les intérêts et les droits des sociétés souvent contraires aux intérêts privés. L'arbitrage des investissements ne correspondait pas aux principes démocratiques, car les traités qui étaient à la base du système ne contenaient pas de dispositions protégeant ces principes⁵⁵⁸.

Deux sujets étroitement liés aux critiques sociales du système d'arbitrage CIRDI seront ici abordés : le droit à la participation sociale dans les affaires d'intérêt public et la revendication de la transparence des arbitrages internationaux des investissements (Chapitre 1) et l'incorporation des droits de l'homme dans les accords de protection des investissements et dans les décisions des tribunaux arbitraux (Chapitre 2).

⁵⁵⁶ Pour les organisations civiles, l'entreprise avait violé les droits de la population du fait qu'elle avait dupliqué les tarifs du service d'eau et n'avait pas investi dans l'amélioration du réseau d'eau. Elles proclamaient que « les droits à l'alimentation, à l'eau et aux services [étaient] au-dessus de toute entreprise ou accord commercial qui favoris[ait] quelques entrepreneurs obsédés par l'accumulation des richesses. » AMIGOS DE LA TIERRA INTERNACIONAL et al., *op. cit.*

⁵⁵⁷ *Ibidem.*

⁵⁵⁸ Barnali CHOUDHURY. Democratic implications arising from the intersection of investment arbitration and human rights. *Alberta Law Review*, 2008-2009, vol. 46, n°4, p. 999.

Chapitre 1. Participation sociale et transparence dans le système d'arbitrage des investissements : une bataille remportée par la société civile ?

Le manque de transparence des affaires CIRDI est une des critiques les plus importantes faites contre le système d'arbitrage des investissements. D'un côté, les gouvernements qui dénoncèrent la Convention soulignèrent son caractère antidémocratique, car les tribunaux délibéraient à huis clos ; d'un autre côté, la société civile – notamment au moyen des médias ou des organisations non-gouvernementales – revendiquait le droit à être informée des procédures arbitrales engagées contre l'État et, dans certaines affaires, le droit à y participer en tant que parties affectées⁵⁵⁹.

L'arbitrage des investissements est, en effet, né de l'exemple de l'arbitrage commercial pour qui la résolution d'un différend de manière « discrète » est considérée comme un de ses avantages⁵⁶⁰. Cependant, « si l'arbitrage CIRDI a emprunté ses principaux traits à l'arbitrage commercial international, il s'en est progressivement

⁵⁵⁹ Voir Mary H. MOURRA et Thomas E. CARBONNEAU. *Latin American Investment Treaty Arbitration: the controversies and conflicts*, op. cit., p. 30, 36. EDITORIAL. The secret trade courts [en ligne]. *The New York Times*, publié le 27 septembre 2004. Disponible sur : <<http://www.nytimes.com/2004/09/27/opinion/27mon3.html>> (consulté le 14 août 2014). PUBLIC AFFAIRS TELEVISION et WASHINGTON MEDIA ASSOCIATES FOR « BILL MOYERS REPORTS » (compilateurs). Trading democracy ? Documents from NAFTA secret tribunals [en ligne]. In : Thomas BLANTON et Michael L. EVANS (éditeurs). *National Security Archive Electronic Briefing Book n°65*, 5 février 2002. Disponible sur : <<http://www.gwu.edu/~nsarchiv/NSAEBB/NSAEBB65>> (consulté le 14 août 2014). EARTHJUSTICE. Secretive World Bank Tribunal Bans Public and Media Participation in Bechtel Lawsuit over Access to Water [en ligne]. In : *Site de l'organisation EarthJustice*, publié le 12 février 2003. Disponible sur : <<http://earthjustice.org>> (consulté le 14 août 2014). PUBLIC CITIZEN. NAFTA Chapter 11 Investor-to-State cases : bankrupting democracy. Lessons for fast track and the free trade area of the americas [en ligne]. In : *Site de l'organisation Public Citizen*, septembre 2001, p. V. Disponible sur : <<http://www.citizen.org/documents/ACF186.PDF>> (consulté le 14 août 2014).

⁵⁶⁰ Voir Jacques BÉGUIN. *L'arbitrage commercial international*. Montréal : Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, 1987, p. 12-14. Gary B. BORN. *International Commercial Arbitration*. Vol. 1. Alphen : Kluwer Law International, 2009, p. 87-88. José María CHILLÓN MEDINA et José Fernando MERINO MERCHÁN. *Tratado de Arbitraje Privado Interno e Internacional*. 2^{ème} éd. Madrid : Civitas S.A., 1991, p. 40. René DAVID. *L'arbitrage dans le commerce international*. Paris : Economica, 1982, p. 18-19. Philippe FOUCHARD, Emmanuel GAILLARD et Berthold GOLDMAN. *Traité de l'arbitrage commercial international*. Paris : Litec, 1996, p. 786. Xavier ANDRADE CADENA. Las ventajas del arbitraje internacional : una perspectiva ecuatoriana. *Revista iberoamericana de arbitraje y mediación*, 5 décembre 2003. Serge LAZAREFF. Confidentialité et arbitrage : approche théorique (et même philosophique). *Bulletin de la Cour Internationale d'arbitrage de la CCI*, 2009, supplément spécial, p. 87-93. Steven KOURIS. Confidentiality : is international arbitration losing one of its major benefits ? *Journal of international arbitration*, 2005, vol. 22, n°2, p. 127-140.

Cernant les débats sur les limites et les fondements de la confidentialité de l'arbitrage commercial, voir Jan PAULSSON et Nigel RAWDING. The trouble with confidentiality. *Arbitration International*, 1995, vol. 11, n°3, p. 303-320. Michael COLLINS. Privacy and confidentiality in arbitration proceedings. *Arbitration International*, 1995, vol. 11, n°3, p. 321-336. Hans SMIT. Confidentiality in arbitration. *Arbitration International*, 1995, vol. 11, n°3, p. 337-340. Severine MENÉTREY. La transparence dans l'arbitrage d'investissement. *Revue de l'arbitrage*, 2012, n°1, p. 39-43.

éloigné pour mieux voler de ses propres ailes»⁵⁶¹. Les critiques des arbitrages d'investissements revendiquent l'application d'un principe de publicité dans ce domaine, s'écartant donc de la confidentialité des arbitrages commerciaux.

Quant au pouvoir dont jouit la population pour participer à des arbitrages d'investissements, le professeur Mistelis distingue trois instances dans lesquelles la société civile pourrait intervenir. La première concerne le flux d'informations concernant l'arbitrage, y compris la publication de la décision arbitrale (*confidentiality*) ; la deuxième, le flux d'informations protégées par la loi, l'éthique ou l'accord des parties (*privacy*) et la troisième, la participation des organisations non-gouvernementales et d'autres groupes notamment lorsque l'arbitrage comporte un intérêt public (*third party participation and amicus briefs*)⁵⁶².

Les deux premières instances font uniquement référence à l'accès à l'information résultant d'un arbitrage ; elles concernent la transparence des procédures arbitrales et ne sont pas nécessairement liées au troisième type de participation, à savoir les *amici curiae*. En effet, « [l]a participation de tiers comme *amicus curiae* et la transparence n'ont toutefois pas les mêmes fondements juridiques et leur lien ne s'explique que par deux raisons contingentes et pratiques »⁵⁶³ : 1) ceux qui désirent participer en tant qu'*amici curiae* réclament le droit d'accéder aux documents et aux audiences et 2) la publicité de l'existence même de l'affaire est le déclencheur des demandes de participation des *amici curiae*⁵⁶⁴. La participation active de la société latino-américaine dans les arbitrages CIRDI sera d'abord analysée (Section 1), pour ensuite aborder le sujet du droit à l'accès à l'information et sa portée dans les procédures d'arbitrage (Section 2).

Section 1. La participation active de la société latino-américaine dans les arbitrages CIRDI.

La société latino-américaine a souvent proclamé sa légitimité pour faire partie des procédures d'arbitrage liées aux investissements étrangers. Loin de se présenter comme défenseuse de son État d'origine, elle cherche principalement à se protéger contre des

⁵⁶¹ Serge LAZAREFF, *op. cit.*, p. 96. Voir aussi Karl-Heinz BÖCKSTIEGEL. Commercial and investment arbitration : how different are they today? *Arbitration International*, 2012, vol. 28, n°4, p. 577-590.

⁵⁶² Voir Loukas A. MISTELIS. Confidentiality and third party participation : UPS v. Canada and Methanex Corporation v. United States. *Arbitration International*, 2005, vol. 21, n° 2, p. 212.

⁵⁶³ Severine MENÉTREY, *op. cit.*, p. 49.

⁵⁶⁴ *Ibidem*.

atteintes directes à ses intérêts. C'est donc sur le fondement d'un intérêt légitime que certaines communautés, groupes ou organisations sociales réclament d'être entendus par les tribunaux arbitraux.

Certains différends relatifs aux investissements étrangers comportent en effet des éléments qui concernent des droits ou des intérêts, en-dehors de ceux de l'investisseur. D'une part, la prestation de services publics par des opérateurs étrangers peut entraîner des mécontentements parmi la population : par exemple, lorsque celle-ci est victime de la hausse des tarifs ou d'une mauvaise gestion de services fondamentaux comme l'eau et l'assainissement. D'autre part, les concessions de mines ou de terrains – des terrains, par exemple, pour la gestion des déchets toxiques – destinées à développer l'activité des investisseurs peuvent impliquer la violation de droits fondamentaux, comme le droit à un environnement sain.

Ainsi, les demandes de la société civile vont souvent au-delà de la simple obtention d'informations découlant d'un arbitrage. La société veut être considérée dans certains arbitrages d'investissement en tant qu'amie de la cour (§1), voire en tant que partie affectée (§2).

§1. La société latino-américaine face au CIRDI : ses demandes d'*amicus curiae*.

A. L'affaire Aguas del Tunari : une bataille perdue.

L'affaire *Aguas del Tunari* fut la première affaire portée au CIRDI contre la Bolivie : elle suscita un grand débat sur la participation de la société civile, affectée de manière claire et directe par la compagnie qui initiait l'arbitrage. Cette affaire marqua la perception que la société avait du Centre et qui, après l'échec des revendications sociales, se dégrada davantage encore. Les faits concernant ce différend seront ensuite exposés⁵⁶⁵.

En 1998, la Bolivie lança une licitation publique afin de privatiser le service de distribution de l'eau et d'assainissement de la ville de Cochabamba. La compagnie *Aguas*

⁵⁶⁵ Voir relation des faits dans : *Aguas del Tunari S.A. v. Republic of Bolivia*. Decision on Respondent's Objections to Jurisdiction, 21 octobre 2005, §50-73.

del Tunari fut la seule à se présenter et, après négociations, la concession lui fut attribuée et prit effet le 1^{er} novembre 1999. Pendant le processus de négociation de la concession, le « Comité de défense de l'eau », une organisation civile, critiqua déjà le manque de transparence des négociations et demanda la publication des nouveaux tarifs de l'eau. Le gouvernement bolivien annonça uniquement que les nouveaux tarifs seraient appliqués à partir du 1^{er} décembre 1999, sans spécifier s'il y aurait des augmentations⁵⁶⁶.

Les critiques envers la concession se sont intensifiées après sa prise d'effet en novembre 1999, car quelques semaines après avoir commencé ses fonctions, le concessionnaire augmenta les tarifs de l'eau. Cette hausse provoqua de massives et violentes manifestations coordonnées par *La Coordinadora por la Defensa del Agua y de la Vida* (*La Coordinadora*)⁵⁶⁷ qui conduisirent le gouvernement bolivien à déclarer l'état de siège⁵⁶⁸ et finalement à résilier le contrat de concession de manière unilatérale en avril 2000.

L'entreprise se servit du TBI entre la Bolivie et les Pays-Bas pour interposer une demande d'arbitrage CIRDI – enregistrée par le Secrétariat du Centre le 25 février 2002 – et ainsi obtenir une indemnité pour l'annulation du contrat. Diverses organisations non-gouvernementales – dont *La Coordinadora* – et des personnes physiques adressèrent une demande au tribunal CIRDI afin de pouvoir intervenir dans l'arbitrage en qualité d'*amici curiae* :

« Specifically, Petitioners request:

(i) (...)

(ii) (...) the right to participate in such proceedings as amici curiae, in accordance with the principles of fundamental justice, at all stages of the arbitration, including but not limited to permission

to make submissions concerning the procedures by which this arbitration will be conducted;

to make submissions concerning the jurisdiction of this Tribunal and, once they are fully known, the arbitrability of the matters the disputing investor has raised;

to make submissions concerning the merits of Aguas del Tunari's claims;

⁵⁶⁶ *Ibidem*, §63-64.

⁵⁶⁷ *La Coordinadora*, fondée le 12 novembre 1999, rassemblait paysans, ouvriers, enseignants, écologistes, agriculteurs, comités locaux de l'eau et coopératives d'eau. *La Coordinadora* est devenue la représentante de tous ceux qui voulaient se joindre aux actions contre le gouvernement pour défendre l'eau et plus largement la vie ; elle est devenue la « conscience du peuple ». Voir Oscar OLIVERA. *¡Cochabamba! Water war in Bolivia*. Cambridge, Massachusetts : South End Press, 2004, p. 27-29.

⁵⁶⁸ Voir HUGO BANZER SUÁREZ, PRÉSIDENT DE LA RÉPUBLIQUE. Décret Suprême N°25730 du 7 avril 2000. *Gazette Officiel de l'État Plurinational de la Bolivie*, édition n° 2210, publié le 7 avril 2000.

to attend all hearings of the Tribunal;
to make oral presentations during hearings of the Tribunal;
to have immediate access to all submissions made to the Tribunal. »⁵⁶⁹

Cette demande reposait sur le fait que l'affaire en cause affectait directement les intérêts particuliers des pétitionnaires et que la sentence du tribunal était susceptible de concerner des questions d'intérêt général :

« 2. This Tribunal's resolution of this claim will directly affect both the specific interests of Petitioners. In addition, the Tribunal's award is likely to affect issues of broad public concern. For the following reasons, fundamental fairness and the legitimacy of the Tribunal's award requires that the Tribunal allow Petitioners to intervene in these proceedings:

(i) Each Petitioner has a direct interest in the subject matter of this claim and may be adversely affected by the award of this Tribunal. Accordingly it would be unfair and inconsistent with the principles of fundamental justice to deny them the opportunity to defend their interests in these proceedings;

(...)

(ii) (...) Because this dispute is not essentially private in character, but rather may have far-reaching impacts on a broad diversity of non-party interests— such as governmental authority to guarantee public order and the provisions of essential services — it would be unfair and inconsistent with the principles of natural justice to exclude those who wish to address these issues, and are uniquely qualified to do so. Moreover, by their concern for these issues, Petitioners represent the concerns of a broad sector of the public in Bolivia and throughout the world.⁵⁷⁰

Le tribunal arbitral rejeta toutes les demandes ; elles allaient au-delà de ses compétences car leur acceptation nécessitait l'accord des parties⁵⁷¹. Quant à la possibilité de présenter des allégations écrites concernant le différend, le tribunal décida qu'il n'était pas nécessaire de faire appel à des témoins ou de recevoir des informations des entités qui ne faisaient pas partie de la procédure. Néanmoins, cela ne préjugait pas de la portée du pouvoir du Tribunal qui pouvait, de sa propre initiative, appeler

⁵⁶⁹ *Aguas del Tunari S.A. v. Republic of Bolivia*. Petition of la Coordinadora para la Defensa del Agua y Vida, la Federación Departamental Cochabambina de Organizaciones Regantes, SEMAPA Sur, Friends of the Earth-Netherlands, Oscar Olivera, Omar Fernandez, Father Luis Sánchez, and Congressman Jorge Alvarado to the arbitral tribunal, 29 août 2002, §3(ii).

⁵⁷⁰ *Ibidem*, §2.

⁵⁷¹ *Aguas del Tunari S.A. v. Republic of Bolivia*. Lettre du 29 janvier 2003 du Président du Tribunal Arbitral de l'affaire Aguas del Tunari, David D. CARON en réponse à la demande d'*amicus curiae*. In : Decision on Respondent's Objections to Jurisdiction du 21 octobre 2005, annexe III, p. III-1.

postérieurement des témoins ou accepter des informations provenant d'autres entités que les parties⁵⁷².

Or, le tribunal considéra les pétitionnaires comme simples témoins et bien qu'il se fût réservé le droit de les appeler ou d'accepter des informations complémentaires, la possibilité d'accepter des *amici curiae* comme tels fut placée sous le contrôle des parties. Comme justification, le tribunal fit référence au TBI entre le Singapour et les États-Unis qui contenait des dispositions expresses concernant la participation d'*amici curiae*. Le tribunal estima que son devoir était de suivre la structure et les conditions établies par les instruments juridiques applicables à l'affaire⁵⁷³, dans ce cas la convention CIRDI et le TBI entre la Bolivie et les Pays-Bas qui ne contenaient aucune disposition à ce sujet.

Le tribunal *Aguas del Tunari* faillit donc accepter la demande d'*amicus curiae*, ce qui fut durement critiqué par diverses organisations qui dénoncèrent le manque de transparence des actions des tribunaux CIRDI dans des affaires qui touchaient directement la population d'un pays⁵⁷⁴. Sans aucun doute, la décision du tribunal de l'affaire *Aguas del Tunari* ternit l'image du CIRDI et de la Banque Mondiale. Cette affaire deviendrait ainsi un des étendards d'une campagne ultérieure contre le Centre.

B. L'acceptation des *amici curiae* : la réforme du système d'arbitrage CIRDI.

La décision *Aguas del Tunari* allait sans doute « à contre-courant de l'évolution jurisprudentielle générale »⁵⁷⁵, car la participation des *amici curiae* avait été acceptée, dans une première étape, dans le cadre de l'OMC, et dans une seconde, dans le cadre de l'application du chapitre 11 de l'ALENA, notamment dans les affaires *Methanex* et

⁵⁷² *Ibidem*, p. III-2.

⁵⁷³ *Ibidem*.

⁵⁷⁴ Voir EARTHJUSTICE. Secretive World Bank Tribunal Bans Public and Media Participation in Bechtel Lawsuit over Access to Water, *op. cit.* CORPWATCH. Bolivia : Citizens, Media Excluded from Bechtel Trial by World Bank Tribunal [en ligne]. In : *Site CorpWatch*, publié le 25 février 2003. Disponible sur : <<http://www.corpwatch.org/article.php?id=5728>> (consulté le 14 août 2014). ASOCIACIÓN CIVIL POR LA IGUALDAD Y LA JUSTICIA. Secretive World Bank tribunal confronts calls to open up [en ligne]. In : *Site Bretton Woods Project*, publié le 13 juin 2005. Disponible sur : <<http://www.brettonwoodsproject.org/art-236015>> (consulté le 14 août 2014).

⁵⁷⁵ Brigitte STERN. Un petit pas de plus : l'installation de la société civile dans l'arbitrage CIRDI entre État et investisseur. *Revue de l'arbitrage*, 2007, n°1, p. 9.

UPS⁵⁷⁶. Ainsi, les décisions des tribunaux CIRDI sur deux affaires engagées contre la République de l'Argentine reprirent le chemin vers l'acceptation des *amici* : *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. et Vivendi Universal S.A.* (ci-après *Aguas Argentinas*)⁵⁷⁷, et *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. et Interagua Servicios Integrales de Agua S.A.* (ci-après *Aguas de Santa Fe*)⁵⁷⁸. Les deux différends concernaient également des concessions du service de distribution d'eau et les deux tribunaux étaient composés des mêmes arbitres⁵⁷⁹.

En relation avec l'acceptation des écrits des *amici curiae*, les tribunaux des deux affaires précitées décidèrent que l'Article 44 de la Convention CIRDI leur conférait le pouvoir d'accepter des écrits d'*amici curiae* sur la base de trois critères : leur pertinence, b) l'aptitude de la personne pour participer en tant qu'*amicus curiae* et c) la procédure établie afin de recevoir et de considérer les écrits des *amici*⁵⁸⁰.

Les affaires *Aguas Argentinas* et *Aguas de Santa Fe* furent pionnières dans l'acceptation d'*amicus curiae* dans le cadre des règles d'arbitrage CIRDI⁵⁸¹. Suite à l'inconsistance qui pouvait transparaître dans les décisions des tribunaux du Centre – comme le montrait la décision dans l'affaire *Aguas del Tunari*, contraire à celles qui concernaient *Aguas Argentinas*

⁵⁷⁶ *Ibidem*, p. 6. Voir aussi Brigitte STERN. L'entrée de la société civile dans l'arbitrage entre État et investisseur. *Revue de l'arbitrage*, 2002, n° 2, p. 329-345.

L'affaire *Methanex* fut le premier arbitrage d'investissement où des mémoires d'*amici curiae* furent admises. Cette affaire, engagée contre les États-Unis, concernait l'application de mesures de protection à l'environnement. Divers organisations ont demandé son intervention en qualité d'*amicus curiae* : l'*International Institute for Sustainable Development*, *Bluewater Network*, *Communities for a Better Environment* et le *Center for International Environmental Law*.

L'affaire *UPS (United Parcel Service of America Inc. v. Government of Canada)* concernait le service postal canadien et c'est un syndicat de la Poste canadienne et une ONG qui ont demandé son intervention dans l'arbitrage en tant qu'*amicus curiae* : la *Canadian Union of Postal Workers* et le *Council of Canadians*.

⁵⁷⁷ Voir *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic (Aguas Argentinas)*, aff. CIRDI n°ARB/03/19. Order in Response to a Petition for Transparency and Participation as *Amicus Curiae*, 19 mai 2005.

⁵⁷⁸ Voir *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and Interagua Servicios Integrales de Agua S.A. v. Argentine Republic (Aguas de Santa Fe)*, aff. CIRDI n°ARB/03/17. Order in Response to a Petition for Participation as *Amicus Curiae*, 17 mars 2006.

⁵⁷⁹ Jeswald W. SALACUSE, président du tribunal (étatsunien), Gabrielle KAUFMANN-KOHLER (suisse) et Pedro NIKKEN (vénézuélien).

⁵⁸⁰ Article 44 de la Convention de Washington : « 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. Si une question de procédure non prévue par la présente section ou le Règlement d'arbitrage ou tout autre règlement adopté par les parties se pose, elle est tranchée par le Tribunal. »

⁵⁸¹ Cela a été remarqué par le tribunal de l'affaire *Aguas Argentinas* : "...to the knowledge of the Tribunal, no previous tribunal functioning under ICSID Rules has granted a non-party to a dispute the status of *amicus curiae* and accepted *amicus curiae* submissions". *Aguas Argentinas*. Order in Response to a Petition for Transparency and Participation as *Amicus Curiae* du 19 mai 2005, §9.

et *Aguas de Santa Fe* ⁵⁸² et aux critiques qui en découlèrent⁵⁸³, le Règlement d'arbitrage du Centre fut modifié et l'acceptation de soumissions écrites de « parties non contestantes » fut consolidée. L'actuel article 37 du Règlement d'arbitrage CIRDI prévoit :

« (2) Après consultation des parties, le Tribunal peut permettre à une personne ou entité qui n'est pas partie prenante dans le différend (appelée dans le présent article la « partie non contestante ») de déposer une soumission écrite auprès du Tribunal relative à une question qui s'inscrit dans le cadre du différend. »⁵⁸⁴

Si la consultation des parties s'impose, son consentement n'est pas exigé : c'est au tribunal de décider l'acceptation d'*amici curiae*. Une petite bataille gagnée par la société civile qui, en réalité, souhaiterait être plus qu'une « amie » de la Cour et être considérée comme partie légitime dans les différends, question qui sera ensuite abordée.

§2. Le droit de la société civile à être une partie en plus des autres parties.

A. La distinction entre les « amis » et les « parties ».

La professeure Stern note une ambiguïté du vocabulaire employé dans divers textes qui font référence aux participations en qualité d'*amicus curiae*⁵⁸⁵. Le Règlement CIRDI emploie l'expression « parties non contestantes », la note d'interprétation de la Commission du libre-échange de l'ALENA utilise les termes « partie non contestante » et « tierce partie »⁵⁸⁶, et la déclaration de l'OCDE parle de « tiers »⁵⁸⁷. Certainement

⁵⁸² Tomoko ISHIKAWA. Third party participation in investment treaty arbitration, *The International and Comparative Law Quarterly*, 2010, vol. 59, n°2, p. 384-385.

⁵⁸³ Andrew de LOTBINIÈRE et Ank SANTENS. ICSID tribunals apply new rules on *amicus curiae*. In : *Site White & Case*, 2007, p. 1. Disponible sur : <<http://www.whitecase.com>> (consulté le 14 août 2014). Enrique FERNÁNDEZ MASIÁ. First cases where are applied the new ICSID rules on transparency and *amicus curiae*. *Transnational Dispute Management*, 2006, vol. 6, n°1, p. 2-4.

⁵⁸⁴ Voir *Règlement de procédure relatif aux instances d'arbitrage en vigueur depuis le 10 avril 2006*.

⁵⁸⁵ Brigitte STERN. Un petit pas de plus : l'installation de la société civile dans l'arbitrage CIRDI entre État et investisseur, *op. cit.* p. 38-39.

⁵⁸⁶ La note d'interprétation de la Commission de libre-échange fut adoptée lors de la réunion de la Commission à Montréal en octobre 2003. La version en anglais utilise le terme « *non-disputing party* » sans jamais employer la dénomination de « *third party* ». Voir Statement of the Free Trade Commission on non-disputing party participation. In : *Site Foreign Affairs, Trade and Development Canada* [en ligne]. Disponible sur : <<http://www.international.gc.ca>> (consulté le 14 août 2014). C'est la version française qui emploie le terme « tierce partie » pour se référer aux parties non contestantes : « Aucune disposition de l'Accord de libre-échange nord-américain (« ALENA ») n'empêche un tribunal, s'il le juge approprié,

« tout se passe (...) *in fine*, sur le terrain, comme s'il y avait de nouvelles parties intervenant dans l'arbitrage »⁵⁸⁸. Les amis de la cour ont gagné un droit bien reconnu par les tribunaux, à savoir présenter des mémoires, et les parties contestantes, notamment dans le cadre de l'ALENA, ont le droit de répondre par écrit aux mémoires des *amici curiae*, garantissant ainsi leur droit à la défense. Mais qu'ils soient parfois nommés « tierces parties » et qu'ils soient intégrés « au cœur de la procédure »⁵⁸⁹ ne leur donne pas en pratique les droits découlant d'une telle dénomination. Finalement, « un *amicus curiae* est un volontaire, un ami de la cour, non une partie »⁵⁹⁰.

Le rôle des *amici curiae* fut ainsi défini par le tribunal des affaires *Aguas Argentinas* et *Aguas de Santa Fe* :

*« Although Petitioners do not define in detail the role and nature of an amicus curiae or "friend of the court" in an ICSID arbitration or the precise form that such proposed intervention is to take, the Tribunal assumes that the amicus curiae role the Petitioners seek to play in the present case is similar to that of a friend of the court recognized in certain legal systems and more recently in a number of international proceedings. In such cases, a nonparty to the dispute, as "a friend," offers to **provide the court or tribunal its special perspectives, arguments, or expertise on the dispute**, usually in the form of a written amicus curiae brief or submission. »*⁵⁹¹

La participation des *amici* est donc limitée à la présentation écrite de perspectives, arguments ou expertises au tribunal arbitral.

La demande de participation des ONGs en qualité d'*amicus curiae* dans l'affaire *Aguas del Tunari* cherchait, en outre, à obtenir la soumission des mémoires, la permission d'assister aux audiences, d'y faire des présentations orales et d'avoir un accès immédiat à

d'accepter les mémoires écrits présentés par une personne ou une entité qui n'est pas une partie contestante (« tierce partie ») (caractères gras ajoutés). Voir Déclaration de la Commission du libre-échange sur la participation d'une tierce partie. In : *Ibidem*.

⁵⁸⁷ Voir Déclaration du Comité de l'investissement de l'OCDE adoptée en juin 2005. In : OCDE. *Transparence et participation de tierces parties aux procédures de règlement des différends entre investisseurs et états*. Éditions OCDE, 2005.

⁵⁸⁸ Brigitte STERN. Un petit pas de plus : l'installation de la société civile dans l'arbitrage CIRDI entre État et investisseur, *op. cit.* p. 39.

⁵⁸⁹ *Ibidem*.

⁵⁹⁰ *Aguas Argentinas*. Order in Response to a Petition for Transparency and Participation as *Amicus Curiae* du 19 mai 2005, §13. Traduction de l'auteure.

⁵⁹¹ *Ibidem*, §8. Et *Aguas de Santa Fe*. Order in Response to a Petition for Participation as *Amicus Curiae* du 17 mars 2006, §9 (caractères gras ajoutés).

toutes les soumissions faites au Tribunal ; ces demandes faisaient partie de la revendication des pétitionnaires de participer en tant qu'*amicus curiae*⁵⁹². Néanmoins, il faudrait distinguer la participation en tant qu'*amicus curiae* et les droits de ces *amici*, de la participation en tant que tierces parties comprenant des droits plus étendus que ceux qui sont exclusifs des parties du différend. L'autorisation accordée aux *amici curiae* pour présenter des mémoires ne leur confère pas de droits substantifs. La décision des tribunaux à ce sujet découle purement de leurs pouvoirs pour gérer les questions de procédure qui ne sont pas prévues dans la Convention CIRDI ou dans son Règlement d'arbitrage⁵⁹³.

Les personnes et les ONG qui désiraient participer à l'arbitrage *Aguas del Tunari* (ci-après « les pétitionnaires ») demandaient originellement l'autorisation du Tribunal pour intervenir dans le différend en tant que parties⁵⁹⁴. Cela supposait, en plus de la possibilité de présenter des mémoires à toutes les étapes de la procédure arbitrale, l'autorisation d'assister aux audiences, d'y faire des exposés oraux et d'avoir accès à tous les documents présentés par les parties ou édictés par le tribunal. Cette requête allait au-delà de la participation des tiers en qualité d'*amicus curiae*, car la présentation des mémoires des *amici* est limitée⁵⁹⁵ et l'autorisation acceptant leur participation n'entraîne pas nécessairement l'accès aux audiences ou aux documents.

⁵⁹² Voir *Aguas del Tunari S.A. v. Republic of Bolivia*. Petition of la Coordinadora para la Defensa del Agua y Vida et al. du 29 août 2002, §3(ii), et §58.

⁵⁹³ Ce pouvoir du tribunal est consacré dans l'article 44 de la Convention de Washington.

Concernant la distinction entre l'acceptation de la participation de personnes en qualité d'*amicus curiae* et l'autorisation d'interventions de tierces parties, voir : *Methanex corporation v. United States of America*. Decision of the Tribunal on petitions from third persons to intervene as amici curiae, 15 janvier 2001, §29-31. Et *UPS v. Government of Canada*. Decision of the Tribunal on petitions for intervention and participation as amici curiae, 17 octobre 2001, §60-63.

Concernant le pouvoir du tribunal pour accepter des mémoires *amicus curiae* sur la base de l'article 44 de la Convention CIRDI, voir les décisions des tribunaux *Aguas Argentinas* (Order in Response to a Petition for Transparency and Participation as Amicus Curiae du 19 mai 2005, §10-17) et *Aguas de Santa Fe* (Order in Response to a Petition for Participation as Amicus Curiae du 17 mars 2006, §11-16).

⁵⁹⁴ Le droit d'intervenir comme *amici curiae* fut demandé accessoirement, en cas de refus de cette première requête. Voir *Aguas del Tunari S.A. v. Republic of Bolivia*. Petition of la Coordinadora para la Defensa del Agua y Vida et al. du 29 août 2002, §3(i)(ii).

⁵⁹⁵ Voir l'article 37 du Règlement d'arbitrage CIRDI : « (2) Après consultation des parties, le Tribunal peut permettre à une personne ou entité qui n'est pas partie du différend (...) de déposer une soumission écrite auprès du Tribunal relative à une question qui s'inscrit dans le cadre du différend. Afin de déterminer s'il autorise une telle soumission, le Tribunal considère, entre autres, dans quelle mesure : (a) la soumission de la partie non contestante aiderait le Tribunal à trancher une question de fait ou de droit relative à l'instance en y apportant un point de vue, une connaissance ou un éclairage particulier distincts de ceux présentés par les parties du différend ; (b) la soumission de la partie non contestante porte sur une question qui s'inscrit dans le cadre du différend ; (c) la partie non contestante porte à l'instance un intérêt significatif. Le Tribunal assure que la soumission de la partie non contestante ne perturbe pas l'instance

Le Tribunal *Aguas del Tunari* statua que la Convention de Washington, le TBI et la nature consensuelle de l'arbitrage plaçaient les demandes de référence sous le contrôle des parties et, en l'absence d'un consentement de celles-ci, le Tribunal ne pouvait donc accepter la participation d'autres personnes que les parties, ni leur accorder l'accès aux audiences ou aux documents⁵⁹⁶.

B. La réclamation de participation en tant que « tierces parties ».

Cette revendication d'intervenir dans un jugement en tant que tierce partie est liée à la tradition civiliste des « *tercerías* » consacrée dans les codes des procédures civiles des pays d'Amérique Latine⁵⁹⁷. En général, une personne possédant un intérêt légitime dans une affaire a le droit d'y intervenir en tant que partie. Cette intervention peut être faite aux différentes étapes de la procédure et sa qualification dépend de ce que réclame le tiers. Ainsi, certains tiers désirent contribuer aux plaintes d'une des parties principales ; autres, réclament un droit propre complètement indépendant. Quelle que soit la demande du tiers, il aura accès aux documents présentés par les parties principales et à tous les documents issus de la procédure. Le tiers peut donc contester tout ce qui sera allégué par les parties, en obtenant même une résolution en sa faveur.

La demande d'intervention en tant que tiers des personnes et des organisations dans l'arbitrage *Aguas del Tunari* faisait référence à ces « *tercerías* »⁵⁹⁸. Les pétitionnaires appuyèrent leur demande sur les articles 355 au 369 du Code de la procédure civile de la Bolivie⁵⁹⁹. Cependant, le laconisme de leur argumentation ne permit que de faire des hypothèses.

ou qu'elle n'impose pas une charge excessive à l'une des parties ou lui cause injustement un préjudice, et que les deux parties ont la faculté de présenter leurs observations sur la soumission de la partie non contestante. »

⁵⁹⁶ Voir Lettre du 29 janvier 2003 du Président du Tribunal Arbitral de l'affaire *Aguas del Tunari*, David D. CARON en réponse à la demande d'*amicus curiae*, *op. cit.*

⁵⁹⁷ Voir Enrique VESCOVI. *Elementos para una teoría general del proceso civil latinoamericano*. México, D.F. : UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1978, p. 30-32. En effet, les systèmes de justice latino-américains n'incorporent guère la figure des *amici curiae*, la notion plus proche est celle des « *tercerías* ». Voir à propos de l'incorporation des *amici curiae* au système légal de l'Argentine : Víctor BAZÁN. *Amicus curiae, transparencia del debate judicial y debido proceso*. *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, 2004, tome I, p. 251-280.

⁵⁹⁸ *Aguas del Tunari S.A. v. Republic of Bolivia*. Petition of la Coordinadora para la Defensa del Agua y Vida et al. du 29 août 2002, §41 et 42.

⁵⁹⁹ *Código de Procedimiento Civil*, 2 avril 1976.

À première vue, il serait tentant de comparer la demande d'intervention en tant que tierce partie à une demande de « *tercería coadyuvante* », ou d'intervention accessoire, comme soutien aux revendications de l'État bolivien. Cependant, les pétitionnaires ne proclamèrent jamais leur désir d'aider la Bolivie. Bien au contraire, ils défendaient leur propre intérêt indépendant de celui de l'État bolivien :

« ...the possibility that the Government of Bolivia would argue that any award to Aguas del Tunari should be paid by SEMAPA, thereby affecting water services throughout the Cochabamba region, demonstrates the difference in the interests of the people of Cochabamba, as represented by Petitioners, and the Government in this case »⁶⁰⁰.

Il peut être même dit qu'ils défendaient un intérêt contraire à l'État bolivien si celui-ci engageait la responsabilité du Service municipal d'eau potable (SEMAPA) comme organisme payant des sommes condamnées par la sentence arbitrale. Ainsi, l'intervention n'était pas entièrement « *coadyuvante* » mais elle ne pouvait pas non plus être qualifiée de « *tercería excluyente* » ou de « *derecho preferente* », car les droits des tiers n'étaient pas évidents.

En effet, conformément au Code de procédure civil bolivien invoqué par les pétitionnaires, pour que l'intervention d'un tiers soit acceptée, l'existence d'un intérêt légitime doit s'accompagner d'un droit réclamé⁶⁰¹. Quant au premier élément, la demande d'intervention faisait mention des préjudices que les pétitionnaires souffriraient dans le cas où une sentence favorable à la compagnie *Aguas del Tunari* serait adoptée⁶⁰². En outre, puisque l'arbitrage faisait suite aux actions du gouvernement bolivien pour garantir l'ordre public et l'accès à l'eau, l'affaire était qualifiée d'intérêt public⁶⁰³. L'intérêt légitime des pétitionnaires n'était pas un aspect controversé, contrairement à l'existence d'un droit réclamé.

De la lecture de la demande, il peut être constaté que le droit à un accès abordable et équitable à l'eau était le droit mis en avant par les auteurs⁶⁰⁴. Cependant, à aucun moment dans le texte, l'exercice de ce droit ne s'appuyait sur des dispositions

⁶⁰⁰ *Ibidem*, §36.

⁶⁰¹ Voir l'article 356 du *Código de Procedimiento Civil* de la Bolivie.

⁶⁰² *Aguas del Tunari S.A. v. Republic of Bolivia*. Petition of la Coordinadora para la Defensa del Agua y Vida et al. du 29 août 2002, §5-17.

⁶⁰³ *Ibidem*, §25-27.

⁶⁰⁴ *Ibidem*, §18-22.

juridiques internes ou internationales. En effet, le TBI Bolivie-Pays Bas sur lequel se fondait la demande principale ne contenait pas de dispositions protectrices d'autres droits que ceux qui protégeaient uniquement les investisseurs.

Traditionnellement, les tierces parties dans un procès réclament un droit lié à la revendication d'une des parties, un droit prioritaire ou un droit qui s'oppose aux deux. En tout cas, le tribunal est obligé de juger aussi par rapport au droit des tiers. Dans le cas d'un arbitrage d'investissement, le tribunal ne peut pas accorder à des tierces parties les droits substantifs que l'accord international à la base de l'arbitrage ne confère qu'aux parties contestantes⁶⁰⁵. En effet, la Convention de Washington et son règlement d'arbitrage ne considèrent comme « parties du différend » que l'État membre de la Convention et l'investisseur ressortissant d'un autre État membre. L'intervention de tierces parties n'y est pas prévue. Ainsi, le système de résolution des différends du CIRDI ne s'étend pas à d'autres parties affectées par l'affaire, sauf si une telle intervention est prévue par le traité international sur lequel se fonderait l'arbitrage.

Outre la soumission des mémoires, la demande d'intervention en tant que tiers dans l'affaire *Aguas del Tunari* cherchait à obtenir l'autorisation du tribunal pour assister et participer aux audiences, droits qui, en principe, n'appartiennent qu'aux parties contestantes. Avant les changements effectués dans le Règlement d'arbitrage CIRDI en 2006, le consentement des parties était nécessaire pour qu'une personne étrangère à la procédure arbitrale, puisse assister aux audiences⁶⁰⁶. Depuis 2006, l'Article 32 du Règlement d'arbitrage CIRDI énonce :

« 2) Sauf si l'une des parties s'y oppose, le Tribunal, après consultation du Secrétaire général, peut permettre à des personnes, autres que les parties, leurs agents, conseillers et avocats, les témoins et experts au cours de leur déposition, et les fonctionnaires du Tribunal, d'assister aux audiences ou de les observer, en partie ou en leur totalité, sous réserve d'arrangements logistiques appropriés. »

⁶⁰⁵ Voir *Methanex corporation v. United States of America*. Decision of the Tribunal on petitions from third persons to intervene as amici curiae, 15 janvier 2001, §27-29 ; et *UPS v. Government of Canada*. Decision of the Tribunal on petitions for intervention and participation as amici curiae, 17 octobre 2001, §60-61. *Aguas del Tunari S.A. v. Republic of Bolivia*. Pétition de la Coordinadora para la Defensa del Agua y Vida et al. du 29 août 2002, §42-44.

⁶⁰⁶ Voir l'article 32 du Règlement d'arbitrage CIRDI en vigueur du 1^{er} janvier 2003 au 9 avril 2006 et le même article du Règlement d'arbitrage CIRDI en vigueur du 26 septembre 1984 au 31 décembre 2002.

Bien que le Tribunal n'ait pas strictement besoin du « consentement » des parties, la nouvelle disposition leur confère un droit de veto : si l'une des parties s'y oppose, les audiences ne seront pas publiques⁶⁰⁷. Le droit à assister aux audiences et à avoir accès aux mémoires et à tous les documents issus de la procédure fait partie en effet des droits des parties contestantes, un droit que les tiers intervenants cherchaient à obtenir en demandant l'autorisation du Tribunal *Aguas del Tunari* pour y intervenir en tant que tierces parties. Les questions concernant l'ouverture des audiences et la publicité des documents, seront abordées après, au sujet de la transparence des arbitrages et du droit à l'information.

Les procédures arbitrales régularisées par la Convention de Washington restent donc fermées aux réclamations de tierces parties. Pourtant, la Constitution de la Bolivie de 2009 reflète une volonté étatique d'intégrer la population dans diverses affaires étatiques. La nouvelle norme suprême bolivienne consacre le droit à la « Participation et contrôle social » de la société organisée, un droit d'une portée certainement plus large que le simple droit à l'accès à l'information. L'article 241 CN permet à la société civile *inter alia* de participer à l'élaboration des politiques publiques, d'exercer un contrôle social sur la gestion publique à tous les niveaux du gouvernement et des entreprises publiques, mixtes et privées qui administrent des ressources fiscales et de surveiller la qualité des services publics, souvent aux mains d'entreprises transnationales.

Lors du processus d'élaboration de la loi réglementaire de la participation et du contrôle social, une organisation proposa un projet de loi qui qualifiait les entreprises ou institutions privées administrant des ressources publiques, fournissant des services publics et exploitant des ressources naturelles ou stratégiques de « sujets passifs », responsables donc de garantir la participation et le contrôle social des « sujets actifs »⁶⁰⁸. Ces entreprises seraient obligées à « répondre avec promptitude aux demandes d'information requise par la société civile organisée »⁶⁰⁹.

Finalement, bien que la Loi de participation et de contrôle social promulguée le 5 février 2013 (LPCS) inclue dans son champ d'application les entreprises privées

⁶⁰⁷ Mary H. MOURRA et Thomas E. CARBONNEAU, *op. cit.*, p. 32.

⁶⁰⁸ Voir ARTICULACIÓN NACIONAL DE ORGANIZACIONES URBANAS. *Propuesta para el debate del anteproyecto de Ley marco de Participación y Control Social*. Bolivia : CEDIB, 2011, articles 14 et 16, p. 11-12.

⁶⁰⁹ *Ibidem*, article 16(5), p. 12. Traduction par l'auteur.

prestataires de services basiques ou administrant des ressources fiscales ou naturelles⁶¹⁰, les droits de la société civile sont plus restreints que ce qui avait été initialement proposé. D'une part, les seules entreprises qui semblent finalement concernées par la loi sont celles qui fournissent des services publics⁶¹¹. D'autre part, les droits octroyés furent réduits au droit à l'information, à contrôler la qualité des services et à présenter des réclamations lorsque la qualité des services n'est pas assurée. Quant aux informations pouvant être obtenues, la loi exclut celles qui présentent un caractère secret, réservé ou confidentiel, ainsi définis par la loi⁶¹².

Ainsi, ni la Constitution nationale ni la LPCS ne suffiraient à justifier le droit de la société civile à participer en tant que partie aux différends relatifs aux investissements. Les TBIs conclus avec la Bolivie, et qui servent de fondement aux arbitrages CIRDI, ne contiennent pas de dispositions au sujet de la transparence des arbitrages ou d'une participation plus active de la société. Le droit à la participation et le contrôle social consacrés dans la Constitution bolivienne ne serviraient qu'à appuyer la participation de la société civile en tant qu'*amicus curiae* car il se réduit presque à une sorte de « droit d'accès à l'information », dans un sens plus large qui, pourtant, n'a pas de portée significative au sujet de la participation de la société civile en tant que tierce partie dans un arbitrage. Néanmoins, le droit en question pourrait avoir des conséquences sur la confidentialité de l'arbitrage : par exemple, au sujet de la publicité des audiences, il faudrait se demander si le droit constitutionnel de participation de la société civile prévaudrait sur le droit de veto de l'investisseur.

Jusqu'à présent, les demandes des *amici curiae* n'ont pas réussi à obtenir des droits de participation au-delà de la présentation de soumissions écrites, la seule exception étant l'accès à des documents issus de quelques procédures arbitrales⁶¹³. Pourtant, l'acceptation d'*amici curiae* dans le cadre d'une procédure arbitrale pourrait ne pas suffire

⁶¹⁰ *Ley n°341 de participación y control social*, 5 février 2013, article 2(II).

⁶¹¹ *Ibidem*, articles 26-32.

⁶¹² *Ibidem*, article 11(5).

⁶¹³ Lucas BASTIN. *Amici curiae in investor-State arbitration : eight recent trends*. *Arbitration International*, 2014, vol. 30, n°1, p. 140.

à répondre aux préoccupations d'une société civile qui demande plus de transparence⁶¹⁴.

Section 2. La transparence et le droit à l'information : des principes contraires à la confidentialité des arbitrages.

Le principe de confidentialité régnant dans les arbitrages commerciaux se heurte à la transparence demandée dans les affaires qui impliquent un État, une de ses subdivisions ou un organisme dépendant. Ainsi, dans le cadre des arbitrages d'investissement, la protection contre, *inter alia*, la médiatisation d'une affaire ou la divulgation des secrets techniques ou de la situation financière d'une entreprise devient superflue face aux obligations de l'État envers ses citoyens.

La transparence dans le cadre de la Convention de Washington et de son Règlement d'arbitrage sera donc ensuite analysée (§1), puis l'application des lois internes de transparence par les tribunaux du Centre (§2).

§1. La transparence dans le cadre de la Convention CIRDI et de son règlement d'arbitrage.

A. Transparence et démocratisation de l'arbitrage.

« *Transparency in any legal regime, including its dispute settlement system, is fundamental to democratic governance today* »⁶¹⁵. Le déroulement des procédures arbitrales à huis clos est extrêmement critiqué et qualifié d'antidémocratique surtout lorsque les affaires portées devant la justice arbitrale sont considérées d'intérêt général⁶¹⁶.

⁶¹⁴ Voir Alexis MOURRE. Are amici curiae the proper response to the public's concerns on transparency in investment arbitration? *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 2006, vol. 5, n°2, p. 257-271.

⁶¹⁵ Howard MANN, Aaron COSBEY, Luke PETERSON, et Konrad VON MOLTKE. Comments on ICSID Discussion Paper, "Possible Improvements of the Framework for ICSID Arbitration". IISD, 15 décembre 2004, p. 5.

⁶¹⁶ Voir Mary H. MOURRA et Thomas E. CARBONNEAU, *op. cit.*, p. 30. Emmanuel GAILLARD. Centre International pour le règlement des différends relatifs aux investissements CIRDI. Chronique des sentences arbitrales. *Journal du Droit International*, 2002, n°1, p. 194-195. Abby COHEN SMUTNY et Kristen M. YOUNG. Confidentialité et États. *Bulletin de la Cour Internationale d'Arbitrage de la CCI*, 2009, supplément spécial, p. 79-80. Severine MENÉTREY, *op. cit.*, p. 52. Barnali CHOUDHURY. Democratic implications arising from the intersection of investment arbitration and human rights, *op. cit.*, p. 998-1002.

L'importance donnée aux intérêts privés et à la confidentialité serait donc diminuée pour mettre l'accent sur le droit de la société à être informée et à demander la transparence des actions de son État d'origine. Le principe de confidentialité de l'arbitrage, s'il en existe vraiment un, comporterait donc certaines exceptions⁶¹⁷ ou plutôt, en matière d'arbitrage d'investissement, s'effacerait devant un principe de transparence naissant : « [c]omme c'est le rôle public de l'État qui est en cause, la confidentialité des procédures est insoutenable [...]. »⁶¹⁸

Souvent, les exigences de transparence des affaires CIRDI sont liées aux demandes d'intervention en qualité d'*amicus curiae*. Suivant l'exemple de l'affaire *Aguas del Tunari*, les ONG qui souhaitaient intervenir demandèrent au tribunal une transparence absolue : la révélation publique des soumissions écrites au tribunal, l'ouverture des audiences au public et même le déplacement du tribunal sur le terrain pour qu'il y effectue des audiences publiques concernant les faits du différend⁶¹⁹. Aucune de ces demandes ne fut accordée par le tribunal faute du consentement des parties.

Mais la décision du tribunal dans l'affaire *Aguas del Tunari* n'est pas le dernier mot en matière d'arbitrage CIRDI. L'importance de la transparence des arbitrages d'investissement fut postérieurement reconnue par le tribunal des affaires *Aguas Argentinas* et *Aguas de Santa Fe* qui affirma que l'acceptation par le public de la légitimité des procédures internationales d'arbitrage était renforcée par une plus grande ouverture et une meilleure connaissance de la façon dont ces procédures fonctionnaient :

« Public acceptance of the legitimacy of international arbitral processes, particularly when they involve states and matters of public interest, is strengthened by increased openness and increased

Voir aussi les arguments des ONGs qui demandaient à intervenir dans l'affaire *Aguas del Tunari* : "Each Petitioner also has an interest in addressing the lack of transparency that traditionally attends international arbitral processes and in ensuring that issues with broad public impacts are resolved through democratic processes that provide for meaningful public participation". *Aguas del Tunari S.A. v. Republic of Bolivia*. Petition of la Coordinadora para la Defensa del Agua y Vida et al. du 29 août 2002, §2, 23-34.

⁶¹⁷ Voir George BURN et Alison PEARSALL. Les exceptions au principe de confidentialité en matière d'arbitrage international. *Bulletin de la Cour Internationale d'Arbitrage de la CCI*, 2009, supplément spécial, p. 25-41. Serge LAZAREFF, *op. cit.*, p. 96-100. Antonias DIMOLITSA. Règlements institutionnels et régimes nationaux relatifs à l'obligation de confidentialité incombant aux parties en matière d'arbitrage. *Bulletin de la Cour Internationale d'Arbitrage de la CCI*, 2009, supplément spécial, p. 8.

⁶¹⁸ Alain PRUJINER. L'arbitrage unilatéral : un coucou dans le nid de l'arbitrage conventionnel ? *Revue de l'arbitrage*, 2005, n°1, p. 98.

⁶¹⁹ *Aguas del Tunari S.A. v. Republic of Bolivia*. Petition of la Coordinadora para la Defensa del Agua y Vida et al. du 29 août 2002, §63(iii)(iv)(v).

knowledge as to how these processes function. It is this imperative that has led to increased transparency in the arbitral processes of the World Trade Organization and the North American Free Trade Agreement. »⁶²⁰

La transparence légitime donc l'arbitrage d'investissement aux yeux du public⁶²¹ :

« La transparence accrue du processus arbitral d'investissement contribue à renforcer la légitimité externe de l'arbitrage d'investissement nécessaire à la pérennité du système à long terme »⁶²².

Cependant, cette transparence trouvera des limites dans le cadre des arbitrages régulés par la Convention de Washington.

B. Les limitations de la transparence dans le cadre des arbitrages CIRDI.

La transparence *lato sensu* implique la publicité de l'affaire aux yeux de tous. Il s'agit donc d'un droit général qui n'aurait pas besoin d'être réclamé, par exemple, au moyen d'une demande d'intervention en tant qu'*amicus curiae*. Néanmoins, l'arbitrage d'investissement connaît une transparence restreinte en fonction des personnes ou des éléments matériels. D'un côté, la transparence est limitée personnellement lorsqu'elle est accordée exclusivement à certains pétitionnaires. D'un autre côté, la publicité d'une affaire peut se limiter à certains documents ou à certaines étapes de la procédure arbitrale. Or, la transparence des arbitrages concerne d'abord la publicité de l'existence même de l'affaire – de son enregistrement –, puis l'accès aux audiences et la publication des documents liés à la procédure arbitrale, y compris les sentences.

⁶²⁰ Voir *Aguas Argentinas*. Order in Response to a Petition for Transparency and Participation as Amicus Curiae du 19 mai 2005, §22. Et *Aguas de Santa Fe*. Order in Response to a Petition for Participation as Amicus Curiae du 17 mars 2006, §21.

⁶²¹ Pierre TERCIER. La légitimité de l'arbitrage. *Revue de l'arbitrage*, 2011, n°3, p. 653-668. Jeffery ATIK. Legitimacy, transparency and NGO participation in the NAFTA Chapter 11 process. In : Todd WEILER (éditeur). *NAFTA Investment Law and Arbitration : past issues, current practice, future prospects*. New York : Transnational Publishers, 2004, p. 135-151. Voir aussi les arguments des personnes demandant leur participation dans l'affaire *Aguas del Tunari* : “Without Petitioners’ Participation, this Arbitration Cannot Be a Legitimate Process for Resolving Aguas del Tunari’s Claim”. *Aguas del Tunari S.A. v. Republic of Bolivia*. Petition of la Coordinadora para la Defensa del Agua y Vida et al. du 29 août 2002, §31-34.

⁶²² Severine MENÉTREY, *op. cit.* p. 52.

La publicité de l'existence de l'affaire, c'est la porte d'accès à l'information qui résultera de la procédure :

« En effet, si le litige demeure secret, il en découle qu'aucun document ne pourra être révélé et que faute d'information, le public ne pourra pas demander à assister et encore moins à participer à la procédure »⁶²³.

À ce sujet, le CIRDI publie l'enregistrement des affaires par son Secrétariat, en indiquant la date d'enregistrement, le nom des parties, le numéro attribué à l'affaire, l'objet du litige, la date de constitution du tribunal arbitral avec les noms de ses membres, l'état de la procédure et la référence des décisions et des sentences publiées⁶²⁴. Ces informations sont à la portée du public en général.

Pourtant, si la publicité initiale de l'affaire s'impose, il n'en va pas de même pour la publicité des mémoires, des documents issus de la procédure et des audiences. L'accès aux mémoires et aux documents qui découlent de l'affaire est normalement lié à une demande concrète, par exemple, celle d'un *amicus curiae*. Bien que l'acceptation des *amici* par les tribunaux arbitraux donne l'impression d'assister à une grande ouverture de la procédure arbitrale, cela n'est qu'un mirage. En réalité, l'intervention des *amici* n'implique ni la transparence de l'affaire ni l'accès aux documents qui en découlent. Par exemple, le tribunal CIRDI de l'affaire *Aguas Argentinas*, après avoir qualifié l'affaire d'intérêt public, décida que la participation des *amici* pouvait être exercée sans leur accorder l'accès aux documents de la procédure puisqu'ils avaient l'information suffisante pour y participer comme amis de la cour⁶²⁵. Ainsi, d'après cette décision, l'accès aux documents de la procédure arbitrale doit être justifié.

Au sujet de la publicité des sentences arbitrales,

⁶²³ *Ibidem*, p. 37.

⁶²⁴ Voir le site internet du CIRDI : <<http://icsid.worldbank.org>> (consulté le 3 juin 2015).

⁶²⁵ *Aguas Argentinas*. Order in response to a petition by five non-governmental organizations for permission to make an *amicus curiae* submission du 12 février 2007, §25.

« Le Centre ne publie pas la sentence sans le consentement des parties. Toutefois, le Centre inclut dans les meilleurs délais dans ses publications des extraits du raisonnement juridique adopté par le Tribunal »⁶²⁶.

Le Centre cherche ainsi à contribuer à l'étude académique des critères des tribunaux et au développement d'une jurisprudence arbitrale, ouvrant quelque peu ses affaires.

Le sujet de la publicité des audiences fut ci-avant abordé. Après les modifications apportées au Règlement d'arbitrage CIRDI, les parties contestantes ont conservé un droit de veto et, en conséquence, peuvent empêcher l'assistance de tiers aux audiences. Néanmoins, même s'il est considéré que la publicité des documents et des audiences des affaires CIRDI reste essentiellement sous le contrôle des parties, le Centre essaie de montrer sa volonté en faveur de la transparence de ses affaires. Ainsi, le 30 avril 2008, le Centre communiqua la mise en place d'un nouvel élément sur son site web qui permettrait d'avoir des renseignements extensifs sur les procédures arbitrales administrées par lui. Le CIRDI annonça que cette nouveauté faisait partie de ses « efforts pour rendre plus transparente la gestion de ses affaires »⁶²⁷.

Cette intention du CIRDI conjointement avec la volonté des États signataires des TPPIs qui y incluent de plus en plus de dispositions concernant la transparence des affaires arbitrales, développent la mise en place d'un principe général qui s'opposerait à la confidentialité traditionnelle des procédures arbitrales. En outre, dans certains cas, la transparence n'est plus liée à des demandes expresses. Par exemple, les derniers accords de libre-échange des États-Unis, dont l'Accord avec l'Amérique Centrale et la République Dominicaine (ALECA), incluent une clause de transparence des procédures arbitrales. La notification de l'arbitrage, la requête, les mémoires, les écrits soumis au Tribunal, les transcriptions des audiences et les ordonnances et les décisions du Tribunal sont mises à la disposition du public. De plus, le Tribunal doit conduire des audiences ouvertes au public, en consultant les parties uniquement par rapport aux démarches logistiques appropriées et en respectant la conservation de l'information dite protégée⁶²⁸.

⁶²⁶ Article 48(4) du Règlement d'arbitrage CIRDI.

⁶²⁷ CIRDI. Procedural Details Available on the ICSID Website [en ligne]. *ICSID News Releases*, publié le 30 avril 2008. Disponible sur : <<http://icsid.worldbank.org>> (consulté le 14 août 2012).

⁶²⁸ Voir par exemple l'article 15.20 de l'Accord de libre-échange entre les États-Unis et Singapour du 6 mai 2003, l'article 10.20 de l'Accord de libre-échange entre les États-Unis et le Chili du 6 juin 2003,

Les arbitrages d'investissement régulés par ce cadre juridique bénéficient sans doute d'un principe de transparence.

Dans le cadre de l'ALECA, quelques audiences sont transmises en direct sur le site internet du CIRDI et y restent disponibles pour consultation⁶²⁹. Le Guatemala, le Salvador et le Costa Rica ont été acteurs de ces transmissions rendues publiques conformément à l'article 10.21.2 de l'ALECA⁶³⁰. En effet, « [l]'accès aux audiences est une évolution indéniable vers une transparence accrue de la procédure et peut constituer une véritable révolution aux yeux de certains »⁶³¹. Rien n'oblige le CIRDI à tenir des audiences publiques avec la si large diffusion qu'offre l'internet et pourtant le Centre accomplit son devoir de transparence imposé par l'ALECA en utilisant le meilleur des moyens :

« Cette initiative fait partie des efforts continus du Centre pour promouvoir une compréhension plus large du règlement des différends d'investissement dans le cadre de la Convention CIRDI, règles et règlements, et pour favoriser le développement du droit international des investissements. »⁶³²

Les tribunaux CIRDI appliquent donc effectivement les dispositions en matière de transparence prévues par les accords internationaux qui fondent leur compétence et publient de nombreuses décisions arbitrales⁶³³, ce qui témoigne d'une publicité des procédures à leurs différentes étapes. L'argument qui prétend discréditer les tribunaux

l'article 10.21 de l'Accord de libre-échange entre les États-Unis et le Pérou du 12 avril 2006, et l'article 10.21 de l'Accord de libre-échange États-Unis-Amérique Centrale et République Dominicaine (ALECA).

⁶²⁹ Affaires *Railroad Development Corporation c. la République du Guatemala* (aff. CIRDI n°ARB/07/23), audiences du 8 au 16 décembre 2011 ; *Pac Rim Cayman LLC c. la République du Salvador* (aff. CIRDI n°ARB/09/12), audiences du 2-4 mai 2011 ; *Commerce Group Corp. et San Sebastian Gold Mines, Inc. c. la République du Salvador* (aff. CIRDI N° ARB/09/17), audience du 15 novembre 2010. *Spence International Investments et al. c. la République du Costa Rica* (aff. CIRDI N°UNCT/13/2), audiences du 20 au 24 avril 2015. Voir *ICSID News releases*. <<http://icsid.worldbank.org>> (consulté le 3 juin 2015).

⁶³⁰ Même si le consentement des parties n'est pas requis, le Centre a remarqué qu'elles avaient entièrement soutenu la diffusion des audiences : « *The live streaming was made available pursuant to Article 10.21.2 of the Dominican Republic-Central America-United States Free Trade Agreement (CAFTA), with full support from the parties.* » Voir *Railroad Development Corporation v. Republic of Guatemala*, aff. CIRDI n°ARB/07/23. Public hearing [en ligne]. *ICSID News releases*, publié le 30 mai 2012. Disponible sur : <<http://icsid.worldbank.org>> (consulté le 14 août 2014).

⁶³¹ Severine MENÉTREY, *op. cit.*, p. 47.

⁶³² *Spence International Investments et al. v. Republic of Costa Rica*, aff. CIRDI n°UNCT/13/2. Public Hearing [en ligne]. *ICSID News releases*, publié le 14 avril 2015. Disponible sur : <<http://icsid.worldbank.org>> (consulté le 3 juin 2015).

⁶³³ Comme prévu par le professeur Gaillard, la publication des sentences a augmenté ces dernières années. Emmanuel GAILLARD. Centre International pour le règlement des différends relatifs aux investissements CIRDI. Chronique des sentences arbitrales (2002), *op. cit.* p. 195.

CIRDI en soutenant qu'ils désirent délibérer a huis clos, comme s'ils faisaient tout leur possible pour maintenir le public à l'écart des procès, ne tient pas et cela sera confirmé par la suite.

§2. Les lois nationales de transparence et leur application par les tribunaux arbitraux CIRDI.

A. Le cadre juridique en matière de transparence en Amérique latine.

« [L]a transparence s'analyse comme la reconnaissance progressive d'un droit, au niveau international, à l'information du public... »⁶³⁴. Les gouvernements des pays détracteurs du CIRDI critiquent durement le manque de publicité des procédures arbitrales. Pourtant, les gouvernements de ces pays ne sont pas un exemple de transparence. Les lois régulant l'accès à l'information publique en Amérique Latine ont commencé à peine à voir le jour depuis 2002. Remarquons que jusqu'au mois d'août 2014 la Bolivie et l'Argentine n'avaient pas de lois d'accès à l'information.

En Bolivie, le Décret n°28168 régule le droit d'accès à l'information mais uniquement en ce qui concerne la gestion du pouvoir exécutif à tous ces niveaux – central, décentralisé, déconcentré, entreprises et sociétés étatiques –⁶³⁵. Un projet de loi en matière de transparence et d'accès à l'information⁶³⁶ est en discussion depuis 2013, mais certains acteurs sociaux⁶³⁷ le critiquent sévèrement. Les principales critiques concernent les exceptions au droit d'accès à l'information, car le projet exclut les informations sur des actions stratégiques liées aux ressources naturelles, des études d'impact

⁶³⁴ Severine MENÉTREY, *op. cit.*, p. 55.

⁶³⁵ CARLOS D. MESA GISBERT, PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA RÉPUBLICA. *Decreto Supremo n°28168*, 17 mai 2005.

⁶³⁶ *Ley de transparencia y acceso a la información pública*, projet de loi.

⁶³⁷ Voir Paola NALVARTE. En Bolivia, periodistas rechazan proyecto de ley de acceso a la información [en ligne]. In : *Site Journalism in the Americas*, publié le 9 novembre 2013. Disponible sur : <<https://knightcenter.utexas.edu/es/blog/00-14741-en-bolivia-periodistas-rechazan-proyecto-de-ley-de-acceso-la-informacion-en-peru-hace->> (consulté le 14 août 2014). Raúl MORALES ROMERO. Análisis de ley de transparencia y acceso a la información [en ligne]. In : *Site La Razón, la Gaceta Jurídica*, publié le 13 août 2013. Disponible sur : <http://www.la-razon.com/suplementos/la_gaceta_juridica/Analisis-Ley-Transparencia-Acceso-Informacion_0_1886811386.html> (consulté le 14 août 2014). Luz MENDOZA. Proyecto gubernamental de ley de acceso a la información es rechazado por la prensa boliviana [en ligne]. In : *Site Eju*, publié le 2 septembre 2013. Disponible sur : <<http://eju.tv/2013/09/proyecto-gubernamental-de-ley-de-acceso-a-la-informacion-es-rechazado-por-la-prensa-boliviana/>> (consulté le 14 août 2014).

environnemental et, plus généralement, toute information postérieurement exclue par loi ou décret⁶³⁸. De plus, qualifier une information de « réservée » reste une faculté des autorités étatiques qui peuvent restreindre l'accès à l'information pour une période de cinq ans⁶³⁹.

En Argentine, l'élaboration d'une loi d'accès à l'information publique est principalement encouragée par des organisations civiles comme CIPPE⁶⁴⁰, FOPEA⁶⁴¹ ou Argentina Transparente⁶⁴². Pourtant, l'approbation de nombreux projets de loi réalisés avec la participation de ces organisations depuis 2001 fut gênée par l'opposition de certains groupes parlementaires mais aussi par la situation politique et économique très difficile qui influa sur les priorités législatives de ces dernières années⁶⁴³. La Cour Suprême de Justice argentine partage les revendications sociales et s'est récemment prononcée sur la nécessité de promulguer une loi qui régle le droit d'accès à l'information publique :

« Sans aucun doute, pour garantir effectivement le droit à l'information, l'État doit passer de toute urgence une loi qui, sauvegardant les normes internationales dans ce domaine et le principe du caractère raisonnable, régle de manière exhaustive la façon dont les pouvoirs publics doivent satisfaire ce droit. »⁶⁴⁴

En Bolivie⁶⁴⁵, en Équateur⁶⁴⁶ et au Mexique⁶⁴⁷, le droit à l'information publique fut récemment reconnu dans leurs Constitutions. L'article 6 de la Constitution Politique

⁶³⁸ Voir *Ley de transparencia y acceso a la información pública*, projet de loi, article 42.

⁶³⁹ *Ibidem*, article 43.

⁶⁴⁰ Centro de Implementación de Políticas Públicas para la Equidad y el Crecimiento, campaña « más información, menos pobreza » (plus d'information, moins de pauvreté), <<http://www.cippe.org/acerca-de-cippe>> (consulté le 14 août 2014). Voir María BARÓN. El laberinto de la transparencia en Argentina [en ligne]. In: *Site Freedominfo*, publié le 13 avril 2004, p. 1. Disponible sur: <<http://www.freedominfo.org/documents/baronesp.pdf>> (consulté le 14 août 2014).

⁶⁴¹ Foro de periodismo argentino, campagne « *queremos preguntar* » (nous voulons demander), <<http://www.fopea.org>> (consulté le 14 août 2014). Voir Juan Carlos SIMO. Argentina : a right without a law is a limited right. In : KNIGHT CENTER FOR JOURNALISM IN THE AMERICAS. *Transparency and accountability : journalism and access to public information in Latin America and the Caribbean*. Austin : Forum of journalism in the Americas, 2013, p. 13-14.

⁶⁴² Cette dernière organisation a élaboré un projet de loi qui peut être consulté en ligne. Voir Proyecto de ley de transparencia en la función pública [en ligne]. In : *Site d'Argentina Transparente*, publié le 22 mai 2013. Disponible sur : <<http://argentinatransparente.org/propuesta-de-ley-de-jorge-albertsen>> (consulté le 14 août 2014).

⁶⁴³ María BARÓN, *op. cit.* p. 2.

⁶⁴⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. *Sentence du 26 mars 2014, aff. C.830.XLVI*, §32.

⁶⁴⁵ Articles 21 et 242 de la Constitution de la Bolivie en vigueur depuis 2009, promulguée sous la présidence d'Evo Morales.

mexicaine consacre de manière expresse le droit à l'accès à l'information, incorporant un nouveau droit fondamental au système constitutionnel mexicain⁶⁴⁸ et établissant une norme à caractère général : toute l'information aux mains des autorités et des entités de l'État mexicain est publique. Il n'est donc pas justifié de réserver temporairement une information publique sous prétexte de protéger un intérêt privé ; au contraire, les causes justifiant une rétention d'information doivent entraîner un réel préjudice en-dehors des personnes directement impliquées et en relation avec des intérêts collectifs ou universels⁶⁴⁹. Cet article consacre donc un principe de publicité maximale⁶⁵⁰.

De même, l'article 21 de la Constitution de la Bolivie classe le droit à l'accès à l'information comme un droit civil des boliviens et son titre sur la « participation et contrôle social » – articles 241 et 242 – prévoit :

« La participation et le contrôle social suppose [...] : [...] 4. Encourager la gestion transparente de l'information et de l'utilisation des ressources dans tous les domaines de la gestion publique. L'information demandée par le contrôle social ne pourra pas être déniée et devra être rendue de manière intégrale, sincère, adéquate et opportune. »⁶⁵¹

Comme il fut auparavant mentionné, le contrôle social prévu par la Constitution bolivienne concerne certaines entreprises privées, notamment celles chargées des concessions des services publics. Pourtant, l'accès à l'information des entreprises privées est limité, les boliviens n'ayant un droit d'accès qu'à des informations documentées concernant la qualité des services assurés par des entreprises publiques et à des informations documentées et statiques des entités privées qui administrent des ressources

⁶⁴⁶ Article 18 de la Constitution de l'Équateur en vigueur depuis le 20 octobre 2008, promulguée sous la présidence de Rafael Correa.

⁶⁴⁷ Article 6, réforme constitutionnelle en vigueur depuis le 20 juillet 2007. CÁMARA DE DIPUTADOS, H. CONGRESO DE LA UNIÓN. *Reformas constitucionales por artículo* [en ligne], article 6. Disponible sur : <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum_art.htm> (consulté le 14 août 2014).

⁶⁴⁸ Miguel CARBONELL. *El régimen constitucional de la transparencia*. Mexico, D.F. : UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008, p. 8. Voir aussi au sujet de la transparence au Mexique : Miguel CARBONELL et Jorge BUSTILLOS ROÑEQUÍ (éditeurs). *Hacia una democracia de contenidos: la reforma constitucional en materia de transparencia*. Mexico, D.F. : UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007. Issa LUNA PLA. *Movimiento social del derecho a la información en México*. Mexico, D.F. : UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009. Ernesto VILLANUEVA. *Temas selectos de derecho de la información*. Mexico, D.F. : UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004.

⁶⁴⁹ Miguel CARBONELL. *El régimen constitucional de la transparencia*, *op. cit.*, p. 22.

⁶⁵⁰ Jorge BUSTILLOS ROÑEQUÍ. Máxima publicidad y la reserva de información como excepción. In : Miguel CARBONELL et Jorge BUSTILLOS ROÑEQUÍ, *op. cit.*, p. 37-69.

⁶⁵¹ Article 242(4) de la Constitution de la Bolivie en vigueur. Traduction par l'auteur.

fiscales ou naturelles⁶⁵². En outre, la Loi sur la participation et le contrôle social de la Bolivie (LPCS) ne concerne que la société civile organisée, à savoir les organisations, les syndicats et les associations⁶⁵³ mais, il fut déjà indiqué, la Bolivie n'a toujours pas de loi en matière de transparence et d'accès à l'information.

En Équateur, l'article 18 de la Constitution de 2008 signale :

« Toutes les personnes, individuellement ou collectivement, ont le droit à : [...] 2. Accéder librement à l'information fournie dans les entités publiques ou dans les entités privées chargées des fonds de l'État ou qui exercent des fonctions publiques. Il n'y aura pas de rétention d'information sauf dans les cas expressément reconnus par la loi. Dans le cas de violation des droits de l'homme, aucune entité publique ne pourra dénier l'information. »⁶⁵⁴

En général, en ce qui concerne le droit à l'accès à l'information publique, accréditer un intérêt direct ou prouver un préjudice personnel ne sont pas des conditions pour obtenir cet accès. La tendance est donc que la légitimation active soit le moins restrictive possible⁶⁵⁵, contrairement aux autres domaines juridiques où l'exercice légitime des droits nécessite que le sujet soit directement affecté par un acte avec des conséquences juridiques (légitimation restrictive).

En droit international, le droit à l'accès à l'information est aussi reconnu comme un droit individuel par la Cour interaméricaine des droits de l'homme. Dans l'affaire *Claude Reyes c. le Chili*, la Cour décida que l'article 13 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme protégeait le droit de toute personne à solliciter l'information que contrôlait l'État. De plus, l'information devait être donnée sans que la justification d'un intérêt direct ou la démonstration d'un préjudice personnel soient nécessaires⁶⁵⁶.

⁶⁵² Article 8(3) (6) LPCS.

⁶⁵³ Voir articles 6 et 7 LPCS.

⁶⁵⁴ Traduction par l'auteur.

⁶⁵⁵ Ernesto VILLANUEVA. *Derecho de acceso a la información pública en Latinoamérica, Estudio introductorio y compilación*. México, D.F. : UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, p. LIV.

⁶⁵⁶ « 92. La Corte observa que en una sociedad democrática es indispensable que las autoridades estatales se rijan por el principio de máxima divulgación, el cual establece la presunción de que toda información es accesible, sujeto a un sistema restringido de excepciones » (caractères gras ajoutés). COUR INTERAMÉRICAINNE DES DROITS DE L'HOMME. *Sentence rendue le 19 septembre 2006, aff. Claude Reyes et autres c. le Chili*, §92.

Néanmoins, le Venezuela⁶⁵⁷ ne suit pas cette tendance. Bien que selon l'article 141 de la Constitution, l'administration publique doit respecter le principe de transparence, en ce qui concerne les droits des personnes elle ne consacre pas le droit à l'information de façon aussi large que le font les Constitutions mexicaine, bolivienne et équatorienne. Ainsi, l'article 28 CN prévoit que :

« Toute personne [...] pourra avoir accès à des documents de toute nature contenant des informations d'intérêt pour des communautés ou groupes de personnes »⁶⁵⁸.

Approfondissant le sujet, la Salle Constitutionnelle du Tribunal Suprême de Justice du Venezuela a statué que même si la Constitution consacrait le droit citoyen à être informé, elle-même déterminait les limites externes à l'exercice de ce droit. Ainsi, en absence d'une loi expresse et afin de sauvegarder les limites de l'exercice du droit fondamental à l'information, toute demande d'accès à celle-ci devait remplir les deux conditions suivantes : i) la manifestation expresse du demandant des raisons ou des propos pour lesquels il requérait l'information et ii) la proportionnalité entre l'importance de l'information sollicitée et l'utilisation que le demandant prétendait faire de ladite information⁶⁵⁹.

Certes, qu'il y ait ou non des lois régulatrices du droit à l'accès à l'information, les citoyens latino-américains rencontrent souvent des difficultés pour obtenir une véritable transparence de l'administration étatique⁶⁶⁰. On accuse constamment les États

Voir aussi Jorge ISLAS L. La información pública y la jurisprudencia internacional. In : Miguel CARBONELL et Jorge BUSTILLOS ROÑEQUÍ, *op. cit.*, p. 155-174.

⁶⁵⁷ Constitution adoptée le 3 décembre 1999.

⁶⁵⁸ Traduction de l'auteur.

⁶⁵⁹ Voir SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA. *Décision n°745 du 15 juillet 2010, aff. n° 09-1003.*

Dans le cadre d'une demande de protection constitutionnelle concernant l'accès à des informations, le demandant sollicitait la Salle Constitutionnelle pour qu'elle modifie ce critère et l'adapte aux standards internationaux des droits de l'homme, l'information publique devant être fournie sans qu'il soit nécessaire de justifier un intérêt direct ou un préjudice personnel. La demande fut déclarée irrecevable et en conséquence la Salle Constitutionnelle ne statua pas sur ce point. Voir SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA. *Décision n°782 du 5 juin 2012, aff. n°12-0281.*

Concernant le droit d'accès à l'information au Venezuela, voir Mariengracia CHIRINOS ROJAS. *El acceso a la información como derecho humano : el derecho a saber en Venezuela.* Universidad Católica Andrés Bello, octobre 2012.

⁶⁶⁰ Même dans les pays qui ont des lois en matière de transparence et d'accès à l'information, on constate un manque d'effectivité de ces lois. Voir KNIGHT CENTER FOR JOURNALISM IN THE AMERICAS. *Transparency and accountability : journalism and access to public information in Latin America and the Caribbean, op. cit.*, p. 10-80. Mariana MAS (dir.). *Venciendo la cultura del secreto : obstáculos en la implementación de*

d'Amérique Latine d'avoir une profonde culture du secret⁶⁶¹ qui refuse de disparaître. « Le CIRDI est antidémocratique puisqu'il délibère à huis clos » : telle fut une des raisons que la Bolivie avança pour dénoncer la Convention de Washington⁶⁶². Pourtant, les critiques concernant l'apparente « obscurité » des procédures arbitrales du CIRDI pourraient aussi être adressées aux gouvernements latino-américains, car ils exigent des tribunaux arbitraux une transparence absolue qui n'existe guère dans leur cadre juridique national.

La doctrine latino-américaine en matière de transparence judiciaire discute souvent des limites du droit d'accès à l'information en ce qui concerne les procès judiciaires pourtant soumis à un principe de publicité⁶⁶³. Selon le juriste argentin Rodríguez Villafañe, pour déterminer la publicité qu'on doit donner aux procès judiciaires il faut tenir compte des différents moments, étapes, sortes d'actes judiciaires, matières, fors, juridictions, etc., qui font que le degré de publicité qu'on peut exiger des sentences judiciaires ne soit pas le même pour d'autres actes judiciaires⁶⁶⁴.

Les limites à la publicité des procès judiciaires reposent sur la protection de certains droits ou situations qui l'emportent sur le droit à l'accès à l'information comme, par exemple, le droit à la confidentialité des données personnelles, le droit des parties à leur défense ou l'atteinte à la sécurité ou à l'ordre social que la publicité d'une affaire pourrait provoquer⁶⁶⁵. Dans le cadre de l'arbitrage d'investissement, un État est toujours une des parties contestantes et l'arbitrage peut concerner des questions d'intérêt public, ce qui justifie la transparence réclamée. Pourtant, seule la loi d'arbitrage brésilienne –

políticas y normas de acceso a la información pública en siete países de América Latina. Montevideo : Centro de Archivos y Acceso a la Información Pública, 2011, p. 98-100. CENTRO DE ARCHIVOS Y ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA. El 74% de la población desconoce la existencia de la ley de acceso a la información pública [en ligne]. In : *Site CAinfo*, publié le 26 mai 2014. Disponible sur : <<http://www.cainfo.org.uy/2014/05/poblacion-desconoce-ley-de-acceso>> (consulté le 14 août 2014).

⁶⁶¹ Mariana MAS, *op. cit.* Ernesto VILLANUEVA. *Temas selectos de derecho de la información, op. cit.*, p. 171.

⁶⁶² ATTAC-URUGUAY. *Bolivia inicia campaña internacional contra el CIADI : Renegociará 24 tratados de protección a las inversiones* [en ligne]. In : *Site Attac-Uruguay*, publié le 11 mai 2007. Disponible sur : <<http://www.uruguay.attac.org/Documentos/varios/ciadi.htm>> (consulté le 14 août 2014).

⁶⁶³ Voir José Antonio CABALLERO JUÁREZ, Carlos G. GREGORIO, et al. (éditeurs). *El acceso a la información judicial en México : una visión comparada*. Mexico, D.F. : UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005. CONCHA CANTÚ, Hugo A. El acceso a la información de los poderes judiciales en México. In : Hugo A. CONCHA CANTÚ, Sergio LÓPEZ AYLLÓN, Lucy TACHER EPELSTEIN (éditeurs). *Transparentar al Estado : la experiencia mexicana de acceso a la información*. Mexico, D.F. : UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, p. 157-207.

⁶⁶⁴ Voir RODRÍGUEZ VILLAFANE Miguel Julio. La transparencia en el poder judicial de Argentina. In : José Antonio CABALLERO JUÁREZ, Carlos G. GREGORIO, et al., *op. cit.*, p. 20.

⁶⁶⁵ *Ibidem*, p. 19.

récemment modifiée – prévoit un principe de publicité des arbitrages impliquant l'administration publique⁶⁶⁶.

B. L'application des lois nationales de transparence par les tribunaux arbitraux.

L'accès à l'information gouvernementale est en effet le niveau le plus élémentaire de la participation de la société aux affaires étatiques. Pourtant, ce droit ne doit pas être méprisé, car il affecte directement la confidentialité des arbitrages d'investissement. Par exemple, les gouvernements des trois États signataires de l'ALÉNA sont soumis à des réglementations très efficaces en matière de droit à l'information : la « Loi sur l'Accès à l'Information »⁶⁶⁷ du Canada, le « *U.S. Freedom of Information Act*⁶⁶⁸ » des États-Unis et la « *Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental*⁶⁶⁹ » du Mexique.

Les citoyens de ces trois pays ont donc le droit d'exiger de leur gouvernement des informations concernant les procédures arbitrales dans lesquels l'État est ou a été impliqué, excepté les données qualifiées de confidentielles par les lois internes de chacun des pays. Ce droit d'accès à l'information dans le cadre des arbitrages ALÉNA est garanti, même malgré l'accord entre les parties du différend prévoyant la confidentialité de l'arbitrage⁶⁷⁰. Ce droit a été ainsi reconnu par les tribunaux arbitraux qui n'ont pas empêché la divulgation de documents demandés sur la base des législations nationales en assurant uniquement la rétention de données purement privées.

Par exemple, dans l'affaire Loewen⁶⁷¹, la première engagée contre les États-Unis,

⁶⁶⁶ « § 3º *A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade.* » Article 2(§3) de la *Lei n°9.307* du 23 septembre 1996, modifiée par la *Lei n°13.129* du 26 mai 2015 qui ajoute le paragraphe cité.

⁶⁶⁷ En vigueur depuis 1985.

⁶⁶⁸ En vigueur depuis 1966.

⁶⁶⁹ En vigueur depuis 2002.

⁶⁷⁰ George BURN et Alison PEARSALL, *op. cit.*, p. 34.

⁶⁷¹ *Loewen Group Inc. et Raymond Loewen c. les États-Unis d'Amérique*, aff. CIRDI n°ARB(AF)/98/3, enregistrée le 19 novembre 1998. Le Loewen Group Inc. société canadienne active dans l'industrie des pompes funèbres et Raymond L. Loewen, président et chef de la direction de l'entreprise au moment des faits en litige, ont en juillet 1998 déposé une plainte, soutenant que la conduite d'une affaire civile au Mississippi et la réduction du cautionnement requis pour le droit d'appel enfreignaient les obligations des États-Unis au titre du Chapitre 11 de l'Accord de libre-échange nord-américain. Loewen arguait la violation de trois dispositions de l'ALENA : le principe de non-discrimination ou traitement national de l'article 1102, la norme minimale de traitement contenu dans l'article 1105 et l'interdiction de l'expropriation sans indemnité fondée sur l'article 1110. Loewen exigeait des dommages qui dépassaient les 725 millions de dollars. Le 26 juin 2003, le tribunal a rejeté en totalité la revendication de Loewen contre les États-Unis.

le tribunal arbitral fut obligé d'analyser l'obligation des États-Unis de publier les documents liés à la procédure arbitrale selon sa loi interne puisqu'ils avaient été réclamés⁶⁷² sur la base de l'*U.S. Freedom of Information Act* (FOIA)⁶⁷³. L'investisseur, bien qu'il ne s'opposât pas à la publicité des documents, demanda que cela fût fait uniquement après la conclusion de l'arbitrage.

Le tribunal arbitral décida, le 28 septembre 1999, que ni l'ALENA ni les règles CIRDI n'imposaient une obligation générale de confidentialité, laquelle priverait la société de la connaissance et de l'information liées aux affaires publiques et gouvernementales⁶⁷⁴. Le tribunal arbitral reconnut expressément tant l'obligation d'information de l'État et de son devoir de transparence que le droit du public à être informé des affaires étatiques.

De même, le tribunal statuant sur l'affaire *Mondev International Ltd. c. les États-Unis*, considéra que :

« ...in general terms the ICSID (Additional Facility) Rules did not purport to qualify statutory obligations of disclosure which might exist for either party. Since it appeared that the FOIA created a statutory obligation of disclosure for the Respondent, the Tribunal rejected the Claimant's request for the Tribunal to prohibit the Respondent from releasing its submissions and correspondence in the case pursuant to the FOIA. »⁶⁷⁵

Dans l'affaire *UPS*, le Tribunal inclut dans les documents considérés comme confidentiels, ceux qualifiés comme tels par la législation canadienne : l'*Access to Information Act*, le *Customs Act* et le *Competition Act*⁶⁷⁶. Le Tribunal détermina donc que

⁶⁷² Par "*Public Affairs Television and Washington Media Associates*" pour le programme "*Bill Moyers Reports*" produit par Sherry Jones et transmis le 5 février 2002 en PBS. L'équipe « *Moyers* » obtint les documents de l'affaire Lowen par le biais d'une demande adressée à la « *Civil Division of the U.S. Department of Justice* » et fondée sur l'*U.S. Freedom of Information Act*. Voir PUBLIC AFFAIRS TELEVISION et WASHINGTON MEDIA ASSOCIATES FOR « BILL MOYERS REPORTS » (compilateurs). *Trading democracy? Documents from NAFTA secret tribunals, op. cit.*

⁶⁷³ Selon cette loi: « § 552. *Public information; agency rules, opinions, orders, records, and proceedings.* (a) *Each agency shall make available to the public information as follows: (1) (...) (2) Each agency, in accordance with published rules, shall make available for public inspection and copying: (A) final opinions, including concurring and dissenting opinions, as well as orders, made in the adjudication of cases; (...).* »

⁶⁷⁴ Voir *Award on Jurisdiction* du 5 janvier 2001, §24-26. In: PUBLIC AFFAIRS TELEVISION et WASHINGTON MEDIA ASSOCIATES FOR « BILL MOYERS REPORTS » (compilateurs), *op. cit.*

⁶⁷⁵ *Mondev International Ltd v. United States of America, aff.* CIRDI n°ARB(AF)/99/2. Sentence du 11 octobre 2002, §29.

⁶⁷⁶ Voir *UPS v. Canada*. Procedural Directions and Order of the Tribunal du 4 avril 2003, Confidentiality order, p. 3, §1(b) (iii).

toute demande de divulgation de documents sur la base de la « Loi sur l'accès à l'information » était soumise aux dispositions de cette loi⁶⁷⁷.

La normativité interne en matière de transparence et d'accès à l'information est ainsi devenue un droit applicable aux procédures arbitrales ALÉNA. L'obligation de transparence de l'État est conçue de manière très large car, bien que le droit des particuliers à l'accès à l'information des arbitrages soit né principalement de l'intérêt public que certaines affaires suscitent⁶⁷⁸, dans la plupart des cas, les lois nationales ne conditionnent pas l'accès à l'information à un tel intérêt.

Cependant, l'ALÉNA est un accord complexe et fonctionne de manière différente aux TBIs signés par la plupart des pays latino-américains⁶⁷⁹. Quant au droit applicable, les interprétations de la Commission de libre-échange de l'ALÉNA sont obligatoires pour les tribunaux arbitraux qui connaissent des différends nés dudit Accord⁶⁸⁰. Concernant la transparence des procédures arbitrales, la Commission de libre-échange déclara en 2001 :

« Aucune disposition de l'ALÉNA n'impose aux parties contestantes dans le cadre d'un arbitrage aux termes du chapitre onze un devoir général de confidentialité et, sous réserve de l'application de l'article 1137(4), aucune disposition de l'ALÉNA n'empêche les Parties de rendre publics des documents soumis au tribunal ou produits par ce dernier »⁶⁸¹.

La transparence des procédures est donc affirmée tant par l'État d'origine de l'investisseur que par l'État hôte de l'investissement. Les accords internationaux sont en

⁶⁷⁷ *Ibidem*, p. 5, §11.

À titre d'exemple, citons aussi l'affaire *Pope & Talbot c. Canada*. Même si la demande fut rejetée, le Tribunal tint compte de la loi interne « *Access to Information Act* » (ATIA) afin d'établir si certains documents pouvaient être diffusés par le Canada. Voir *Pope & Talbot Inc. v. Government of Canada*. Decision and order by the arbitral tribunal du 11 mars 2002, §22-23.

⁶⁷⁸ Voir Rosa Amilli GUZMAN PEREZ. *L'intérêt des parties et l'intérêt public dans l'arbitrage transnational : l'exemple de l'ALENA*. Mémoire de master recherche, droit du commerce international. Nancy : Université de Nancy 2, 27 juin 2008. Tomoko ISHIKAWA, *op. cit.*, p. 375-377. Friederike STUMPE. Participation of Amici curiae in investment treaty arbitration. *Transnational Dispute Management*, 2009, vol. 6, n°1, p. 3-5.

⁶⁷⁹ Il est important de remarquer que les arbitrages CIRDI prévus par l'ALENA se déroulaient toujours selon le Règlement du mécanisme complémentaire du Centre, le Mexique et le Canada n'étant pas États membres de la Convention de Washington. Le Canada ratifia la Convention de Washington, le 1^{er} novembre 2013.

⁶⁸⁰ Voir l'article 1131(2) de l'ALENA: « Une interprétation par la Commission d'une disposition du présent accord sera obligatoire pour un tribunal institué en vertu de la présente section. »

⁶⁸¹ COMMISSION DU LIBRE-ÉCHANGE DE L'ALENA. *Notes d'interprétation de certaines dispositions du Chapitre 11*, 31 juillet 2001, §1.

effet à la base soit de l'opacité soit de la transparence des procédures arbitrales⁶⁸². En ce sens, outre l'absence dans certains pays de lois réelles concernant l'accès à l'information, les TPPIs conclus par les États latino-américains – sauf les derniers accords signés avec les États-Unis – ne consacrent pas un principe de transparence, ce qui contribue à l'obscurité des arbitrages d'investissement.

À défaut de normes spécifiques en matière de transparence dans les TPPIs, il n'est pas certain qu'un tribunal arbitral accorderait la publicité des documents issus d'une affaire sans l'accord des parties ou en cas d'accord de confidentialité. Par exemple, l'article 18 de la Constitution de l'Équateur prévoit que lorsque l'information est liée à des questions de droits de l'homme, elle ne peut être déniée. Cette disposition pourrait bien s'appliquer à des affaires arbitrales qui concernent, par exemple, la prestation du service public de distribution d'eau, l'accès à l'eau étant un droit de l'homme reconnu par la Constitution de l'Équateur⁶⁸³ mais aussi par le droit international⁶⁸⁴. Ainsi, lors d'une demande d'accès à l'information fondée sur cet article constitutionnel, d'une part le tribunal arbitral serait tenu de décider si, même contre la volonté d'une ou des deux parties, l'information demandée peut être accordée, et d'autre part l'État serait obligé d'octroyer l'accès aux documents même en s'opposant à un ordre du tribunal lui interdisant de le faire.

La volonté des tribunaux ALÉNA de reconnaître le droit à l'accès à l'information des citoyens peut être constatée. Peut-être qu'en l'absence d'une loi nationale consacrée à ce sujet, une décision en faveur de la publicité pourrait être prise avec le soutien surtout des principes de droit international et non pas seulement sur la base d'une Constitution locale. Le droit à l'accès à l'information est un droit internationalement reconnu⁶⁸⁵, qui peut être renforcé par l'intérêt légitime de la société vis-à-vis des affaires étatiques. Bien évidemment, la publicité des documents doit toujours assurer la

⁶⁸² Voir Antonias DIMOLITSA, *op. cit.*, p. 5-24. Michael HWANG et Katie CHUNG. La confidentialité et ses exceptions – quelle voie suivre pour leur protection? *Bulletin de la Cour International d'Arbitrage de la CCI*, 2009, supplément spécial, p. 43-61.

⁶⁸³ Article 12 de la Constitution de l'Équateur : « Le droit humain à l'eau est fondamental et on ne peut y renoncer. L'eau est un patrimoine national stratégique d'usage public, inaliénable, imprescriptible, insaisissable et essentiel pour la vie. » Traduction par l'auteur.

⁶⁸⁴ Voir ASSEMBLÉE GÉNÉRALE DES NATIONS UNIES. *Résolution concernant le droit fondamental à l'eau et à l'assainissement n°A/RES/64/292*, 28 juillet 2010.

⁶⁸⁵ L'article 13 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme prévoit que : « Toute personne a droit à la liberté de pensée et d'expression; ce droit comprend la liberté de rechercher, de recevoir et de répandre des informations et des idées de toute espèce, sans considération de frontières, que ce soit oralement ou par écrit, sous une forme imprimée ou artistique, ou par tout autre moyen de son choix. »

protection de l'information qualifiée par le tribunal de confidentielle, respectant aussi les droits de l'investisseur⁶⁸⁶. Cependant, dans l'état actuel des normes en matière de transparence et de leur relation avec l'arbitrage :

« [I]l n'existe pas de principe [général], ni de transparence dans l'arbitrage d'investissement, ni de confidentialité dans l'arbitrage commercial international, et [donc] pour assurer une certaine prévisibilité et sécurité procédurale, la confidentialité doit être prévue dans une clause particulière tandis que la transparence et ses modalités doivent figurer dans un règlement ou traité à l'application desquels seuls les États peuvent renoncer »⁶⁸⁷.

Il incombe donc aux États latino-américains d'accorder la transparence aux procédures arbitrales à travers un modèle d'Accord international qui consacre un tel principe – si l'on cherche une transparence générale des procédures arbitrales – ou qui consacre le devoir de l'État d'informer – si l'on aspire à une transparence restreinte liée à des demandes particulières fondées sur la réglementation en matière de droit d'accès à l'information –. Finalement, la responsabilité de garantir à la société l'exercice du droit d'accès à l'information appartient à l'État et ni le droit international, ni le CIRDI ne l'empêchent de le faire.

⁶⁸⁶ « Entre droits fondamentaux on ne peut pas parler de hiérarchie mais d'équilibre puisque tant l'honneur, et la confidentialité, que la liberté d'opinion et le droit à l'information se trouvent tous au même niveau des droits individuels protégés par la Constitution... » Traduction par l'auteure. Humberto NOGUEIRA ALCALÁ. El derecho a la información en el ámbito del derecho constitucional comparado en Iberoamérica y Estados Unidos. In : Jorge CARPIZO et Miguel CARBONELL (éditeurs). *Derecho a la información y derechos humanos. Estudios en homenaje al maestro Mario de la Cueva*. Mexico, D.F : UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, p. 46.

Concernant l'interrelation entre les lois en matière du droit à l'accès à l'information et les lois de protection des données personnelles en Amérique Latine, voir ALIANZA REGIONAL POR LA LIBRE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN. *Saber más III : informe regional sobre acceso a la información pública y protección de datos personales* [en ligne], 28 septembre 2011. Disponible sur : <<http://www.proaccesso.org.ve/Publicaciones/Estudios-%281%29/2011.aspx>> (consulté le 14 août 2014).

⁶⁸⁷ Severine MÉNETREY, *op. cit.*, p. 62.

Chapitre 2. Droits de l'homme et arbitrage des investissements : convergence et équilibre.

Les demandes de transparence et de participation de la société civile à certains arbitrages sont souvent liées à la protection des droits fondamentaux d'une communauté ou d'une région. En effet, les droits de l'homme peuvent intervenir dans les arbitrages d'investissement selon deux scénarios différents :

« [i]l y a tout d'abord les cas où les obligations de protection des droits humains d'acteurs économiques (droit à la propriété ou à des procédures légales régulières) servent à définir les protections dues aux investisseurs en vertu d'un TBI [et] en deuxième lieu [...] on voit entrer en scène les obligations de protection des droits humains de l'État hôte envers des personnes ou groupes sous sa juridiction qui ne sont pas parties à l'arbitrage »⁶⁸⁸.

Le premier scénario concerne les « droits de l'homme de l'investisseur », appliqués certainement par les tribunaux arbitraux pour déterminer les contenus de certaines normes substantives, par exemple, lorsqu'il s'agit de définir l'expropriation ou la nécessité d'épuiser les recours locaux⁶⁸⁹. Ce chapitre ne s'occupera pas de cette perspective, mais abordera exclusivement les droits de l'homme des parties non contestantes dans les procédures arbitrales.

Concernant le second scénario, les droits de l'homme des parties non contestantes entrent en jeu dans les controverses en matière d'investissement notamment de deux manières. Premièrement, ils peuvent être invoqués par des organisations ou des individus qui participent à l'arbitrage comme *amici curiae*, soit parce que leurs droits ne sont pas respectés par l'investisseur, soit parce que l'État pourrait ne pas appliquer des

⁶⁸⁸ Luke Eric PETERSON. *Droits humains et traités bilatéraux d'investissement : le rôle du droit relatif aux droits humains dans l'arbitrage des différends entre investisseurs et États*. Montréal : Droits et Démocratie, 2009, p. 22.

⁶⁸⁹ *Ibidem*, p. 22-25. Voir aussi à propos des "droits de l'homme" de l'investisseur : Pierre-Marie DUPUY. Unification rather than fragmentation of international law? The case of international investment law and human rights law. In : Pierre-Marie DUPUY, Francesco FRANCONI, Ernst-Ulrich PETERSMANN (éd). *Human rights in international investment law and arbitration*. Oxford : Oxford University Press, 2009, p. 49-53. Ferhat HORCHANI. Les droits de l'homme et le droit des investissements internationaux. In : Laurence BOY, Jean-Baptiste RACINE et Fabrice SIIRIAINEN. *Droit économique et droits de l'homme*. Bruxelles : Larcier, 2009, p. 144-153. James D. FRY. International human rights law in investment arbitration : evidence of international's law unity. *Duke Journal of Comparative and International Law*, 2007, vol. 18, n°1, p. 83-89. Lahra LIBERTI. The policy framework for investment : the social and environmental dimensions. In : *Global Forum VII on International Investment, 27-28 mars 2008*. Paris : OCDE, 2008, p. 809-815.

mesures destinées à protéger les droits fondamentaux ou serait susceptible d'être sanctionné lorsque ces mesures comportent une violation des traités pour la promotion et la protection des investissements étrangers. En second lieu, les États peuvent tenter de justifier la nécessité des mesures contestées dans un arbitrage, en arguant leur obligation de protéger les droits de l'homme, en l'occurrence affectés par l'investissement objet du différend.

Ainsi, dans la sphère internationale, les droits de l'homme et les droits des investisseurs convergent tout en semblant s'opposer les uns aux autres (Section 1), d'où le besoin de trouver un équilibre entre les deux domaines (Section 2).

Section 1. Les droits de l'homme et le droit des investissements, deux domaines qui convergent.

Bien qu'ils soient deux domaines juridiques différents, les droits de l'homme et les droits des investisseurs semblent converger dans certaines procédures arbitrales. Ainsi, la discordance entre les droits de l'homme et les traités relatifs à la promotion et la protection des investissements sera d'abord traitée (§1), pour ensuite aborder le sujet de l'application des droits de l'homme par les tribunaux arbitraux dans le cadre des arbitrages des investissements (§2).

§1. La discordance initiale entre les droits de l'homme et les traités relatifs à la protection et à l'encouragement des investissements.

A. Une discordance assumée par le régime juridique de protection des investisseurs.

La plupart des TPPIs ne contiennent pas de références explicites aux droits de l'homme. Cette absence conduit à penser que le régime juridique de protection des investissements et celui des droits de l'homme constituent deux domaines hermétiquement séparés⁶⁹⁰ ou deux ordres juridiques partiels qui ne sont pas coordonnés⁶⁹¹. Pourtant, ces deux domaines convergent lorsque l'État, en respectant ses

⁶⁹⁰ Juan Pablo BOHOSLAVSKY et Juan Bautista JUSTO. *Protección del derecho humano al agua y arbitrajes de inversión*. CEPAL, 2011, p. 7, 15.

⁶⁹¹ La question du manque de coordination entre les différents « ordres juridiques » internationaux n'est pas exclusive du cadre juridique de protection des investissements s'opposant au système conventionnel des droits de l'homme. « La multiplication des exceptions, des clauses de sauvegarde, des situations

engagements internationaux en matière des droits de l'homme, applique – ou se voit empêché d'appliquer – une mesure qui touche les intérêts des investisseurs étrangers protégés, eux aussi, par un accord international⁶⁹². Les tribunaux arbitraux sont donc souvent obligés d'analyser des régulations relatives à des droits fondamentaux comme le droit à l'eau, le droit à la santé, le droit à un environnement sain, le droit à la culture⁶⁹³.

Ainsi, une résolution arbitrale qui ne tient pas compte de l'application des droits de l'homme ignore l'obligation et la faculté de l'État de protéger les droits fondamentaux d'une personne, d'une communauté, voire d'une région. Pour Juan Pablo Bohoslavsky et Juan Bautista Justo, la remise en cause des droits de l'homme par une résolution arbitrale, due à la dissociation de ces deux domaines du droit, peut être directe ou dérivée. Directe, lorsque la résolution arbitrale déclare – expressément ou

provisoire à durée indéterminée ont fait perdre au droit international public toute unité, toute crédibilité et toute efficacité nécessaires à la cohérence et à l'effectivité de tout ordre juridique. Le droit international public s'est contenté d'être un droit de coexistence, voire un droit où chacun trouve son compte. » Yadh BEN ACHOUR. Préface. In : Rafâa BEN ACHOUR et Slim LAGHMANI (dir.). *Harmonie et contradictions en droit international*. Paris : Pedone, 1996, p. I. Voir aussi Pierre-Marie DUPUY. Sur le maintien ou la disparition de l'unité de l'ordre juridique international. In : *ibidem*, p. 17-54. Pierre-Marie DUPUY. Un débat doctrinal à l'ère de la globalisation : sur la fragmentation du droit international. *European Journal of Legal Studies*, 2007, vol. 1, n°1, 19 p. Olivier de FROUVILLE. *L'intangibilité des droits de l'homme en droit international*. Paris : Pedone, 2004, p. 3-12. Margaret A. YOUNG. Introduction : the productive friction between regimes. In : Margaret A. YOUNG (éd.). *Regime interaction in international law : facing fragmentation*. Cambridge : Cambridge University Press, 2012, p. 1-19. Rosario HUESA VINAIXA et Karel WELLENS (dir.). *L'influence des sources sur l'unité et la fragmentation du droit international : travaux du séminaire tenu à Palma, les 20-21 mai 2005*. Bruxelles : Bruylant, 2006. Arturo Santiago PAGLIARI. Reflexiones sobre la fragmentación del derecho internacional : aplicación y efectos. *Ars Boni et Aequi*, 2009, n°5, p. 11-38.

⁶⁹² Voir à propos des interactions générales entre les investissements et les droits de l'homme : Lahra LIBERTI. The policy framework for investment : the social and environmental dimensions. In : *Global Forum VII on International Investment, 27-28 mars 2008*. Paris : OCDE, 2008, p. 791-852. Patrick JACOB et Franck LATTY. Arbitrage transnational et droit international général. *Annuaire français de droit international*, 2012, p. 647-649. Debora SPAR. Foreign investment and human rights. *Challenge*, 1999, vol. 42, n°1, p. 55-80. Ursula KRIEBAUM. Human rights and the population of the host State in international investment arbitration. *The Journal of World Investment and Trade*, 2009, vol. 10, n°5, p. 653-677. Ursula KRIEBAUM. Privatizing human rights : the interface between international investment protection and human rights. In : August REINISCH et Ursula KRIEBAUM (éd.). *The law of international relations : liber amicorum Hanspeter Neuhold*. Utrecht : Eleven International Pub, 2007, p. 165-189.

⁶⁹³ Concernant le droit à l'eau, voir : *Agua del Aconquija c. Argentine* (aff. CIRDI n°ARB/97/3), *Azurix c. Argentine* (aff. CIRDI n°ARB/03/30), *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A et Vivendi Universal S.A c. Argentine* (aff. CIRDI n°ARB/03/19), *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A et Interagua Servicios Integrales de Agua S.A c. Argentine* (aff. CIRDI n°ARB/03/17), *URBASER S.A et Consorcio de Aguas Bilbao Bizcaia, Bilbao Bizcaia ur Partzuergoa c. Argentine* (aff. CIRDI n°ARB/07/26), *Agua del Tunari S.A c. Bolivie* (aff. CIRDI n°ARB/02/3), *Biwater Gauff c. Tanzanie* (aff. CIRDI n°ARB/05/22). Concernant le droit à la santé, voir les affaires *Agua del Aconquija* et *Azurix* déjà citées, *Methanex c. les États-Unis* (affaire dans le cadre de l'ALÉNA/CNUDCI), *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A c. le Mexique* (aff. CIRDI n°ARB (AF)/00/2), *S.D. Myers Inc. c. le Canada* (affaire dans le cadre de l'ALÉNA/CNUDCI), *Ethyl Corporation c. le Canada* (affaire dans le cadre de l'ALÉNA/CNUDCI). Quant au droit à un environnement sain ou à sa préservation, voir les affaires *Tecmed*, *S.D. Myers*, *Methanex* déjà citées, *Metalclad c. le Mexique* (aff. CIRDI n°ARB (AF)/97/1), *Agua de Santa Elena c. le Costa Rica* (aff. CIRDI n°ARB/96/1). Finalement, concernant le droit à la culture, voir les affaires *Parkerings Compagniet c. la Lituanie* (aff. CIRDI n°ARB/05/8) et *Southern Pacific Properties Limited c. la République Arabe d'Égypte* (aff. CIRDI n°ARB/84/3).

tacitement – que le régime conventionnel n'est pas applicable à la résolution du différend. Dérivée, lorsque la résolution arbitrale entrave le devoir étatique de protection des droits de l'homme : cela signifie pour l'État une charge disproportionnée, car il doit assumer tout le poids économique de la protection des droits de l'homme et sera obligé soit à abandonner la mesure contestée soit à en assumer le coût⁶⁹⁴.

En outre, l'incompatibilité entre les dispositions en matière d'investissements et les droits de l'homme est directe et expresse lorsque le TPPI est exempté de respecter les règles conventionnelles. Le tribunal refuse donc d'analyser les allégations de l'État – ou des *amici curiae* – fondées sur des dispositions conventionnelles en matière de droits de l'homme, car elles sont exclues du droit applicable à la controverse⁶⁹⁵. Bohoslavsky et Justo citent comme exemple l'affaire *Biwater Gauff* contre la Tanzanie qui concernait la privatisation des services d'eau et d'assainissement à Dar es Salaam en Tanzanie. L'échec du projet était attribué à la mauvaise performance de City Water – opératrice de Biwater et Gauff (BGT) –, car BGT avait sous-estimé l'ampleur de la tâche à accomplir et avait présenté une offre mal structurée qui entraîna rapidement des problèmes financiers⁶⁹⁶ et donc la résiliation du contrat par l'État.

Diverses organisations non-gouvernementales – admises par le tribunal comme *amici curiae* – plaidèrent que les droits de l'homme et les questions de développement durable étaient des facteurs qui conditionnaient la nature et l'ampleur des responsabilités de l'investisseur, ainsi que la balance des droits et des obligations entre l'investisseur et l'État d'accueil de l'investissement⁶⁹⁷. Le tribunal, dans son analyse sur la légalité de la terminaison de la concession par l'État, a complètement ignoré l'application des droits de l'homme qui, pour les ONGs intervenant dans l'affaire,

⁶⁹⁴ « Par exemple, lorsque la résolution oblige à accorder une indemnisation parce qu'un salaire minimal a été fixé pour les travailleurs, ce qui suppose le transfert de tout le poids économique de la protection [des droits des travailleurs] à l'État, l'obligeant à faire marche arrière ou à assumer le coût du travail du secteur de l'économie nationale géré par des investisseurs protégés par un TBI ». Juan Pablo BOHOSLAVSKY et Juan Bautista JUSTO, *op. cit.*, p. 33-35. Traduction de l'auteure.

⁶⁹⁵ *Ibidem*, p. 33. « *Investor-state arbitral tribunals remain reluctant to examine human rights arguments on their own initiative or if raised in amicus curiae submissions, unless human rights have also been argued by the parties. Hence, even though the U.N. High Commissioner for Human Rights has urged U.N. member states to adopt a "human rights approach" to the interpretation and application of international trade and investment law, investor-state arbitration awards have so far contributed little to reducing the fragmentation in the development of human rights law and international investment law.* » Ernst-Ulrich PETERSMANN. International rule of law and constitutional justice in international investment law and arbitration. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 2009, vol. 16, p. 524.

⁶⁹⁶ *Biwater Gauff v. United Republic of Tanzania*, aff. CIRDI n°ARB/05/22. Résolution du 24 juillet 2008, §149.

⁶⁹⁷ *Ibidem*, §380.

justifiaient les mesures controversées. Bien que l'État n'ait pas été condamné à indemniser l'investisseur parce que les dommages économiques réclamés n'avaient pas été causés par l'acte d'expropriation, le tribunal arbitral conclut que les actes de l'État conduisant à la résiliation du contrat avec BGT, étaient illicites dans les termes du TBI applicable⁶⁹⁸. Le droit fondamental d'accès à l'eau ne fut pas pris en compte par le tribunal⁶⁹⁹.

L'incompatibilité entre les dispositions en matière d'investissement et les droits de l'homme est aussi directe lorsque la résolution admet que les actions étatiques furent prises dans le but de protéger les droits de l'homme, mais les déclare malgré tout illicites (contraires au TPPI). « Cela peut se produire, par exemple, lorsqu'une mesure réglementaire orientée, raisonnable et irréfutable, envers cette protection [des droits de l'homme], est déclarée arbitraire, abusive, infondée ou discriminatoire »⁷⁰⁰. Ce fut le cas dans les affaires dues à la crise argentine de 2001 qui concernaient des mesures destinées à garantir l'accessibilité économique de certains services publics basiques, mesures pourtant jugées illicites⁷⁰¹.

La discordance entre les droits consignés dans les TPPIs et ceux dérivés des conventions des droits de l'homme ne se manifeste pas uniquement dans les sentences des tribunaux arbitraux, mais aussi dans les décisions concernant l'admission d'*amicus curiae* dans les procédures arbitrales. Dans l'affaire *Aguas del Tunari*, le tribunal refusa aux pétitionnaires le droit d'intervenir dans la procédure arbitrale, droit qui se fondait sur des considérations relatives aux droits de l'homme, notamment le droit à l'eau. Pourtant, le tribunal estima que son devoir était de suivre la structure et les conditions établies par les instruments juridiques applicables à l'affaire⁷⁰², dans ce cas la Convention de Washington et le TBI entre la Bolivie et les Pays-Bas qui ne contenaient aucune disposition relative à la participation d'*amici curiae*.

⁶⁹⁸ *Ibidem*, §519, 807 et 814.

⁶⁹⁹ Juan Pablo BOHOSLAVSKY et Juan Bautista JUSTO, *op. cit.*, p. 16.

⁷⁰⁰ *Ibidem*, p. 33. Traduction de l'auteure.

⁷⁰¹ *Ibidem*, p. 33-34.

⁷⁰² Voir Lettre du 29 janvier 2003 du Président du Tribunal Arbitral de l'affaire *Aguas del Tunari*, David D. CARON en réponse à la demande d'*amicus curiae*. In : *Aguas del Tunari S.A. v. Republic of Bolivia*, aff. CIRDI n°ARB/02/3. Decision on Respondent's Objections to Jurisdiction du 21 octobre 2005, annexe III.

Aujourd'hui, si les modifications opérées par le CIRDI dans son règlement d'arbitrage en 2006 consolidèrent l'acceptation des *amici curiae* dans les procédures arbitrales, le fait d'alléguer des implications des droits de l'homme dans l'arbitrage ne suffit pas à lui seul à obtenir l'autorisation du tribunal pour intervenir dans l'affaire comme *amicus*. La soumission des parties non contestantes doit en effet remplir les conditions exigées par l'article 37(2) du règlement d'arbitrage :

« (a) la soumission de la partie non contestante assisterait le Tribunal à trancher une question de fait ou de droit relative à l'instance en y apportant un point de vue, une connaissance ou un éclairage particulier distincts de ceux présentés par les parties au différend ; (b) la soumission de la partie non contestante porte sur une question qui s'inscrit dans le cadre du différend ; (c) la partie non contestante porte à l'instance un intérêt significatif. Le Tribunal s'assure que la soumission de la partie non contestante ne perturbe pas l'instance ou qu'elle n'impose pas une charge excessive à l'une des parties ou lui cause injustement un préjudice (...) »⁷⁰³.

Ainsi, les allégations relatives à la protection des droits de l'homme pourraient servir à justifier l'intérêt public de l'affaire⁷⁰⁴ ou l'intérêt des personnes ou des organisations qui demandent d'intervenir dans le différend comme *amici*⁷⁰⁵, mais elles devront encore satisfaire aux autres critères de l'article 37(2).

Les affaires *Bernhard von Pezold and others*⁷⁰⁶ et *Border Timbers limited and others* (ci-avant *von Pezold*)⁷⁰⁷ illustrent la portée qu'un tribunal arbitral peut accorder aux conditions de l'article 37(2) du règlement d'arbitrage CIRDI. Dans ces affaires, le Centre européen pour les droits de l'homme et constitutionnels (ECCHR), ainsi que quatre communautés

⁷⁰³ Article 37(2) du Règlement d'arbitrage CIRDI.

⁷⁰⁴ Bien que l'article 37(2) du Règlement d'arbitrage CIRDI ne fasse pas référence à l'intérêt public, les tribunaux arbitraux ont considéré cet intérêt des affaires comme un élément déterminant dans l'approbation de la participation des parties non-contestantes. Voir *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic*, aff. CIRDI n°ARB/03/19. Order in response to a petition for transparency and participation as *amicus curiae* du 19 mai 2005, §20-21. *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and Interagua Servicios Integrales de Agua S.A. v. Argentine Republic*, aff. CIRDI n°ARB/03/17. Order in Response to a Petition for Participation as *Amicus Curiae* du 17 mars 2006, §19-20. *Biwater Gauff v. United Republic of Tanzania*, aff. CIRDI n°ARB/05/22. Procedural Order n°5 du 2 février 2007, §51-55.

⁷⁰⁵ V. Barnali CHOUDHURY. Recapturing public power : is investment arbitration's engagement of the public interest contributing to the democratic deficit ? *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2008, vol. 41, n°3, p. 791-792.

⁷⁰⁶ *Bernhard von Pezold and others v. la République de Zimbabwe*, aff. CIRDI n°ARB/10/15, enregistré le 8 juillet 2010.

⁷⁰⁷ *Border Timbers limited and others v. la République de Zimbabwe*, aff. CIRDI n°ARB/10/25, enregistré le 10 décembre 2010.

indigènes du Zimbabwe, sollicitèrent l'approbation du tribunal pour intervenir dans ces affaires comme *amici curie* arguant – comme fondement de leur intérêt à participer à l'arbitrage – que l'affaire touchait les droits individuels et collectifs des communautés autochtones⁷⁰⁸.

La demande fut rejetée par le tribunal pour plusieurs raisons dont chacune, considérées de manière individuelle, était suffisante pour refuser l'intervention des *amici* : 1) les circonstances de l'application soulevait des doutes légitimes quant à l'indépendance ou à la neutralité des requérants⁷⁰⁹ ; 2) ceux-ci prétendaient faire une soumission écrite concernant des questions de fait et de droit qui n'avaient pas de relation avec l'instance dont le tribunal était chargé, car aucune des parties dans l'affaire n'avait remis en question l'identité ou le traitement des communautés indigènes, ni les droits internationaux de l'homme ou des indigènes⁷¹⁰ ; 3) le tribunal n'était pas persuadé que l'application du droit international en matière des droits de l'homme – notamment la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones – fit partie de son mandat conformément à la Convention CIRDI et au TBI applicable ; de plus, l'État n'avait avancé comme défense dans la procédure aucune considération relative à ses obligations envers les communautés autochtones⁷¹¹ et 4) la soumission des pétitionnaires cherchait à défendre les droits des communautés autochtones en se fondant sur le droit international en matière des droits de l'homme, question qui était en dehors du cadre du différend⁷¹².

Le tribunal arbitral reconnut l'intérêt que les communautés autochtones avaient dans l'affaire mais, d'après lui, cet intérêt affectait l'indépendance des chefs de ces communautés qui était un des critères d'admissibilité prévus par l'article 37(2). En tout cas, indépendamment du fait que l'intérêt des requérants fût légitime ou non, le tribunal considéra que les circonstances qui entouraient les pétitionnaires étaient telles qu'elles

⁷⁰⁸ *Bernhard von Pezold and others (aff. CIRDI n°ARB/10/15) et Border Timbers limited and others (aff. CIRDI n°ARB/10/25) v. la République de Zimbabwe*. Procedural order n°2 du 26 juin 2012, §21-23.

⁷⁰⁹ *Ibidem*, §56.

⁷¹⁰ *Ibidem*, §57.

⁷¹¹ *Ibidem*, §58-59.

⁷¹² *Ibidem*, §60.

causeraient un préjudice aux investisseurs parties prenantes dans le différend, ce qui justifia le refus de la demande d'intervenir comme *amicus curiae*⁷¹³.

En outre, le tribunal arbitral de l'affaire *von Pezold* refusa d'analyser les actions du Zimbabwe à la lumière de ses responsabilités étatiques à l'égard des communautés autochtones. Le tribunal considéra qu'il n'y avait évidemment pas de fondements permettant d'affirmer que le droit international en matière d'investissements et le droit international relatif aux droits de l'homme étaient interdépendants⁷¹⁴. De manière délibérée, le tribunal ferma les yeux sur l'influence que les droits de l'homme pouvaient avoir sur la qualification de la légalité des actions de l'État⁷¹⁵. Cette décision influa sans doute négativement sur l'harmonisation du droit des investissements et des droits de l'homme, illustrant la fragmentation du droit international⁷¹⁶.

B. Une discordance inacceptable pour le régime juridique des droits de l'homme.

Malgré les décisions arbitrales qui refusèrent l'application des droits de l'homme dans la résolution des différends relatifs aux investissements, certains auteurs considèrent que les tribunaux arbitraux ne sont pas contraints à apprécier le droit des investissements en l'interprétant de manière isolée⁷¹⁷ :

« [I] serait donc très difficile de nier que la sentence qui tranche le litige en faveur de l'investisseur, en omettant de considérer, dans l'appréciation des mesures prises

⁷¹³ *Ibidem*, §62.

⁷¹⁴ « *The Petitioners provided no evidence or support for their assertion that international investment law and international human rights law are interdependent such that any decision of these Arbitral Tribunals which did not consider the content of international human rights norms would be legally incomplete.* » *Ibidem*, § 58.

⁷¹⁵ Christian SCHLIEMANN. Requirements for amicus curiae participation in international investment arbitration : a deconstruction of the procedural wall erected in joint ICSID cases ARB/10/25 and ARB/10/15. *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 2013, vol. 12, n°3, p. 383.

⁷¹⁶ *Ibidem*, p. 384. Voir aussi EUROPEAN CENTER FOR CONSTITUTIONAL AND HUMAN RIGHTS (éd.). Human rights inapplicable in international investment arbitration? A commentary on the non-admission of ECCHR and indigenous communities as amici curiae before the ICSID tribunal. *ECCHR*, 2012, p. 8. Tomaso FERRANDO. Investment arbitration : restricted area [en ligne]. In : *Site Critical Legal Thinking*. Disponible sur : <<http://criticallegalthinking.com/2012/07/16/investment-arbitration-restricted-area>> (consulté le 19 novembre 2014). Sarah SCHADENDORF. Human rights arguments in amicus curiae submissions: analysis of ICSID and NAFTA investor-State arbitration. *Transnational Dispute Management*, 2013, vol. 10, n°1, p. 11.

⁷¹⁷ Voir Juan Pablo BOHOSLAVSKY et Juan Bautista JUSTO, *op. cit.*, p. 15-20. Christian SCHLIEMANN. Requirements for amicus curiae participation in international investment arbitration: a deconstruction of the procedural wall erected in joint ICSID cases ARB/10/25 and ARB/10/15, *op. cit.*, p. 382-384. Lahra LIBERTI, *op. cit.*, p. 822-824. Ursula KRIEBUAM. Human rights and the population of the host State in international investment arbitration, *op. cit.*, p. 660 et al.

par l'État, l'exigence de celui-ci de s'acquitter des obligations internationales sur la protection des droits de l'homme, consacrées dans les règles internationales, le cas échéant impératives, ne serait pas en harmonie ou en conformité avec le droit international. »⁷¹⁸

Ainsi, les traités pour la promotion et la protection des investissements ne constitueraient pas des espaces juridiques exemptés de l'autorité des traités relatifs aux droits de l'homme. Le système de protection des droits de l'homme s'étend à tous les domaines d'action de l'État⁷¹⁹, y compris les TPPIs et leurs actes d'application. Les droits de l'homme auraient donc un rôle central et une primauté « dans tous les domaines de la gouvernance et du développement, notamment dans les politiques, accords et pratiques en matière d'échanges et d'investissement et en matière financière aux échelons international et régional »⁷²⁰.

En ce sens, la Cour interaméricaine des droits de l'homme (CIDH) décida dans l'affaire *Comunidad indígena Sawhoyamaya v. Paraguay*, que l'application des accords commerciaux bilatéraux ne justifiait pas le non-respect des obligations étatiques nées de la Convention américaine relative aux droits de l'homme (CADH)⁷²¹. Dans cette affaire, des terres appartenant à un investisseur allemand étaient réclamées par la communauté indigène des Sawhoyamaya, car l'Institut paraguayen indigène (INDI) les avait déclarées partie de son habitat traditionnel. Pourtant, l'investisseur refusait de vendre sa propriété à l'INDI, lequel allait la transférer à la communauté des Sawhoyamaya. Le Paraguay – accusé *inter alia* de ne pas avoir garanti le droit à la propriété de la communauté indigène – arguait en sa défense que le propriétaire des terres en question était protégé par le Traité relatif à l'encouragement et à la protection des investissements conclu entre le Paraguay et l'Allemagne⁷²².

⁷¹⁸ Lahra LIBERTI, *op. cit.*, p. 824.

⁷¹⁹ Juan Pablo BOHOSLAVSKY et Juan Bautista JUSTO, *op. cit.*, p. 17-19.

⁷²⁰ U.N. OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS, SUB-COMMISSION ON PREVENTION OF DISCRIMINATION AND PROTECTION OF MINORITIES. *Résolution de la Sous-Commission 1998/12*. U.N. Doc. E/CN.4/SUB.2/RES/1998/12, 20 août 1998.

⁷²¹ COUR INTERAMÉRICAINNE DES DROITS DE L'HOMME. *Comunidad indígena Sawhoyamaya v. Paraguay*. Résolution du 29 mars 2006, §140.

⁷²² « Cet investisseur allemand est protégé par un traité signé entre la République du Paraguay et la République Fédérale d'Allemagne relatif à l'encouragement et à la protection réciproque des investissements (...), traité ratifié par le Pouvoir Législatif et considéré comme Loi de la Nation (...) ».

Dans sa décision, la CIDH remarqua que le TPPI autorisait l'expropriation ou la nationalisation des investissements pour « cause d'utilité publique », ce qui pouvait justifier la restitution des terres aux communautés autochtones. Pour la CIDH, l'application des traités commerciaux devait être compatible avec la CADH, car cette dernière était un traité multilatéral relatif aux droits de l'homme, doté d'une spécificité propre, qui accordait des droits aux individus et ne dépendait guère de la réciprocité des États⁷²³. En effet, la CADH, ratifiée par tous les pays latino-américains⁷²⁴, contraint les États à respecter les droits et libertés qui y sont reconnus et à garantir leur libre et plein exercice à toute personne⁷²⁵. Les États parties s'engagent donc à adopter les mesures législatives, ou autres, nécessaires afin de garantir les droits et les libertés protégés par la CADH⁷²⁶.

En conséquence, lors de l'adoption d'un traité pour la promotion et la protection des investissements ou de la conclusion d'un contrat d'investissement, les États sont obligés de s'assurer qu'ils seront en mesure d'honorer leurs engagements en matière de droits de l'homme⁷²⁷.

« Étant donné qu'il est presque impossible d'arrêter le processus de la mondialisation, la question cruciale devient alors de savoir comment parvenir à un équilibre établissant un cadre approprié qui garantisse que les normes des droits de l'homme ne soient pas minimisées par l'expansion phénoménale des régimes internationaux de l'investissement, le commerce et la finance. »⁷²⁸

Revenant à l'affaire *Comunidad indígena Sawhoyamaya v. Paraguay*, signalons que l'existence d'un TPPI qui protégeait les droits de l'investisseur allemand n'empêchait pas l'État d'exercer ses obligations envers les droits de l'homme. Huit ans après la résolution de la CIDH, le Paraguay expropria en faveur de l'INDI plus de 14.400

Voir *Comunidad indígena Sawhoyamaya v. Paraguay*. Allégations finales écrites présentées par l'État le 16 février 2006, p. 0001003. Traduction de l'auteur.

⁷²³ *Comunidad indígena Sawhoyamaya v. Paraguay*. Résolution du 29 mars 2006, §140.

⁷²⁴ Le Venezuela a récemment dénoncé la Convention américaine relative aux droits de l'homme, le 10 septembre 2012. Voir American Convention on Human Rights. Signatories and ratifications [en ligne]. In : *Site de l'Organisation des États Américains*. Disponible sur : <<http://www.oas.org>> (consulté le 20 août 2014).

⁷²⁵ Article 1.1 CADH.

⁷²⁶ Article 2 CADH.

⁷²⁷ Ursula KRIEBAUM. Human rights and the population of the host State in international investment arbitration, *op. cit.*, p. 656.

⁷²⁸ U.N. COMMISSION ON HUMAN RIGHTS. *Human rights as the primary objective of international trade, investment and finance policy and practice*. U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/1999/11, 17 juin 1999, §10.

hectares pour les adjuger ensuite à la communauté autochtone Sawhoyomaxa, cette expropriation étant déclarée d'intérêt social⁷²⁹. Les entreprises Kansol S.A. et Roswell Company S.A. – propriétés d'un investisseur allemand – engagèrent un recours en inconstitutionnalité contre la loi d'expropriation⁷³⁰, se présentant comme des investisseurs étrangers, victimes de l'association Tierra Viva et de l'invasion de leurs terres par la communauté indigène⁷³¹. D'après eux, l'acte d'expropriation d'une « unité productive exploitée raisonnablement » se heurtait expressément à diverses dispositions constitutionnelles, internationales et légales et violait le droit à la propriété privée des demanderesse⁷³².

Dans sa résolution, outre les dispositions constitutionnelles concernant les droits des peuples autochtones, la Salle constitutionnelle souligna l'importance de la résolution du 2006 de la CIDH qui obligeait l'État du Paraguay à restituer leurs terres aux Sawhoyomaxa :

« Dans ce contexte, il est indubitable que l'État paraguayen est le garant des droits de l'homme et que, plus particulièrement, le Pouvoir législatif est l'organe chargé de s'acquitter de la dette que l'État avait vers cette communauté [les Sawhoyomaxa] au moyen de la loi d'expropriation contestée par les demanderesse. »⁷³³

La Salle constitutionnelle aborda la question de la collision entre les droits de propriété en adoptant les critères de la CIDH, notamment les arguments exposés dans

⁷²⁹ Voir *Ley N°5194*, 11 juin 2014, « *Ley que declara de interés social y expropia a favor del Instituto paraguayo del indígena (INDI), para su posterior adjudicación a la comunidad indígena Sawhoyomaxa del pueblo Enxet, la finca n°16786, padron n°12935, con una superficie de 9.105 hectáreas con 2.978 metros cuadrados y la finca n°16784, padron n° 12936, con una extensión de 5.299 hectáreas con 4.720 metros cuadrados, ambas del Distrito de Villa Hayes (Pozo Colorado) del departamento Presidente Hayes, Chaco, pertenecientes a las firmas Kansol SA. y Roswell y Cia.* »

⁷³⁰ Les entreprises Kansol S.A. et Roswell Company S.A. avaient d'abord engagé une action d'inconstitutionnalité contre la résolution du 19 mars 2006 de la CIDH. La Salle constitutionnelle du Paraguay rejeta *in limine* l'action d'inconstitutionnalité. Dans sa résolution, la Salle constitutionnelle remarqua que l'action d'inconstitutionnalité s'opposait uniquement aux résolutions des organes judiciaires et administratifs du pays. En revanche, la résolution de la CIDH était extérieure au Pouvoir judiciaire national et donc ne pouvait pas être contestée au moyen de ladite action. Aussi, la Salle constitutionnelle rappela que le Paraguay faisait partie de la CADH et reconnaissait la compétence de la CIDH, ce qui obligeait l'État à respecter ses dispositions. Voir CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA CONSTITUCIONAL. Résolution N°699, 12 mai 2009.

⁷³¹ Voir CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA CONSTITUCIONAL. *Résolution N°981 du 30 septembre 2014, aff. 797/2014* « *Acción de inconstitucionalidad : Kansol S.A. y Roswell Company S.A. c/ la ley n° 5194 que declara de interés social y expropia a favor del Instituto Paraguayo del Indígena (INDI)* », §2.1.

⁷³² *Ibidem*, §2.3.

⁷³³ *Ibidem*, §6.

la résolution de l'affaire *Comunidad indígena Yakye Axa v. Paraguay*⁷³⁴. Les États devaient tenir compte du fait que les droits territoriaux autochtones relevaient d'un concept très large, lié au droit collectif à survivre en tant que peuple organisé et au droit de contrôler son habitat, condition nécessaire à la pérennité de sa culture et à son développement. Le fait d'être propriétaires de leurs terres garantissait aux peuples autochtones la préservation de leur patrimoine culturel⁷³⁵. Ainsi, la restitution des terres avait un intérêt public et répondait à l'accomplissement d'un objectif clairement légitime.

En outre, la Salle constitutionnelle tomba d'accord avec la résolution de la CIDH de 2006 selon laquelle « la productivité de la terre » n'était pas un argument valide pour refuser aux peuples autochtones leurs terres ancestrales :

« Derrière ce raisonnement, se cache l'idée que les indigènes ne peuvent, en aucun cas, réclamer leurs terres traditionnelles lorsque celles-ci sont exploitées et pleinement productives, Selon cette optique, la question indigène n'est envisagée qu'à travers la productivité des terres et le régime agraire, ce qui ne rend pas compte des particularités de ces peuples. »⁷³⁶

La restitution des terres à un peuple autochtone justifiait donc les restrictions imposées au droit à la propriété privée des investisseurs et, selon la CIDH :

« [P]ouvait être nécessaire pour atteindre le but collectif de préserver les identités culturelles d'une société démocratique et pluraliste dans le sens de la Convention américaine ; et elle est proportionnelle lorsqu'elle est faite moyennant le paiement d'une indemnisation juste aux personnes affectées »⁷³⁷.

La Salle constitutionnelle ne fit pas mention expresse du TPPI entre le Paraguay et l'Allemagne mais sa résolution fut très nette en ce qui concernait le droit prévalant : les droits des peuples autochtones sur leurs terres ancestrales restreindrait légitimement le droit à la propriété de l'investisseur. Pourtant, ce dernier pourrait encore contester l'acte d'expropriation devant un tribunal arbitral qui déciderait de la légalité ou de

⁷³⁴ COUR INTERAMÉRICAINNE DES DROITS DE L'HOMME. *Comunidad indígena Yakye Axa v. Paraguay*. Résolution du 17 juin 2005 (fondo, reparaciones y costas), §144-148.

⁷³⁵ SALA CONSTITUCIONAL. *Résolution N°981 du 30 septembre 2014*, §7.

⁷³⁶ *Comunidad indígena Sawhoyamaya v. Paraguay*. Résolution du 29 mars 2006, §139. Cité dans SALA CONSTITUCIONAL. *Résolution N° 981 du 30 septembre 2014*, *op. cit.*, § 8.1. Traduction de l'auteure.

⁷³⁷ *Comunidad indígena Yakye Axa v. Paraguay*. Résolution du 17 juin 2005, §148. Cité dans *ibidem*, §7. Traduction de l'auteure.

l'illégalité de l'expropriation conformément aux dispositions du TPPI⁷³⁸ et déterminerait conséquemment le montant de l'indemnité⁷³⁹. Le tribunal arbitral devrait-il considérer la résolution de la CIDH comme le critère déterminant la légalité de l'acte d'expropriation ?

§2. L'application des droits de l'homme dans les arbitrages d'investissement.

A. La protection des droits de l'homme comme justification des mesures d'expropriation.

La force des notions d'expropriation indirecte et de traitement juste et équitable – contenues dans les TPPIs – et leur interprétation excessivement large peuvent limiter la protection des droits de l'homme⁷⁴⁰. Quant à l'expropriation, un rapport du Haut-Commissaire aux droits de l'homme des Nations Unies affirmait ce qui suit :

« La relation entre les dispositions d'expropriation et la protection des droits de l'homme mérite une attention particulière, car les cas existants suggèrent que les tribunaux investisseur-État sont prêts à interpréter ces dispositions largement, ce qui pourrait nuire à la capacité des États à légiférer en faveur des droits de l'homme. »⁷⁴¹

⁷³⁸ Selon l'article 4(2) du Traité entre la République du Paraguay et la République Fédérale d'Allemagne relatif à la promotion et à la protection réciproque des investissements: « Les investissements effectués par des ressortissants ou des sociétés d'une Partie contractante ne font pas l'objet, sur le territoire de l'autre Partie contractante, de mesures d'expropriation, de nationalisation ou d'autres mesures dont les conséquences équivaldraient à une expropriation ou à une nationalisation, sauf pour cause d'utilité publique et moyennant le versement d'une indemnité. » Le tribunal serait donc tenu d'analyser si la protection des droits des communautés autochtones – notamment leur droit à récupérer leurs terres ancestrales – pouvait être considérée comme d'utilité publique.

⁷³⁹ Le 2 décembre 2014 les entreprises Kansol et Roswell interposèrent un nouveau recours en inconstitutionnalité, cette fois exclusivement contre l'article 3 de la Loi n°5194. Cet article accordait les investisseurs une indemnisation au titre de l'article 109 de la Constitution nationale, conformément à l'évaluation du Ministère des travaux publics du 25 octobre 2012. Cette évaluation était considérée par les investisseurs « arbitraire et illégitime », équivalente à une confiscation sans indemnisation. La Salle Constitutionnelle déclara l'action non fondée. Voir CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA CONSTITUCIONAL. *Résolution N°384 du 2 juin 2015, aff. 1735/2014* « Acción de inconstitucionalidad : Roswell Company S.A. y Kansol S.A. c/ el art. 3° de la ley n° 5194 del 11/06/2014 ».

Au 1^{er} novembre 2015, aucune demande d'arbitrage n'avait été interposée au CIRDI.

⁷⁴⁰ Barnali CHOUDHURY. *Democratic implications arising from the intersection of investment arbitration and human rights, op. cit.*, p. 995-998.

⁷⁴¹ NATIONS UNIES, CONSEIL ÉCONOMIQUE ET SOCIAL, COMMISSION DES DROITS DE L'HOMME. *Droits de l'homme, commerce et investissement. Rapport du Haut-Commissaire aux droits de l'homme*. U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/2003/9, 2 juillet 2003, § 32. Traduction de l'auteur.

Le conflit principal apparaît lorsqu'il s'agit de définir les actions étatiques considérées comme équivalentes à des expropriations, car « l'absence d'une définition claire de la distinction entre l'expropriation indirecte et la réglementation édictée dans le cadre des pouvoirs de police de l'État peut entraver la protection des droits de l'homme »⁷⁴². Choudhury fait référence à la résolution du tribunal qui statua sur l'affaire *Aguas de Santa Elena*⁷⁴³ pour illustrer comment un tribunal peut gravement nuire aux pouvoirs de police de l'État⁷⁴⁴ : en effet, ce tribunal décida que les propos environnementaux de la mesure étatique contestée par l'investisseur n'altéraient pas le caractère légal de l'expropriation de l'investissement, pour laquelle une compensation devait être payée⁷⁴⁵.

Néanmoins, l'affaire *Aguas de Santa Elena* concernait une expropriation directe – et non indirecte – décidée par un décret d'expropriation datant du 5 mai 1978⁷⁴⁶. Le différend portait sur le montant de l'indemnité : les parties acceptaient l'application du principe de pleine compensation pour la valeur de la propriété au prix du marché mais elles n'étaient pas d'accord sur cette valeur⁷⁴⁷. Le tribunal reconnut que le droit international autorisait le gouvernement du Costa Rica à exproprier la propriété des particuliers pour des raisons d'utilité publique moyennant le paiement d'une indemnisation⁷⁴⁸. Ainsi, la résolution ne nuisait pas aux pouvoirs de police de l'État – ce dernier étant en mesure de les exercer – mais en effet, indépendamment des motivations de l'expropriation qui pouvaient être légitimes, l'État était contraint de payer la valeur juste de marché de la propriété expropriée.

En effet, lorsqu'il s'agit d'une expropriation directe, la légalité de l'acte n'exempte pas l'État du paiement d'une indemnité. En revanche, l'analyse des expropriations indirectes s'avère plus complexe : il faut d'abord identifier les éléments qui permettent

⁷⁴² Barnali CHOUDHURY. Democratic implications arising from the intersection of investment arbitration and human rights, *op. cit.*, p. 996. Traduction de l'auteur.

⁷⁴³ *Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. v. The Republic of Costa Rica*, *aff.* CIRDI ARB/96/1, enregistré le 22 mars 1996.

⁷⁴⁴ Barnali CHOUDHURY. Democratic implications arising from the intersection of investment arbitration and human rights, *op. cit.*, p. 996-997.

⁷⁴⁵ *Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A.* Résolution du 17 février 2000, §71.

⁷⁴⁶ Voir *ibidem*, §17 et §19.

⁷⁴⁷ L'investisseur réclamait le montant de 41.200.000 dollars, alors que l'État l'estimait à 1.900.000 dollars. *Ibidem*, §57. Le tribunal décida que la valeur de la propriété à la date de l'expropriation était de 4.150.000 dollars. Le montant total à payer pour le Costa Rica fut de 16.000.000 dollars (intérêts y compris), somme très en dessous de ce que l'investisseur réclamait. *Ibidem*, §95,107.

⁷⁴⁸ *Ibidem*, §17.

de qualifier une mesure étatique comme « équivalente à une expropriation », pour ensuite décider si la légitimité d'une telle action joue un rôle dans la détermination du montant de l'indemnité. Les éléments de la définition d'expropriation indirecte – largement étudiés dans d'autres travaux⁷⁴⁹ – ne seront pas analysés, mais l'application des mesures protectrices des droits de l'homme comme facteur de la qualification d'une mesure d'expropriation indirecte.

Pour certains auteurs, les mesures non discriminatoires prises dans le but de protéger les droits de l'homme ne devraient pas être considérées comme équivalentes à l'expropriation, indépendamment du dommage causé à l'investisseur qui devrait en assumer le coût⁷⁵⁰.

« For as a corollary to the rules prohibiting “unreasonable interference” with an owner’s enjoyment of her property, international law also recognizes that a state need not compensate foreign property owners for interference with property interests that results from “bona fide general taxation, regulation, forfeiture for crime, or other action of the kind that is commonly accepted as within the police power of states.” [Sedco, Inc. v. National Iranian Oil Co., 9 Iran-U.S. Claims Trib. Rep. 248, 275 (1985)]. »⁷⁵¹

Le tribunal de l'affaire *Methanex* contre les États-Unis décida qu'une mesure non-discriminatoire, d'intérêt public, promulguée par la procédure légale et affectant un investisseur étranger ne pouvait être considérée comme une expropriation et n'était

⁷⁴⁹ Voir Arnaud de NANTEUIL. *L'expropriation indirecte en droit international de l'investissement*. Paris : Pedone, 2014, 650 p. Sébastien MANCIAUX. *Investissements étrangers et arbitrage entre États et ressortissants d'autres États : trente années d'activité du CIRDI*. Paris : Litec-CREDIMI, 2004, p. 461-483. Surya P. SUBEDI, *op. cit.*, p. 120-123. Rudolf DOLZER et Felix BLOCH. Indirect expropriation : conceptual realignments ? *International law forum du droit international*, 2003, vol. 5, n°3, p. 155-165. Andrew NEWCOMBE et Lluís PARADELL. *Law and practice of investment treaties : standards of treatment*. Austin : Wolters Kluwer, 2009, p. 341-377. Yves NOUVEL. Les mesures équivalant à une expropriation dans la pratique récente des tribunaux arbitraux. *Revue générale de droit international public*, 2002, tome 106, vol. 1, p. 79-102. OCDE. *L'“expropriation indirecte” et le “droit de réglementer” dans le droit international de l'investissement*. Éditions OCDE, 2004, p. 24.

⁷⁵⁰ Ian BROWNLIE. *Principles of public international law*. 7ème ed. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 532. Juan Pablo BOHOSLAVSKY et Juan Bautista JUSTO, *op. cit.*, p. 27-29. Barnali CHOUDHURY. Democratic implications arising from the intersection of investment arbitration and human rights, *op. cit.*, p. 996. Allen S. WEINER. Indirect expropriations the need for a taxonomie of legitimate regulatory purposes. *International law forum du droit international*, 2003, vol. 5, n°3, p. 168.

⁷⁵¹ Allen S. WEINER, *op. cit.*

donc pas indemnisable⁷⁵². Cet argument fut repris par l'Argentine dans l'affaire *Aguas del Aconquija* :

« [N]on-responsibility of the state must be presumed for non-discriminatory regulatory actions that are designed and applied to protect legitimate public welfare objectives, such as public health, safety and the environment [...], it is a well established principle that valid regulation does not constitute expropriation. [...] [T]he Tucumán authorities' regulation of Claimants' user charges and other aspects of its business did not constitute expropriation since this regulation was a legitimate – indeed, mandatory – exercise of the Province's valid power to regulate in the public interest. The state has the responsibility to legislate and regulate to protect public health, including the provision of adequate and accessible potable water. A measure which is regarded as essential to the efficient functioning of the state cannot be expropriatory in character. »⁷⁵³

Selon ce critère, dans le cadre d'une controverse relative à un investissement, l'État pourrait prouver que la mesure régulatrice – restrictive des droits de l'investisseur – avait pour objectif la protection des droits conventionnels de certains individus ou collectivités identifiables, et ainsi, être exempté du paiement d'une indemnité. Pourtant, la pratique arbitrale montre que la légitimité de la mesure étatique n'est pas un critère déterminant qui éviterait sa qualification comme « mesure équivalente à une expropriation ». En effet, « [l]e raisonnement d'ordre qualitatif s'appuyant sur la finalité de la mesure ne contrebalance qu'exceptionnellement le raisonnement d'ordre quantitatif s'appuyant sur son effet. »⁷⁵⁴ Voici la décision du tribunal *Tecmed* :

“[W]e find no principle stating that regulatory administrative actions are per se excluded from the scope of the Agreement, even if they are beneficial to society as a whole — such as environmental protection—, particularly if the negative economic impact of such actions on the financial position of the investor is sufficient to neutralize in full the value, or economic or commercial use of its investment without receiving any compensation whatsoever.”⁷⁵⁵

Ce critère ne s'oppose pas à la résolution de l'affaire *Methanex*, car dans cette dernière le tribunal remarqua que l'investisseur n'avait pas établi d'autres

⁷⁵² *Methanex v. United States of America*. Final award of the tribunal on jurisdiction and merits, Partie IV (D), §7.

⁷⁵³ *Compañía Aguas del Aconquija and Vivendi Universal S.A. v. Argentina Republic*, aff. CIRDI n°ARB/97/3. Résolution du 20 août 2007, §6.5.14 et §6.11.4.

⁷⁵⁴ Yves NOUVEL. Les mesures équivalant à une expropriation dans la pratique récente des tribunaux arbitraux, *op. cit.*, p. 101.

⁷⁵⁵ *Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. United Mexican States*, aff. CIRDI n°ARB(AF)/00/2. Résolution du 19 mai 2003, §121.

caractéristiques susceptibles de qualifier l'acte de régulation contesté d'acte d'expropriation. *Methanex* ne prouva pas, par exemple, que l'action étatique le privait du contrôle de l'entreprise ou interférait directement dans ses opérations internes. L'investisseur arguait uniquement qu'il avait perdu de la clientèle, des actifs intangibles et des parts de marché, mais, pour le tribunal, ces pertes ne suffisaient pas pour qualifier l'acte étatique d'expropriateur⁷⁵⁶.

Suivant un raisonnement quantitatif, le tribunal de l'affaire *Aguas del Aconquija* déclara qu'il devait d'abord analyser si les mesures constituaient une expropriation et seulement après, s'interroger sur le respect d'autres conditions telles que l'utilité publique de la mesure contestée :

« Si l'on conclut que les mesures contestés équivalent à une expropriation, celles-ci violeraient l'article 5(2) du traité, même lorsque les mesures peuvent avoir une utilité publique et ne sont pas discriminatoires, puisqu'aucune compensation n'a été payée. »⁷⁵⁷

Le tribunal estima finalement que les actions étatiques avaient eu un effet dévastateur sur la viabilité économique de la concession, la privant de sa valeur et donc constituant un acte d'expropriation⁷⁵⁸. Reprenant la résolution de l'affaire *Aguas de Santa Elena*, le tribunal affirma que la finalité de l'expropriation ne modifiait pas le caractère juridique de la confiscation pour laquelle une indemnité était due⁷⁵⁹.

En conclusion, une mesure non-discriminatoire, d'intérêt public et promulguée par la procédure légale, est indemnisable si de l'examen quantitatif de ses effets, le tribunal conclut que l'investissement étranger fut privé « de l'usage, des bénéfices ou du contrôle de ses avoirs »⁷⁶⁰. La finalité des actions étatiques sert donc exclusivement comme critère de qualification de leur légalité ou illégalité⁷⁶¹, analysées dans les termes

⁷⁵⁶ « In the view of the Tribunal, items such as goodwill and market share may [...] "constitute [] an element of the value of an enterprise and as such may have been covered by some of the compensation payments". [...] But it is difficult to see how they might stand alone, in a case like the one before the Tribunal ». Voir *Methanex v. United States of America*. Final award of the tribunal on jurisdiction and merits. Partie IV (D), § 16-17.

⁷⁵⁷ *Compañía Aguas del Aconquija and Vivendi Universal S.A.* Résolution du 20 août 2007, §7.5.21.

⁷⁵⁸ *Ibidem*, §7.5.26, §7.5.34.

⁷⁵⁹ *Ibidem*.

⁷⁶⁰ Yves NOUVEL. L'indemnisation d'une expropriation indirecte. *International law forum du droit international*, 2003, vol. 5, n°3, p. 198.

⁷⁶¹ La légalité d'une mesure d'expropriation n'est pas déterminée exclusivement par rapport à son objectif. Elle dépend d'autres facteurs : par exemple, ladite mesure ne doit pas être arbitraire ou

des TPPIs qui autorisent les mesures d'expropriation pour des raisons d'utilité publique ou d'intérêt public. La protection des droits de l'homme – y compris la protection de l'environnement – justifierait l'intérêt public d'une expropriation indirecte⁷⁶², ce qui pourrait influencer sur la détermination du montant de l'indemnisation⁷⁶³.

B. La protection des droits de l'homme et le principe du traitement juste et équitable.

Le fait que la notion du traitement juste et équitable soit vaste et abstraite peut engager la responsabilité de l'État dans de nombreux cas⁷⁶⁴. La question de l'application des normes de protection des droits de l'homme comme critère d'analyse de ce principe sera abordée à partir de deux perspectives : la première, lorsque le gouvernement prend une mesure réglementaire afin de protéger les droits de l'homme et la seconde, lorsque le comportement de l'investisseur ayant enfreint les droits de l'homme d'une personne

discriminatoire. Voir Rudolf DOZER et Christoph SCHREUER. *Principles of international investment law*. 2^{ème} Édition. Oxford : Oxford University Press, 2012, p. 99-100. Sébastien MANCIAUX. *Investissements étrangers et arbitrage entre États et ressortissants d'autres États*, *op. cit.*, p. 483-533. Andrew NEWCOMBE et Lluís PARADELL. *Law and practice of investment treaties : standards of treatment*. Austin : Wolters Kluwer, 2009, p. 369-377.

⁷⁶² À propos de la notion d'utilité publique dans l'arbitrage des investissements voir Saïda EL BOUDOUHI. L'intérêt général et les règles substantielles de protection des investissements. *Annuaire français de droit international*, 2005, vol. 51, p. 542-563. Sébastien MANCIAUX. *Investissements étrangers et arbitrage entre États et ressortissants d'autres États*, *op. cit.*, p. 486-493.

⁷⁶³ À propos de l'indemnisation des expropriations "légales" voir Surya P. SUBEDI, *op. cit.*, p. 123-126. Sébastien MANCIAUX. *Investissements étrangers et arbitrage entre États et ressortissants d'autres États*, *op. cit.*, p. 533-546. Andrew NEWCOMBE et Lluís PARADELL, *op. cit.*, p. 379-383. Yves NOUVEL. L'indemnisation d'une expropriation indirecte, *op. cit.*

⁷⁶⁴ Annika WYTHES. Investor-State arbitrations : can the 'fair and equitable treatment' clause consider international human rights obligations ? *Leiden Journal of International Law*, 2010, vol. 23, n°1, p. 245. Rudolf DOLZER. Fair and equitable treatment : a key standard in investment treaties. *The International Lawyer*, 2005, vol. 39, n°1, p. 87-88. Barnali CHOUDHURY. Democratic implications arising from the intersection of investment arbitration and human rights, *op. cit.*, p. 997. Barnali CHOUDHURY. Evolution or Devolution? : Defining Fair and Equitable Treatment in International Investment Law. *Journal of World Investment and Trade*, 2005, vol. 6, n°2, p. 297-320. Arnaud de NANTEUIL. *Droit international de l'investissement*. Paris : Pedone, 2014, p. 314-337. UNCTAD. *Fair and equitable treatment*. UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II. New York, Genève : United Nations, 2012, p. 11-16. Vaughan LOWE. Changing Dimensions of International Investment Law. *Oxford Legal Studies Research Paper No. 4/2007*, 2007, p. 98-101. Richard H. Kreindler. Fair and Equitable Treatment - A Comparative International Law Approach. *Transnational Dispute Management*, International Investment Law at a Crossroads (Special), 2006, n°3, p. 7-9.

Voir aussi à propos des éléments de la définition du traitement juste et équitable : Rudolf DOLZER et Christoph SCHREUER. *Principles of International Investment Law*. 2^{ème} Éd. Oxford : Oxford University Press, 2012, p. 139-160. Christoph SCHREUER. Fair and equitable treatment in arbitral practice. *The Journal of World Investment and Trade*, 2005, vol. 6, n°3, p. 357-386. Nick GALLUS. The 'fair and equitable treatment' standard and the circumstances of the host State. In : Chester BROWN et Kate MILES (éd.). *Evolution in investment treaty law and arbitration*. Cambridge : Cambridge University Press, 2011, p. 223-245. Andrew NEWCOMBE et Lluís PARADELL, *op. cit.*, p. 255-298.

ou d'une communauté mériterait d'être pris en considération dans l'évaluation du « traitement juste et équitable ».

Dans le premier scénario, le tribunal arbitral est amené à analyser une mesure étatique destinée à protéger les droits de l'homme mais qui porte préjudice à l'investissement. Une telle mesure, est-elle toujours « juste et équitable » ? Et dans le cas contraire, sa nature sert-elle à exempter l'État des responsabilités engagées par des TPPIs concernant le traitement dû à l'investisseur ? Par exemple, dans les affaires *Azurix*, *Aguas Argentinas* et *Aguas de Santa Fe* concernant le droit à l'eau, bien que les tribunaux n'aient pas considéré les mesures étatiques contestées comme des actes expropriateurs⁷⁶⁵, l'Argentine fut condamnée pour avoir violé le principe de traitement juste et équitable.

Dans l'affaire *Azurix*, l'Argentine plaidait qu'il existait un conflit entre le TBI et les traités de protection des droits de l'homme qui devait être résolu en faveur des ces derniers, car l'intérêt public des consommateurs prévalait sur l'intérêt privé du fournisseur du service⁷⁶⁶. Cependant, l'État n'approfondit pas ses arguments à ce sujet et le tribunal faillit accepter l'incompatibilité alléguée, d'autant plus que le service d'eau avait été fourni sans interruption par la compagnie ABA cinq mois après la notification de fin du contrat de concession⁷⁶⁷. Pourtant, la violation du droit à l'eau n'était pas due au non approvisionnement mais au fait que la population ne pouvait pas payer ce service à cause de la hausse des tarifs. En outre, la crise économique – qui aurait pu justifier les actions de l'État destinées à protéger les droits fondamentaux de la population – fut invoquée par l'Argentine mais uniquement comme contexte des actes contestés et non comme justification. Finalement, le tribunal conclut qu'aucune des actions étatiques n'avait été influencée par la crise.

Au contraire, dans les affaires *Aguas Argentinas* et *Aguas de Santa Fe*, l'Argentine fit une référence expresse à la crise économique et à la protection du droit à l'eau comme fondement de la légalité des actions menées par l'État. Celui-ci argua qu'à fin de juger si

⁷⁶⁵ Voir *Azurix Corp. v. the Argentine Republic*, aff. CIRDI n°ARB/01/12. Résolution du 14 juillet 2006, §322. *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic*, aff. CIRDI n°ARB/03/19. Résolution du 30 juillet 2010, §156. *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and Interagua Servicios Integrales de Agua S.A. v. Argentine Republic*, aff. CIRDI n°ARB/03/17, Résolution du 30 juillet 2010, §151.

⁷⁶⁶ *Azurix Corp. v. the Argentine Republic*. Résolution du 14 juillet 2006, §254.

⁷⁶⁷ *Ibidem*, §261.

un disposition comme celle du traitement juste et équitable avait été transgressée, le tribunal devait tenir compte du contexte dans lequel l'État argentin agissait, à savoir une crise économique et sociale, mais aussi du droit à l'eau des habitants, droit que l'État tentait de sauvegarder.

« *Because of its importance to the life and health of the population, Argentina states that water cannot be treated as an ordinary commodity. Because of the fundamental role of water in sustaining life and health and the consequent human right to water, it maintains that in judging the conformity of governmental actions with treaty obligations this Tribunal must grant Argentina a broader margin of discretion in the present case than in cases involving other commodities and services.* »⁷⁶⁸

Les *amici curiae* – des ONGs autorisées à participer à l'arbitrage *Aguas Argentinas* – soutinrent ce raisonnement en arguant que les dispositions relatives aux droits de l'homme contraignaient l'Argentine à prendre des mesures pour assurer à la population l'accès – tant physique qu'économique – à l'eau. Ainsi, les actions étatiques menées face à la crise étaient conformes aux principes des droits de l'homme⁷⁶⁹.

Néanmoins, le tribunal considéra que l'Argentine aurait pu prendre des mesures plus flexibles pour garantir l'approvisionnement en eau et l'assainissement sans manquer à son obligation d'accorder un traitement juste et équitable⁷⁷⁰. Le tribunal refusa l'argument des *amici curiae* qui suggérait que les obligations étatiques en matière de droits de l'homme justifiaient le non-respect des engagements acquis au moyen des TPPIs. Il estima que l'Argentine était soumise à la fois aux dispositions internationales des droits de l'homme et aux obligations dérivées des TBIs et devait, par conséquent, les respecter également⁷⁷¹.

⁷⁶⁸ *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and Interagua Servicios Integrales de Agua S.A. v. Argentine Republic*, aff. CIRDI n°ARB/03/17. Résolution du 30 juillet 2010, §232. *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic*, aff. CIRDI n°ARB/03/19. Résolution du 30 juillet 2010, §252.

⁷⁶⁹ *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and Vivendi Universal S.A.* Résolution du 30 juillet 2010, §256.

⁷⁷⁰ *Ibidem*, §260.

⁷⁷¹ *Ibidem*, §262. Le tribunal arbitral de l'affaire *S.D. Myers v. Canada* prit une décision similaire. L'affaire concernait la régulation canadienne à propos de l'élimination de PCB (polychlorinated biphenyl), substance reconnue hautement toxique, nocive pour la santé. Pour le tribunal, le Canada aurait pu satisfaire ses préoccupations concernant la santé ou l'environnement sans porter atteinte à l'ouverture du marché. « *Even if the Basel Convention [Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontières des déchets dangereux et de leur élimination] were to have been ratified by the NAFTA Parties, it should not be presumed that CANADA would have been able to use it to justify the breach of a specific NAFTA provision because ...where*

En effet, lorsque la mesure étatique protégeant les droits de l'homme « se traduit par une modification de l'environnement juridique ou commercial et nuit à l'investissement, il n'est pas certain que le tribunal acceptera la nature de la mesure comme réponse l'emportant sur une demande de traitement juste et équitable »⁷⁷². L'ordre juridique antérieur à l'investissement constitue le cadre des attentes légitimes de l'investisseur qui seront protégées et le standard du traitement juste et équitable est lié à un degré considérable à ces attentes⁷⁷³.

D'ailleurs, le traitement juste et équitable n'accepte pas de justification. L'État ne peut pas prétexter la protection des droits de l'homme pour légitimer un traitement injuste ou inéquitable contre un investisseur et ainsi être exempté du paiement d'une indemnisation qui, en tout cas, pourrait être uniquement réduite, proportionnellement en fonction des considérations relatives aux droits de l'homme⁷⁷⁴. Ainsi, pour qu'un État puisse être exempté d'un paiement né du principe de traitement juste et équitable, le respect de ses obligations étatiques conventionnelles en matière des droits de l'homme doit être invoqué comme un élément de ce principe et non comme une exception à son application. La nature de la mesure peut en effet justifier un changement des règles du jeu de l'investissement⁷⁷⁵, car, après tout, l'investisseur entre sur le marché du pays d'accueil en prenant le risque de modifications réglementaires prévisibles⁷⁷⁶. Cependant, pour que l'acte étatique soit conforme au standard de traitement, il faut encore démontrer qu'il n'est pas arbitraire, disproportionné ou incohérent.

a party has a choice among equally effective and reasonably available alternatives for complying...with a Basel Convention obligation, it is obliged to chose the alternative that is... least inconsistent with the NAFTA. ». Voir *S.D. Myers Inc. v. Government of Canada*. Résolution partielle du 13 novembre 2000, §215.

⁷⁷² UNCTAD. *Fair and equitable treatment*. UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II. New York, Genève : United Nations, 2012, p. 14.

⁷⁷³ Rudolf DOLZER. Fair and equitable treatment : a key standard in investment treaties. *The International Lawyer*, 2005, vol. 39, n°1, p. 103.

⁷⁷⁴ Voir Ioana KNOLL-TUDOR. The fair and equitable treatment standard and human rights norms. In : Pierre-Marie DUPUY, Francesco FRANCIONI et Ernst-Ulrich PETERSMANN (éd). *Human rights in international investment law and arbitration*. Oxford : Oxford University Press, 2009, p. 342-343.

⁷⁷⁵ Pour Juan Pablo BOHOSLAVSKY et Juan Bautista JUSTO, bien que les obligations conventionnelles soient destinées aux États signataires des conventions relatives aux droits de l'homme, ces obligations sont exigibles des investisseurs. Admettre le contraire équivaudrait à accepter que les investisseurs soient exemptés de respecter les droits de l'homme. Ainsi, la mise en œuvre de mesures destinées à protéger les droits de l'homme ne peut être considérée comme un changement des règles du jeu de l'investisseur ne motivant donc pas le paiement d'une indemnisation. Juan Pablo BOHOSLAVSKY et Juan Bautista JUSTO, *op. cit.*, p. 34.

⁷⁷⁶ Peter MUCHLINSKI. 'Caveat investor'? The relevance of the conduct of the investor under the fair and equitable treatment standard. *International and Comparative Law Quarterly*, 2006, vol. 55, n°3, p. 551.

En outre, l'État pourrait arguer que l'investisseur a, lui-même, commis des violations des droits de l'homme dans le cadre de son investissement⁷⁷⁷, conduite qui mériterait d'être prise en compte dans l'évaluation du standard de traitement juste et équitable. D'un côté, la conduite de l'investisseur étranger est liée à ses attentes raisonnables ou légitimes⁷⁷⁸. En ce sens, un investisseur ne peut pas attendre légitimement que l'État lui permette de violer les droits fondamentaux d'une personne ou d'un groupe⁷⁷⁹. Ainsi, les actions étatiques destinées à protéger les droits de l'homme violés par l'investisseur ne seraient pas contraires au principe de traitement juste et équitable. D'un autre côté, la conduite de l'investisseur étranger pourrait aussi jouer sur l'admissibilité de sa réclamation d'un traitement juste et équitable. Sur le fondement de la doctrine « *clean hands* », un tribunal pourrait considérer inadmissibles les allégations de l'investisseur en raison de son comportement irrecevable⁷⁸⁰. En effet, « [l']investisseur ne peut pas invoquer un traitement injuste et inéquitable, s'il commet une fraude ou est responsable d'une conduite impropre. »⁷⁸¹

Contrairement au premier scénario où la nature des mesures étatiques est considérée comme un élément de l'analyse du traitement juste et équitable, le second scénario ajoute un facteur d'étude : la conduite de l'investisseur. Cela pose un problème de juridiction pour les tribunaux arbitraux d'investissements qui seraient obligés de déterminer la responsabilité de l'investisseur dans la violation des droits de l'homme. Selon Dumberry et Dumas, un tribunal arbitral aurait juridiction pour reconnaître les violations des droits de l'homme, lorsque deux conditions sont remplies. Premièrement, le TBI doit contenir une clause arbitrale assez large faisant référence à la solution des conflits « concernant l'investissement », « toute sorte de conflit », entre autres expressions, qui ne réduiraient pas la juridiction du tribunal. Or, le tribunal n'aura pas juridiction s'il est limité à se prononcer exclusivement sur la violation des dispositions du

⁷⁷⁷ Patrick DUMBERRY et Gabrielle DUMAS-AUBIN. When and how allegations of human rights violations can be raised in investor-state arbitration. *The Journal of World Investment and Trade*, 2013, vol. 13, p. 361.

⁷⁷⁸ Andrew NEWCOMBE et Lluís PARADELL, *op. cit.*, p. 297.

⁷⁷⁹ Annika WYTHES. Investor-State arbitrations : can the 'fair and equitable treatment' clause consider international human rights obligations ? *Leiden Journal of International Law*, 2010, vol. 23, n°1, p. 251.

⁷⁸⁰ Patrick DUMBERRY et Gabrielle DUMAS-AUBIN, *op. cit.*, p. 362.

⁷⁸¹ Ferhat HORCHANI. Les droits de l'homme et le droit des investissements internationaux. In : Laurence BOY, Jean-Baptiste RACINE et Fabrice SIIRIAINEN. *Droit économique et droits de l'homme*. Bruxelles : Larcier, 2009, p. 158.

TBI. En second lieu, les allégations doivent avoir une relation ou une connexion avec l'investissement en question⁷⁸².

Finalement, que le tribunal n'ait pas juridiction pour trancher une demande accessoire contre l'investisseur en matière des droits de l'homme, ne signifie pas que les violations des droits de l'homme soient exclues de sa juridiction, car tant que celles-ci sont directement liées à l'investissement, il pourra les prendre en considération⁷⁸³. Des tribunaux CIRDI ont déjà refusé des réclamations face aux conduites illégales des investisseurs telles que fausses déclarations, fraudes ou corruption⁷⁸⁴.

Section 2. Protection des droits de l'homme dans le cadre des affaires en matière d'investissement : la recherche d'un équilibre.

Les TPPIs octroient des droits substantiels aux investisseurs, que les États s'engagent à respecter sans aucune obligation en contrepartie. Cette disparité fait que les États détracteurs accusent le système d'arbitrage CIRDI d'être injuste, disproportionné et toujours favorable aux investisseurs. Dans un premier temps, le thème du respect des droits de l'homme comme obligation qui n'est pas exclusivement étatique sera abordé (§1) pour ensuite donner un aperçu du système de protection des droits de l'homme en Amérique latine par rapport aux arbitrages d'investissement (§2).

§1. Le respect des droits de l'homme : une obligation qui cesse d'être exclusivement étatique.

A. Les investisseurs étrangers et leurs obligations en matière de droits de l'homme.

L'application des droits internationaux dont bénéficient les investisseurs doit considérer leur nature conditionnelle et les contrebalancer par les obligations des

⁷⁸² *Ibidem*, p. 361.

⁷⁸³ Voir Clara REINER et Christoph SCHREUER. Human Rights and international investment arbitration. In: Pierre-Marie DUPUY, Francesco FRANCIONI et Ernst-Ulrich PETERSMANN (éd). *Human rights in international investment law and arbitration*. Oxford : Oxford University Press, 2009, p. 84.

⁷⁸⁴ Patrick DUMBERRY et Gabrielle DUMAS-AUBIN, *op. cit.*, p. 364-365. Voir aussi Andrew NEWCOMBE. Investor misconduct : jurisdiction, admissibility or merits ? In: Chester BROWN et Kate MILES, *op. cit.*, p. 187-200.

investisseurs envers l'État, les individus et l'environnement⁷⁸⁵. Il faut donc commencer par définir quelles sont les obligations des investisseurs en matière de droits de l'homme susceptibles d'être mises dans la balance lorsqu'ils demandent la protection de leurs investissements.

Jusqu'à présent l'obligation de respecter les droits de l'homme pour les entreprises transnationales ne figure pas dans des instruments internationaux contraignants. De plus, dans les pays en développement la protection de ces droits est assez faible, les mécanismes légaux étant ineffectifs⁷⁸⁶. La responsabilité sociale des entreprises⁷⁸⁷ prend donc la forme d'une autorégulation – *self-regulation* – qui se traduit en codes de conduite, guides ou compromis, assumés volontairement par elles soit à l'intérieur de leur structure corporative, soit à l'extérieur en adoptant des textes promus au niveau international⁷⁸⁸ qui prétendent être « un pont dans la brèche des différents niveaux de protection nationale »⁷⁸⁹.

Ainsi, des initiatives internationales surgissent en matière de responsabilité sociale et environnementale. Par exemple, les Principes directeurs de l'OCDE « sont des recommandations que les gouvernements adressent aux entreprises multinationales

⁷⁸⁵ U.N. OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS. *Human rights and trade*. 5th WTO Ministerial Conference, Cancún, Mexique, 10-14 septembre 2003, p. 19.

⁷⁸⁶ Adefolake ADEYEYE. Corporate Responsibility in International Law: which way to go? *Singapore Year Book of International Law and Contributors*, 2007, vol. 11, p. 151. Carola GLINSKI. Corporate codes of conduct: moral or legal obligation? In: Doreen MCBARNET, Aurora VOICULESCU and Tom CAMPBELL (éd.). *The new corporate accountability: corporate social responsibility and the law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, p. 119-120.

⁷⁸⁷ À propos de la responsabilité sociale des entreprises voir Doreen MCBARNET, Aurora VOICULESCU et Tom CAMPBELL (éd.). *The new corporate accountability: corporate social responsibility and the law*. Cambridge : Cambridge University Press, 2009. Emmanuelle MAZUYER (éd.). *Regards croisés sur le phénomène de la responsabilité sociale de l'entreprise*. Paris: la Documentation française, 2010. Ramon MULLERAT (éd.). *Corporate social responsibility: the corporate governance of the 21st century*. 2nd éd. Alphen aan den Rijn : Wolters Kluwer, 2011.

⁷⁸⁸ Par exemple, le site de la compagnie Chevron – impliquée dans une affaire contre l'Équateur qui concerne des questions sociales et environnementales – met en avant le concept de « *human energy* ». La compagnie déclare se conduire de manière socialement responsable et de façon éthique : « Nous respectons la loi, soutenons les droits de l'homme universaux, protégeons l'environnement et bénéficions aux communautés avec lesquelles nous travaillons. » Le site internet comporte une partie concernant la responsabilité corporative de Chevron où la compagnie reconnaît sa responsabilité quant au respect des droits de l'homme, <<http://www.chevron.com>> (consulté le 22 octobre 2014). Voir aussi les sites internet de Shell, BP et Repsol qui contiennent les engagements assumés par ces compagnies en matière sociale et environnementale <<http://www.shell.com>>, <www.bp.com>, <www.repsol.com> (consultés le 22 octobre 2014).

⁷⁸⁹ Carola GLINSKI. Corporate codes of conduct: moral or legal obligation? In: Doreen MCBARNET, Aurora VOICULESCU and Tom CAMPBELL (éd.). *The new corporate accountability: corporate social responsibility and the law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, p. 120.

exerçant leurs activités dans les pays adhérents ou à partir de ces derniers »⁷⁹⁰, afin de favoriser une conduite raisonnable des entreprises qui contribue de manière positive « au progrès économique, environnemental et social partout dans le monde »⁷⁹¹. Ces recommandations sont donc faites autant par les États d'accueil des investissements que par les États d'origine des investisseurs dans les domaines des droits de l'homme, de l'environnement et de la publication des informations, entre autres.

Néanmoins, ces normes ne sont pas juridiquement obligatoires pour les entreprises – sensées les adopter volontairement⁷⁹² – mais uniquement pour les pays qui adhèrent à ces Principes et s'engagent à les faire respecter⁷⁹³. Or, pour que les Principes acquièrent un caractère contraignant, ils doivent être règlementés par des législations nationales ou d'autres instruments internationaux⁷⁹⁴. En outre, bien que les Principes directeurs de l'OCDE soient « le seul code exhaustif convenu à l'échelon multilatéral que les gouvernements se sont engagés à promouvoir » en matière de conduite responsable des entreprises, en Amérique latine seulement sept pays y ont adhéré⁷⁹⁵.

Le Conseil des droits de l'Homme des Nations Unies adopta en 2011 les « Principes directeurs sur les droits de l'Homme et les entreprises »⁷⁹⁶ dans le but

⁷⁹⁰ OCDE. *Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales*. Éditions OCDE, 2011, p. 3.

⁷⁹¹ *Ibidem*.

⁷⁹² *Ibidem*, p. 19.

⁷⁹³ *Ibidem*, p. 15, 19-21.

⁷⁹⁴ *Ibidem*, p. 19(1).

⁷⁹⁵ L'Argentine (22 avril 1997), le Brésil (14 novembre 1997), la Colombie (8 décembre 2011), le Costa Rica (30 septembre 2013), le Pérou (25 juillet 2008), le Mexique et le Chili -ces deux derniers en leur qualité d'États membres de l'OCDE- ont adhéré à la Déclaration de l'OCDE et aux Décisions sur l'investissement international et les entreprises multinationales. L'OCDE a mis en place quatre instruments : les Principes directeurs à l'intention des entreprises multinationales, l'Instrument relatif au Traitement national, un instrument sur les Obligations contradictoires et un instrument sur les Stimulants et obstacles à l'investissement direct international.

⁷⁹⁶ Les « Principes directeurs sur les droits de l'Homme et les entreprises » naissent après l'échec de l'adoption des « Normes des Nations unies sur la responsabilité des entreprises en matière des droits de l'homme ». Ces Normes imposaient aux entreprises transnationales et commerciales diverses obligations dont celles relatives au respect des droits de l'homme. Les entreprises concernées par les Normes étaient même soumises à des mécanismes de contrôle nationaux, internationaux ou établis par les Nations Unies qui tenaient compte des informations et des plaintes déposées par des ONGs, syndicats ou personnes affectées. Voir NATIONS UNIES. *Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights*. U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2 (2003). À propos des débats doctrinaux sur les Normes voir David KINLEY, Justine NOLAN et Natalie ZERIAL. 'The Norms are dead ! Long live the Norms !' The politics behind the UN Human Rights Norms for Corporations. In : Doreen MCBARNET, Aurora VOICULESCU et Tom CAMPBELL (éd). *The new corporate accountability: corporate social responsibility and the law*. Cambridge : Cambridge University Press, 2009, p. 459-475. AMNESTY INTERNATIONAL. *Les Normes des Nations unies sur la responsabilité des entreprises en matière*

« d'améliorer les normes et les pratiques concernant les entreprises et les droits de l'homme afin d'obtenir des résultats tangibles pour les individus et les collectivités concernées »⁷⁹⁷. Pourtant, les Principes directeurs des Nations Unies demandent à ne pas être interprétés « comme instituant de nouvelles obligations en vertu du droit international »⁷⁹⁸. Leur application dépend principalement de l'établissement de mécanismes étatiques – judiciaires ou non-judiciaires, à l'intérieur du système national de justice ou au moyen d'institutions régionales ou internationales – qui permettraient la réparation des dommages subis par les violations des droits de l'homme commises par les entreprises.

Certaines entreprises opérant en Amérique latine et qui ont participé à des arbitrages d'investissement, comme Repsol, GDF Suez, Pan American Energy LLC et Aguas Cordobesas S.A. font partie du Pacte mondial des Nations Unies « *United Nations Global Compact* ». Ces entreprises se sont donc engagées « à aligner leurs opérations et leurs stratégies sur dix principes universellement acceptés touchant les droits de l'homme, les normes du travail, l'environnement et la lutte contre la corruption »⁷⁹⁹. Semblable aux chartes de principes déjà mentionnées, le Pacte Mondial définit bien ce qu'il n'est pas : le Pacte n'est pas juridiquement contraignant, il n'est pas un moyen de surveiller ou de contrôler les entreprises, il n'est pas une norme ou un code de conduite et, enfin, il n'est pas un organe de réglementation⁸⁰⁰.

Bien que l'on puisse applaudir toutes les initiatives prises par les institutions internationales ou les entreprises transnationales, l'effectivité de tous ces codes qui ne créent que des obligations morales est douteuse⁸⁰¹. L'adoption de politiques de respect

des droits de l'homme : vers une responsabilité juridique. Paris : les éditions francophones d'Amnesty International, 2004.

⁷⁹⁷ NATIONS UNIES, DROITS DE L'HOMME HAUT-COMMISSARIAT. *Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 1.

⁷⁹⁸ *Ibidem*.

⁷⁹⁹ Voir UNITED NATIONS GLOBAL COMPACT. *Site officiel, français*. Disponible sur: <<https://www.unglobalcompact.org/Languages/french/index.html>> (consulté le 22 octobre 2014).

⁸⁰⁰ *Ibidem*. Voir Ernst Ulrich PETERSMANN. Time for a United Nations 'Global Compact' for integrating human rights into the law of worldwide organizations : lessons from european integration. *European Journal of International Law*, 2002, vol. 13, n°3, p. 621-650. L'auteur plaide pour la création d'un « Global Compact » complémentaire des Nations Unies et de ses agences spécialisées, ainsi que d'autres organismes publics à travers le monde, afin d'intégrer les droits de l'homme universellement reconnus dans le droit et la pratique des organisations intergouvernementales.

⁸⁰¹ Voir Peter T. MUCHLINSKI. *Multinational enterprises and the law*. 2^{ème} éd. Oxford : Oxford University Press, 2007, p. 525-536. Carola GLINSKI, *op. cit.*, p. 120. Adefolake ADEYEYE, *op. cit.*, p. 150-152. Patrick DUMBERRY et Gabrielle DUMAS-AUBIN, *op. cit.*, p. 355-358. Penelope SIMONS. Corporate

des droits de l'homme au sein des multinationales obéit principalement à des stratégies de marketing destinées à accroître la confiance du marché en améliorant la réputation des compagnies⁸⁰². Les multinationales n'ont aucun intérêt à être mises en examen à partir de leurs propres réglementations ou de leurs engagements internationaux pourtant publiquement admis. Les codes ou principes en matière de responsabilité sociale constituent donc de pures déclarations d'intention de la part des entreprises qui sont facultatives et non légalement exigibles.

Le droit international n'impose pas aux entreprises des obligations directes en matière de droits de l'homme, ce qui se répercute dans la sphère du droit des investissements. Ainsi, équilibrer les droits des investisseurs avec les droits de l'homme nécessite d'incorporer certains principes dans le cadre juridique protecteur des investissements. Par exemple, les Accords de libre-échange du Canada avec la Colombie et le Pérou comportent une disposition sur la responsabilité sociale des entreprises dans les termes suivants :

« Chaque Partie devrait encourager les entreprises exerçant leurs activités sur son territoire ou relevant de sa juridiction à intégrer volontairement des normes de responsabilité sociale des entreprises internationalement reconnues dans leurs politiques internes, telles que des déclarations de principe qui ont été approuvées ou qui sont appuyées par les Parties. Ces principes portent sur des questions telles que le travail, l'environnement, les droits de l'homme, les relations avec la collectivité et la lutte contre la corruption. Les Parties rappellent à ces entreprises l'importance d'intégrer ces normes de responsabilité sociale des entreprises dans leurs politiques internes. »⁸⁰³

voluntarism and human rights: the adequacy and effectiveness of voluntary self-regulation regimes. *Industrial relations*, 2004, vol. 59, n°1, p. 101-141.

Pour certains auteurs, les acteurs privés font partie d'un processus de création de lois. Ainsi, les sources de droit dominantes se trouveraient aujourd'hui dans les périphéries du droit, dans les frontières des autres secteurs de la société globale. La gouvernance privée et ses lois seraient donc sources du droit aussi valides que les lois nationales et internationales. Voir Gunther TEUBNER. Global private regimes: neospontaneous law and dual constitution of autonomous sectors in world society. In : Karl-Heinz LADEUR (éd). *Public governance in the age of globalization*. Aldershot : Ashgate, 2004, p. 71-87. Jean-Phillipe ROBÉ. Multinational enterprises : the constitution of a pluralistic legal order. In : Gunther TEUBNER (éd). *Global law without a State*. Aldershot : Dartmouth, 1997, p. 45-77.

⁸⁰² Carola GLINSKI, *op. cit.*, p. 122-129. Peter T. MUCHLINSKI. Human rights and multinationals: is there a problem? *International affairs*, 2001, vol. 77, p. 38-39.

⁸⁰³ Voir l'article 816 de l'Accord de libre-échange Canada-Colombie (signé le 21 novembre 2008) et l'article 810 de l'Accord de libre-échange Canada-Pérou (signé le 29 mai 2008).

Il y a donc une volonté des États signataires d'engager leurs entreprises dans le respect de certains principes. Cependant, il reste à déterminer l'effet que le non-accomplissement de ces normes de responsabilité sociale pourrait avoir lors d'une réclamation arbitrale. De plus, même en imposant des obligations directes aux investisseurs dans le cadre des TPPIs, l'État ne sera pas exempt de responsabilité lorsqu'il change ses lois de manière significative, imprévisible et sans préavis, dans le but de piéger un investisseur ou de le déposséder de son investissement⁸⁰⁴. Si le comportement de l'investisseur n'est pas toujours mis dans la balance de la justice arbitrale, il n'en va pas de même pour la conduite de l'État.

B. Les modèles des traités pour la promotion et la protection des investissements étrangers : vers la prise en compte des droits de l'homme.

Les tribunaux arbitraux n'ont généralement juridiction que pour résoudre les conflits concernant des violations du TPPI invoqué par l'investisseur. Celles-ci sont attribuables exclusivement aux États qui sont dans l'incapacité de faire valoir les normes relatives aux droits de l'homme – comme défense ou comme demande reconventionnelle –, car les TPPIs ne contiennent pas de dispositions imposant des obligations d'application directe aux investisseurs⁸⁰⁵. Ainsi, pour que le régime de responsabilité sociale soit effectif dans l'actuel environnement mondial, il est nécessaire d'incorporer aux responsabilités des États une régulation directe des actions des entreprises⁸⁰⁶. En effet, « rien ne s'oppose en théorie à ce que les États décident

L'Accord de libre-échange Canada-Honduras (signé plus récemment, le 5 novembre 2013) dans son article 10.16 contient une disposition similaire : « Chacune des Parties devrait encourager les entreprises exerçant leurs activités sur son territoire ou relevant de sa compétence à intégrer volontairement dans leurs politiques internes les normes internationalement reconnues en matière de responsabilité sociale des entreprises, telles que les déclarations de principe qui bénéficient du soutien ou de l'adhésion des Parties. Ces principes abordent des questions comme le travail, l'environnement, les droits de l'homme, les relations avec la collectivité et la lutte contre la corruption. »

⁸⁰⁴ Voir Peter MUCHLINSKI. 'Caveat investor'? The relevance of the conduct of the investor under the fair and equitable treatment standard. *International and Comparative Law Quarterly*, 2006, vol. 55, n°3, p. 552.

⁸⁰⁵ Voir Patrick DUMBERRY et Gabrielle DUMAS-AUBIN, *op. cit.*, p. 358-360.

⁸⁰⁶ David KINLEY, Justine NOLAN et Natalie ZERIAL. 'The Norms are dead ! Long live the Norms !' The politics behind the UN Human Rights Norms for Corporations. In : Doreen MCBARNET, Aurora VOICULESCU et Tom CAMPBELL (éd). *The new corporate accountability: corporate social responsibility and the law*. Cambridge : Cambridge University Press, 2009, p. 463. Patrick DUMBERRY et Gabrielle DUMAS-AUBIN, *op. cit.*, p. 350.

d'engager directement [leur] responsabilité »⁸⁰⁷. L'incorporation d'obligations pour les investisseurs dans les TPPIs réduirait la disparité caractéristique de ces traités⁸⁰⁸.

Les tribunaux arbitraux doivent donc être en mesure de trancher les conflits d'investissements de la manière la plus adéquate en tenant compte des intérêts collectifs et des implications en matière des droits de l'homme, mais sans s'écarter de leur fonction. « L'arbitrage d'investissement ne fut jamais conçu pour traiter de questions de grande préoccupation publique »⁸⁰⁹ ; en effet, l'intégration d'obligations pour les investisseurs dans les TPPIs et l'élargissement de la juridiction des tribunaux d'investissements aux sujets des droits de l'homme pourraient amener les investisseurs à recourir à d'autres méthodes moins transparentes et moins légitimes pour résoudre les conflits⁸¹⁰. La haute priorité des droits de l'homme doit donc être liée aux autres intérêts humains et aux divers cadres normatifs⁸¹¹. L'intégration des droits de l'homme dans le système de protection des investisseurs est en effet nécessaire, mais en évitant toujours de mélanger deux domaines différents.

Le rôle des droits de l'homme serait donc de limiter les droits des investisseurs. Les États doivent être capables de remplir leurs obligations en matière des droits de l'homme tout en poursuivant des objectifs économiques avec d'autres États ou entreprises.

« Economic agreements concluded by States, either with other States or with business enterprises – such as bilateral investment treaties, free-trade agreements or contracts for investment projects – create economic opportunities for States. But they can also affect the domestic policy space of Governments. For example, the terms of international investment agreements may constrain States from fully implementing new human rights legislation, or put them at risk of binding international arbitration if they do so. Therefore, States should ensure that they retain adequate policy and

⁸⁰⁷ NATIONS UNIES. *Rapport intérimaire du Représentant spécial du Secrétaire général chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises*. E/CN.4/2006/97, §65.

⁸⁰⁸ Patrick DUMBERRY et Gabrielle DUMAS-AUBIN, *op. cit.*, p. 349. Marc JACOB. *International investment agreements and human rights*. INEF Research Paper Series on Human Rights, Corporate Responsibility and Sustainable Development. Duisburg : Institute for Development and Peace, University of Duisburg Essen, 2010, p. 21.

⁸⁰⁹ Marc JACOB, *op. cit.*, p. 36.

⁸¹⁰ *Ibidem*, p. 37.

⁸¹¹ Nasser ZAMMIT. *Human rights and State responsibility*. Paris : Connaissances et Savoirs, 2011, p. 27. Voir aussi James GRIFFIN. *On human rights*. Oxford : Oxford University Press, 2008, p. 57-82.

regulatory ability to protect human rights under the terms of such agreements, while providing the necessary investor protection. »⁸¹²

L'échec du modèle norvégien de TBI 2007 qui prévoyait diverses dispositions concernant la transparence, la responsabilité sociale des entreprises, les droits de l'homme et le développement durable⁸¹³ témoigne de la difficulté de cette tâche. Suite aux opinions publiques extrêmement polarisées, le gouvernement norvégien abandonna ce modèle en 2009, considérant que réaliser un juste équilibre était trop difficile⁸¹⁴.

Même si le traité de protection des investissements n'impose pas d'obligations directes aux investisseurs, la restriction de leurs droits peut provoquer un rejet du TPPI qui, par conséquent, n'attirerait plus des investissements. Selon Weiner, il faut définir des lignes directrices qui déterminent les cas ou les catégories d'objectifs de bien-être public susceptibles d'être acceptées tant par les pays exportateurs de capitaux (pays développés) que par les pays importateurs de capitaux (pays en développement). Dans ces cas, les États pourraient légiférer, sans avoir à indemniser les propriétaires pour les pertes qui en découleraient⁸¹⁵.

Certains nouveaux modèles de TPPIs – plus conservateurs que le modèle norvégien – intègrent des normes cherchant à préserver la capacité de l'État d'édicter des mesures en matière de protection des droits de l'homme, tout en conservant des garanties pour les investisseurs. Par exemple, l'Accord de libre-échange entre le Canada et le Pérou contient une disposition concernant les mesures étatiques relatives à la santé, à la sécurité et à l'environnement :

« Les Parties reconnaissent qu'il n'est pas approprié d'encourager l'investissement en assouplissant les mesures nationales qui se rapportent à la santé, à la sécurité ou à l'environnement. En conséquence, une Partie ne devrait pas renoncer ni déroger

⁸¹² NATIONS UNIES, DROITS DE L'HOMME HAUT-COMMISSARIAT. *Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme*. New York, Genève : Nations Unies, 2011, p. 12-13.

⁸¹³ Voir Norway 2007 Draft Model BIT (cover letter) (commentary). In : *Site Investment treaty arbitration*. Disponible sur : <<http://www.italaw.com/investment-treaties>> (consulté le 22 octobre 2014).

⁸¹⁴ Voir Damon VIS-DUNBAR. Norway shelves its draft model bilateral investment treaty [en ligne]. *Investment treaty news*, publié le 8 juin 2009. Disponible sur: <<http://www.iisd.org/itn/2009/06/08/norway-shelves-its-proposed-model-bilateral-investment-treaty>> (consulté le 22 octobre 2014). Mary E. FOOTER. BITs and pieces: social and environmental protection in the regulation of foreign investment. *Michigan State Journal of International Law*, 2009, vol. 18, n°1, p. 61-62.

⁸¹⁵ Allen S. WEINER. Indirect expropriations the need for a taxonomie of legitimate regulatory purposes. *International law forum du droit international*, 2003, vol. 5, n°3, p. 167.

de quelque autre manière, ni offrir de renoncer ou de déroger de quelque autre manière, à de telles mesures dans le dessein d'encourager l'établissement, l'acquisition, l'expansion ou le maintien sur son territoire d'un investissement effectué par un investisseur »⁸¹⁶.

Cet Accord limite aussi la notion d'expropriation indirecte, en excluant les mesures appliquées de bonne foi, non discriminatoires, dont le but légitime serait de protéger le bien-être public :

« Sauf dans de rares cas, par exemple lorsque la mesure ou le train de mesures est si rigoureux au regard de son objet qu'on ne peut raisonnablement penser qu'il a été adopté et appliqué de bonne foi, ne constituent pas une expropriation indirecte les mesures non discriminatoires d'une Partie qui sont conçues et appliquées dans un but légitime de protection du bien-être public, par exemple en matière de santé, de sécurité et d'environnement. »⁸¹⁷

En outre, le chapitre relatif aux investissements de l'ALÉAC assure que rien ne peut empêcher les Parties d'adopter, de maintenir ou d'exécuter toute mesure prise dans un domaine sensible aux préoccupations environnementales⁸¹⁸. De même, l'ALÉAC contient en annexe la même disposition que l'Accord Canada-Pérou concernant ce que les États membres entendent par « expropriation indirecte »⁸¹⁹.

Bien que les droits de l'homme ne figurent pas généralement dans les TPPIs, les restrictions apportées à la définition de l'expropriation indirecte – les mesures concernant la santé, la sécurité, l'environnement et, en général, le « bien-être public » en sont exclues – permet aux États de protéger ces domaines sans que cela n'engage le paiement d'indemnisations aux investisseurs concernés. Néanmoins, que l'objectif de la mesure étatique soit légitime n'exempterait pas l'État d'agir en toute légalité, en respectant les procédures légales et en évitant de procéder de manière arbitraire,

⁸¹⁶ *Accord de libre-échange Canada-Pérou*, signé le 29 mai 2008, article 809. Cette disposition figure aussi dans l'article 815 de l'Accord du libre-échange Canada-Colombie, signé le 21 novembre 2008, et dans l'article 9.16 de l'Accord de libre-échange Canada-Panama, signé le 14 mai 2010.

⁸¹⁷ *Ibidem*, Annexe 812.1(3). Cette restriction au sujet de ce qui doit être considéré comme une expropriation indirecte fut incorporée à l'Annexe 9.11(c) de l'Accord de libre-échange Canada-Panama.

⁸¹⁸ *Dominican Republic-Central America Free Trade Agreement*, article 10.11.

⁸¹⁹ *Ibidem*, Annexe 10-C (4)(b) « *Except in rare circumstances, nondiscriminatory regulatory actions by a Party that are designed and applied to protect legitimate public welfare objectives, such as public health, safety, and the environment, do not constitute indirect expropriations.* »

discriminatoire ou de mauvaise foi. Un tel comportement de la part de l'État pourrait faire tomber la mesure dans ces « rares cas » prévus par l'Accord Canada-Pérou ou par l'ALÉAC où l'acte étatique cherchant le bien-être public serait qualifié d'« expropriation indirecte », et même si cette qualification n'était pas pertinente, l'État pourrait être condamné pour avoir violé le principe d'un traitement juste et équitable.

§2. Le système de protection des droits de l'homme en Amérique latine.

A. Les différends en matière d'investissement : *regulatory chill*.

La possibilité que l'État soit mis en examen devant un tribunal d'arbitrage en matière d'investissements provoque, selon certains auteurs, un « *regulatory chill* »⁸²⁰. Autrement dit, un État ne parviendra pas à promulguer ou à appliquer des mesures réglementaires de bonne foi en raison de la menace perçue ou réelle d'être confronté à un arbitrage d'investissement⁸²¹. Le point de départ est donc le fait que l'État désire agir en toute légalité, au nom de l'intérêt public, sans aucun but protectionniste ou discriminatoire, contrairement à tout TPPI qui cherche à démotiver la mise en place d'actions illégales, protectionnistes et discriminatoires à l'encontre des investisseurs. Dans ce cas, « le '*chilling*' [...] peut être décrit, de façon plus appropriée, comme le respect d'un État de ses engagements internationaux »⁸²².

Ainsi, le « *regulatory chill* » peut se présenter à différents moments dans le processus d'adoption des mesures réglementaires : avant la rédaction des changements législatifs – « *anticipatory chill* » – à savoir que les gouvernements considèrent les différends d'investissement potentiels pouvant surgir des réglementations proposées et décident de

⁸²⁰ Voir Kyla TIENHAARA. Regulatory chill and the threat of arbitration: a view from political science. In : Chester BROWN et Kate MILES (éd.). *Evolution in investment treaty law and arbitration*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, p. 606-627. UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *World Investment Report 2003: FDI Policies for Development: National and International Perspectives*. New York; Genève: UNCTAD, 2003, p. 111. BOHOSLAVSKY et JUSTO, *op. cit.*, p. 16. CHOUDHURY, Democratic implications arising from the intersection of investment arbitration and human rights, *op. cit.*, p. 995. Thomas WÄLDE. Investment arbitration under the Energy Charter Treaty: from dispute settlement to treaty implementation. *Arbitration International*, 1996, vol. 12, n°4, p. 434. David SCHNEIDERMAN. *Constitutionalizing economic globalization: investment rules and democracy's promise*. Cambridge : Cambridge University Press, 2008, p. 69-72. Robert WAI. Countering, branding, dealing: using economic and social rights in and around the international trade regime. *European Journal of International Law*, 2003, vol. 14, n°1, p. 68-69.

⁸²¹ Christian TIETJE et Freya BAETENS. *The impact of investor-State dispute settlement (ISDS) in the transatlantic trade and investment partnership. Study prepared for the Minister for Foreign Trade and Development Cooperation*. Pays-Bas : Ministry of Foreign Affairs, 2014, p. 40.

⁸²² Kyla TIENHAARA, *op. cit.*, p. 608. Traduction par l'auteure.

ne pas les mener à bien ; comme réponse concrète – « *specific response chill* » –, une fois que le gouvernement prend conscience du risque d'un différend, il arrête ou change le cours de la réglementation ; et finalement, l'État peut revenir sur une régulation en réponse à un conflit investisseur-État réglé ou résolu à son encontre – « *precedential chill* » –, parce qu'il craint des arbitrages futurs fondés sur le même règlement⁸²³.

La force des engagements dérivés des TPPIs inquiète donc les États, pris au piège entre la violation des droits de l'homme et la protection des investisseurs⁸²⁴, effrayés des conséquences légales s'ils prenaient des mesures régulatrices concernant les investisseurs étrangers, à savoir le paiement d'une indemnisation auquel s'ajouteraient les dépenses légales et d'autres dépenses découlant des arbitrages. Le coût est en effet une des critiques récurrentes contre l'arbitrage d'investissement⁸²⁵ et ce fut l'une des raisons qu'avança la Bolivie pour justifier sa dénonciation de la Convention de Washington⁸²⁶.

L'affaire *Ethyl Corporation* contre le Canada concernant des mesures environnementales dans le cadre du Chapitre 11 de l'ALÉNA illustre comment les actions étatiques sont susceptibles d'être limitées lorsque les droits d'investisseurs étrangers sont en jeu. Le Canada fut obligé de renoncer à appliquer une mesure législative environnementale pour éviter d'être condamné par un tribunal arbitral⁸²⁷. L'affaire Philip Morris contre l'Uruguay est aussi un exemple de l'utilisation de l'arbitrage d'investissement pour décourager l'application de réglementations d'intérêt général⁸²⁸. Le différend concerne la réglementation sur le tabac en Uruguay⁸²⁹ qui va à

⁸²³ *Ibidem*, p. 607.

⁸²⁴ Voir Ursula KRIEBAUM. Privatizing human rights, *op. cit.*, p. 188.

⁸²⁵ Les montants des dépenses légales et des résolutions arbitrales sont financièrement plus importants pour les pays en développement que pour les pays développés si nous tenons compte des dépenses publiques annuelles de ces pays. Voir Kevin P. GALLAGHER et Elen SHRESTHA. *Investment treaty arbitration and developing countries: a re-appraisal*. Global development and environment institute. Working paper n°11-01. Medford: Tufts University, 2011, p. 9-10.

⁸²⁶ « Le CIRDI est extrêmement coûteux pour des pays comme la Bolivie. N'oubliez pas qu'une petite affaire coûte jusqu'à trois millions de dollars en frais d'arbitre, d'avocats, d'experts et de voyages. Un avocat à Washington gagne 800 dollars par heure. » De plus, « les transnationales profitent du tribunal pour arracher aux États des compensations millionnaires ». Voir ATTAC-URUGUAY. *Bolivia inicia campaña internacional contra el CIADI : Renegociará 24 tratados de protección a las inversiones* [en ligne]. In : *Site Attac-Uruguay*, publié le 11 mai 2007. Disponible sur : <<http://www.uruguay.attac.org>> (consulté le 16 janvier 2014). Traduction de l'auteure.

⁸²⁷ La compagnie Ethyl accusait la législation d'être contraire au principe de traitement national, aux prescriptions de résultats et la comparait à une expropriation ou à une mesure équivalente. Voir Howard MANN. *Private Rights, Public Problems: a guide to NAFTA's controversial chapter on investor rights*. Winnipeg : IISD, 2001, p. 71-74.

⁸²⁸ *Philip Morris Brand Sàrl (Switzerland), Philip Morris Products S.A. (Switzerland) and Abal Hermanos S.A. (Uruguay) v. Oriental Republic of Uruguay*, aff. CIRDI n°ARB/10/7, enregistré le 26 mars 2010.

l'encontre des intérêts et des investissements de la compagnie Philip Morris⁸³⁰. D'après Matthew Myers, président de « *Campaign for tobacco-free kids* », les avocats de cette compagnie avaient prévenu le gouvernement uruguayen que l'affaire pouvait ruiner le pays, car Philip Morris avait des actifs qui dépassaient son PIB⁸³¹. La compagnie utilisa donc son pouvoir financier pour intimider l'Uruguay – et accessoirement d'autres pays qui auraient souhaité durcir leurs politiques concernant le tabac – et l'obliger à assouplir sa réglementation sur le contrôle du tabac :

« The world's largest multinational tobacco company is using the suit to make an example of Uruguay and intimidate other developing countries with limited resource to defend their tobacco control laws from expensive litigation. »⁸³²

La compagnie Philip Morris, en plus de sa demande de compensation pour ses pertes de revenus et de profits, réclama la suspension de l'application des normes contestées⁸³³ en se fondant sur des décisions de tribunaux internationaux⁸³⁴ et sur l'article 35 du Projet d'articles concernant la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite :

« L'État responsable du fait internationalement illicite a l'obligation de procéder à la restitution consistant dans le rétablissement de la situation qui existait avant que le fait illicite ne soit commis, dès lors et pour autant qu'une telle restitution :

- a. N'est pas matériellement impossible;

⁸²⁹ Notamment l'*Ordenanza* 514 du 18 août 2008 du Ministère de Santé Publique de l'Uruguay, le Décret 287/009 du Pouvoir exécutif du 15 juin 2009 et l'*Ordenanza* 466 du 1er septembre 2009 du Ministère de Santé Publique. Voir *Philip Morris Brand Sàrl (Switzerland), Philip Morris Products S.A. (Switzerland) and Abal Hermanos S.A. (Uruguay)*. Décision on juridiction du 2 juillet 2013, §4.

⁸³⁰ « *The Claimants allege that Ordinance 514 has caused a decrease in Abal's sales, notably because Abal has been forced to discontinue a number of its product varieties. It has also caused a deprivation of PMP's and Abal's intellectual property rights and a substantial reduction in the value of Abal as a company. As a result, it is alleged that the Claimants have already sustained, and will continue to sustain, substantial losses.* » *Ibidem*, §8.

⁸³¹ Voir Mike SECCOMBE. Big tobacco's plan to stub out plain packaging [en ligne]. In : *The Saturday Paper*, publié le 8 mars 2014. Disponible sur: <<https://www.thesaturdaypaper.com.au>> (consulté le 13 janvier 2015).

⁸³² *Ibidem*.

⁸³³ *Philip Morris Brand Sàrl (Switzerland), Philip Morris Products S.A. (Switzerland) and Abal Hermanos S.A. (Uruguay)*. Request for arbitration du 19 février 2010, §94.

⁸³⁴ *Ibidem*, §89, §91.

- b. N'impose pas une charge hors de toute proportion avec l'avantage qui dériverait de la restitution plutôt que de l'indemnisation »⁸³⁵

Il est certain que l'objectif principal de cette demande d'arbitrage consiste à obtenir l'inapplication des normes uruguayennes de contrôle du tabac, soit par une action 'volontaire' de l'État qui pourrait renoncer à la législation contestée, soit par l'obtention d'une condamnation qui aurait obligé l'État à le faire⁸³⁶. Le « *regulatory chill* » est, en effet, lié à la diminution de la capacité de l'État à légiférer⁸³⁷, autre aspect du système d'arbitrage CIRDI sévèrement critiqué⁸³⁸. Néanmoins, soulignons qu'il s'agit plutôt d'une certaine crainte à légiférer que d'une véritable incapacité à le faire, l'obstacle relevant de la psyché de l'État et non d'un instrument juridique ou d'une décision arbitrale qui lui retirerait son pouvoir souverain de régler.

En Amérique latine, bien que certains pays se sentent menacés par le système d'arbitrage d'investissement, l'existence d'un « *regulatory chill* » est difficile à constater. Dans la région, lorsqu'il existe une volonté de légiférer dans certains domaines, les gouvernements le font sans en considérer les conséquences ou en les assumant. L'Uruguay, après avoir apparemment envisagé d'assouplir sa législation sur le tabac face aux pressions de Philip Morris⁸³⁹, est prêt à la défendre devant le CIRDI.

⁸³⁵ NATIONS UNIES, COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL. *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite*. Nations Unies, 2001, article 35.

⁸³⁶ La compagnie Philip Morris (Asie), dans un différend concernant la réglementation du tabac en Australie, demanda également la suspension de l'application de la législation contestée. Voir *Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia*. Notice of arbitration du 21 novembre 2011, §8.2.

⁸³⁷ Voir Christian TIETJE et Freya BAETENS, *op. cit.*, p. 49.

⁸³⁸ Les « TBI supposent une sorte de 'dilemme du prisonnier' : les États se porteraient mieux s'ils rejetaient collectivement les restrictions à leur capacité de régulation contenues dans les TBI, mais les États importateurs de capital sont individuellement tentés de conclure des accords d'investissement afin de gagner en compétitivité. Marc JACOB, *op. cit.*, p. 23. Marc Jacob fait référence à l'article d'Andrew T. GUZMÁN. Why LDC's sign treaties that hurt them : explaining the popularity of bilateral investment treaties. *Virginia Journal of International Law*, 1998, vol. 38, p. 666-674.

« Les traités d'investissement – de la façon dont ils sont utilisés par les investisseurs et appliqués par les tribunaux – ne sont pas seulement des instruments pour protéger les investisseurs étrangers contre les comportements offensants et discriminatoires des pays d'accueil, mais ils élargissent les droits des investisseurs et le font de telle manière qu'ils déplacent le risque des modifications réglementaires de l'investisseur au gouvernement ». Lise JOHNSON et Oleksandr VOLKOV. State liability for regulatory change : how international investment rules are overriding domestic law. *Investment Treaty News*, publié le 6 janvier 2014. Disponible sur : <<http://www.iisd.org/itn/2014/01/06/state-liability-for-regulatory-change-how-international-investment-rules-are-overriding-domestic-law>> (consulté le 29 janvier 2015). Voir aussi Barnali CHOUDHURY. Recapturing public power : is investment arbitration's engagement of the public interest contributing to the democratic deficit ?, *op. cit.*, p. 775-832.

⁸³⁹ Luke Eric PETERSON. Uruguay hints at compromise in arbitration with Philip Morris [en ligne]. *Kluwer Arbitration Blog*, publié le 28 juillet 2010. Disponible sur : <<http://kluwerarbitrationblog.com/>

En outre, la menace des arbitrages d'investissement n'a pas empêché la vague de nationalisations au Venezuela, en Équateur et en Bolivie. « Nous n'allons pas céder à l'impérialisme américain ni à ses tentacules », déclara le président Hugo Chavez dans le cadre du conflit avec Exxon Mobil et de l'annonce de la dénonciation de la Convention de Washington⁸⁴⁰. Le président équatorien Rafael Correa affirma lui aussi:

« La politique sera : messieurs, vous portez plainte contre nous, vous quittez le pays. C'est comme si un de vos partenaires vous traînait devant un tribunal [...], mais le cas des compagnies pétrolières est encore plus grave, nous ne sommes pas des partenaires. Attention ! Elles ne sont pas au même niveau que l'État, c'est ce que les néolibéraux ont essayé de nous imposer, en subordonnant l'État aux transnationales. Excusez-moi, mais ce n'est pas une relation d'égal à égal, c'est la relation d'un État souverain, propriétaire du pétrole, avec une compagnie qui vient extraire son pétrole. Il s'agit plutôt d'une relation de dépendance employé-employeur [...] et celui à qui ça ne plaît pas, qu'il parte tout simplement. [...] Elles peuvent nous accuser, mais si elles le font, qu'elles quittent le pays ; je ne vais pas accepter que des étrangers viennent porter plainte contre le pays et continuent à bénéficier de l'usufruit de nos richesses naturelles. »⁸⁴¹

Les déclarations et les actions de certains gouvernements latino-américains montrent qu'ils ne craignent pas les répercussions des arbitrages d'investissement. L'ex-président Hugo Chavez était déterminé à ne pas exécuter les décisions des tribunaux CIRDI : « Maintenant ces gens nous menacent avec le CIRDI, [...] je vous le dis dès maintenant : nous ne reconnaitrons les décisions d'aucun CIRDI, nous ne les reconnaitrons pas. »⁸⁴² En effet, le « *regulatory chill* » disparaît lorsque les actions réglementaires sont considérées – par l'État hôte de l'investissement – légitimes et donc inattaquables devant les tribunaux des investissements.

blog/2010/07/28/uruguay-hints-at-compromise-in-arbitration-with-philip-morris/> (consulté le 29 janvier 2015).

⁸⁴⁰ Hugo CHAVEZ. *Aló Presidente*, programme n°376, diffusé le 8 janvier 2012.

⁸⁴¹ CORREA, Rafael. *Enlace ciudadano*, diffusé le 20 juin 2009, Ecuador TV. Traduction de l'auteur.

⁸⁴² Hugo CHAVEZ. *Aló Presidente*, programme n°376, *supra*. Le président de l'Équateur, Rafael Correa déclara dans le cadre de la nationalisation des compagnies pétrolières : « Exproprier ne signifie pas confisquer [...] Nous allons leur [aux compagnies pétrolières] accorder une compensation économique, mais si elles ne veulent pas se conformer aux lois du pays, qu'elles s'en aillent, nous n'avons pas besoin d'elles ». REUTERS. Ecuador podría nacionalizar o expropiar petroleras [en ligne]. *Reuters*, publié le 21 avril 2010. Disponible sur : <<http://www.reuters.com/article/2010/04/21/ecuador-repsolidESLDE63K0 BA20100421>> (consulté le 29 janvier 2015).

B. Les gouvernements latino-américains et leurs arbitrages en matière d'investissement : politisation et incitation sociale.

Le droit international des investissements rencontra le droit international des droits de l'homme dans un contexte de politiques tâtonnantes, de tentatives et d'erreurs de la part des gouvernements et des entreprises⁸⁴³. Les tribunaux arbitraux ne sont pas en effet responsables à part entière du manque de considération des droits de l'homme dans les affaires d'arbitrage d'investissement, car ce sont souvent les États qui, dès le départ, sous-estiment l'impact social des investissements étrangers.

L'affaire *Aguas del Tunari* contre la Bolivie, laquelle déclencha la fameuse « guerre de l'eau », est souvent utilisée comme un exemple de la lutte sociale contre la privatisation des services d'eau et d'assainissement en Amérique latine. De nombreuses organisations sociales critiquèrent fortement l'entreprise étrangère qui cherchait à s'approprier un bien public vital pour la population qui, suite à l'excessive augmentation des tarifs, avait le choix entre manger ou boire⁸⁴⁴. Les politiques néolibérales préconisées par la Banque Mondiale furent fortement contestées, de même que « son tribunal », le CIRDI, devant lequel la compagnie *Aguas del Tunari* réclamait la somme de 50 millions de dollars.

Pourtant, le gouvernement bolivien n'était pas exempt de conduites irrégulières et de violations des droits de l'homme. Le manque de transparence tant critiqué du tribunal CIRDI qui avait rejeté la participation d'*amici curiae* dans son arbitrage, pouvait aussi être reproché au gouvernement bolivien qui avait, dès le début de la privatisation du service, négocié le contrat du réseau d'eau et d'assainissement à huis clos, évitant ainsi le regard de l'opinion publique⁸⁴⁵. En outre, l'État accorda à l'investisseur des droits 'exclusifs' sur l'eau, ce qui interdisait l'accès à ses sources alternatives, jusqu'alors

⁸⁴³ Fabrizio MARELLA. On the changing structure of international investment law: the human right to water and ICSID arbitration. *International Community Law Review*, 2010, vol. 12, p. 348.

⁸⁴⁴ Voir THE DEMOCRACY CENTER. Investigaciones sobre Bolivia: Agua [en ligne]. Disponible sur: <<http://democracycctr.org/investigaciones-sobre-bolivia-agua>> (consulté le 17 octobre 2014).

⁸⁴⁵ Jim SHULTZ. La guerra del agua en Cochabamba y sus secuelas. In: Jim SHULTZ et Melissa CRANE (éd.). *Desafiando la globalización: historias de la experiencia boliviana*. La Paz: El Centro para la Democracia, 2008, p. 24. Pour les manifestants de La Coordinadora, il fut extrêmement difficile d'obtenir une copie du contrat entre le gouvernement et la compagnie Bechtel, car « c'était comme un secret d'État ». *Ibidem*, p. 29.

utilisées par certains secteurs de la population⁸⁴⁶. Pire encore, une fois que les manifestations contre la concession éclatèrent, le président de l'époque, Hugo Banzer – ancien dictateur connu pour des violations des droits de l'homme pendant son premier mandat dans les années 1970 –⁸⁴⁷ décida de défendre la concession en recourant à la force publique, en suspendant les garanties constitutionnelles et en défendant les hausses des tarifs avec gaz lacrymogènes et pistolets⁸⁴⁸. Un mort, des dizaines de blessés et des prisonniers politiques : tel fut le bilan des affrontements entre le gouvernement et les manifestants⁸⁴⁹.

Ainsi, bien que l'on puisse accuser les politiques néolibérales, attaquer la voracité des entreprises transnationales, mépriser la Banque Mondiale qui conditionne l'octroi de crédits à la privatisation de secteurs délicats comme le service d'eau et critiquer le CIRDI pour ne pas avoir écouté davantage les revendications sociales, en ce qui concerne les violations des droits de l'homme, les gouvernements latino-américains y ont leur part de responsabilité.

La privatisation ou la nationalisation des services d'eau, sont généralement des sujets fortement politisés. Dans l'affaire *Azurix* contre l'Argentine, le gouvernement contribua énormément à discréditer l'investisseur étranger chargé du service d'eau. Lors d'un incident dû à la présence d'algues dans l'eau, le gouvernement accusa l'investisseur et divers fonctionnaires locaux provoquèrent la panique de la population même lorsqu'il fut démontré que l'eau ne présentait aucun risque pour la santé. Le gouverneur, Eduardo Duhalde, incita la population à ne pas payer les factures d'eau et,

⁸⁴⁶ Pierre THIELBÖRGER. The human right to water versus investor rights : double-dilemma or pseudo conflict ? In : Pierre-Marie DUPUY, Francesco FRANCONI, Ernst-Ulrich PETERSMANN (éd). *Human rights in international investment law and arbitration*. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 502. Oscar OLIVERA. *¡Cochabamba! Water war in Bolivia*. Cambridge, Massachusetts: South End Press, 2004, p. 10.

Ces droits exclusifs au réseau d'eau étaient attribués par le biais de la Loi d'eau et assainissement du 29 octobre 1999 qui, dans son article 29, interdisait la prestation de services d'eau et d'assainissement à toute personne naturelle ou juridique, publique ou privée, association civile, société anonyme ou coopérative, qui n'aurait pas une concession attribuée par l'organisme gouvernemental compétent. Voir *Ley de agua potable y alcantarillado sanitario*, 29 octobre 1999.

⁸⁴⁷ Hugo Banzer occupa la présidence de la Bolivie après un coup d'État fomenté contre le général Juan José Torres en 1971. Sa présidence de presque sept ans se caractérisa par la violence exercée contre ses opposants politiques. Le nombre de prisonniers politiques, de personnes disparues et d'exilés fut très élevé. La dictature de Banzer participa à l'Opération Condor organisée par les régimes dictatoriaux du Cône Sud. Voir José de MESA, Teresa GISBERT, Carlos D. MESA GISBERT. *Historia de Bolivia*. 4^{ème} éd. La Paz : Editorial Gisbert, 2001, p. 700-709.

⁸⁴⁸ Jim SHULTZ. La guerra del agua en Cochabamba y sus secuelas, *op. cit.*, p. 28. Voir aussi le récit des faits par Oscar Olivera, leader de La Coordinadora: Oscar OLIVERA, *op. cit.*, p. 31-49.

⁸⁴⁹ Voir *ibidem*, p. 28-33.

à travers l'*Organismo Regulador de Aguas Bonaerense* (ORAB) – organisme chargé de réguler la concession d'eau – la compagnie fut obligée de réduire les montants des factures. Toutes ces actions gouvernementales, sans doute contraires aux principes de protection des investissements et dépourvues de tout objectif de protection des droits de l'homme, avaient une motivation politique : des factures d'eau trop élevées nuisaient à la candidature de Duhalde à l'élection présidentielle⁸⁵⁰.

L'affaire *Aguas del Aconquija* contre l'Argentine se déroula aussi dans un contexte de changements politiques : la privatisation du service d'eau fut négociée par Palito Ortega – gouverneur de Tucuman de 1991 à 1995 – mais la concession commença à fonctionner peu avant le début du gouvernement d'Antonio Domingo Bussi qui, au cours de sa campagne pour le poste de gouverneur de Tucuman, s'était déclaré opposé au transfert des biens patrimoniaux de la municipalité. En outre, la pression politique pour mettre fin au contrat de concession s'accrut, car Bussi n'était pas majoritaire. Le parti adverse mena donc sa campagne contre l'entreprise du service d'eau, incitant la population à ne pas payer les factures et, bien évidemment, à voter pour un gouvernement qui retirerait le service d'eau des mains des investisseurs étrangers⁸⁵¹.

Le manque d'investissement étatique, le vol des équipements des compagnies nationales avant l'arrivée des compagnies étrangères, les oppositions politiques, les concessions prises en main par les entreprises étrangères de manière soudaine et non progressive, entre autres facteurs attribuables à l'État, provoquent souvent les premiers épisodes de crise dans les services d'eau et ouvrent la porte aux questionnements sociaux sur le bien-fondé de la privatisation des compagnies nationales. La hausse des tarifs, principal déclencheur des manifestations populaires, est toujours concertée avec le gouvernement qui, face aux revendications de la population, fait semblant d'avoir été piégé par l'investisseur. Pourtant, ces hausses ne sont pas que le fait de la voracité des investisseurs. Souvent, les gouvernements suppriment les subventions dont la population bénéficiait avant la privatisation : par exemple, dans l'affaire *Aguas del Aconquija*, le

⁸⁵⁰ Eduardo Duhalde, gouverneur de Buenos Aires, se présenta comme candidat aux élections de 1999. Il fut vaincu par Fernando de la Rúa. Le Ministre des travaux publics avait déclaré que les factures étaient erronées et il incita la population à ne pas les payer jusqu'à ce que l'affaire fût clarifiée. Il cherchait à renvoyer après l'élection présidentielle la résolution de cette affaire. Aussi avait-il reconnu que certaines décisions du Ministère *d'œuvres publiques* (MOSP) et de l'ORAB, concernant des sanctions contre le concessionnaire d'eau, étaient politiquement motivées. *Azurix Corp. v. the Argentine Republic*. Résolution du 14 juillet 2006, §85 et §127.

⁸⁵¹ *Compañía Aguas del Aconquija S.A. et Vivendi Universal S.A.* Résolution du 20 août 2007, §4.8.5, §4.11.

gouvernement avait annulé toutes les subventions et ajouté six impôts aux tarifs du service d'eau d'une valeur de 38,7% du tarif total⁸⁵².

En outre, les États n'ont guère intérêt à soulever les questions des droits de l'homme dans les arbitrages d'investissement. Bien au contraire, ils essaient d'éviter les répercussions négatives d'une forte politique de protection des droits de l'homme, car les investisseurs peuvent décider de mettre leurs capitaux dans des pays qui ne placent pas les droits de l'homme au-dessus de ceux des investisseurs⁸⁵³. En effet, l'analyse des politiques étatiques relatives aux droits de l'homme fait partie des stratégies des entreprises multinationales qui cherchent à maximiser leurs profits⁸⁵⁴.

L'intégration des droits de l'homme dans l'arbitrage des investissements est donc une revendication sociale et non gouvernementale. Pourtant, les États sont les mieux placés pour réguler l'activité des compagnies en matière de respect des droits de l'homme⁸⁵⁵, pour inclure des dispositions relatives aux droits de l'homme dans leurs TPPIs et pour soulever les questions pertinentes lors des procédures arbitrales.

⁸⁵² *Ibidem*, §4.14.3, §4.14.4.

⁸⁵³ James D. FRY, *op. cit.*, p. 108.

⁸⁵⁴ Voir Joel BAKAN. *The corporation: the pathological pursuit of profit and power*. New York: Free Press, 2004, p. 60-84.

⁸⁵⁵ Patrick DUMBERRY et Gabrielle DUMAS-AUBIN, *op. cit.*, p. 352.

TITRE II. LA DÉNONCIATION DE LA CONVENTION DE WASHINGTON EN AMÉRIQUE LATINE : RUPTURE ET PERSPECTIVES.

« Lorsqu'elle repose sur des raisons sérieuses de convenance, la dénonciation se justifie d'elle-même et ne saurait être considérée comme un procédé blessant ou injurieux pour la partie qui la reçoit. »⁸⁵⁶ Trois pays latino-américains ont dénoncé la Convention de Washington : la Bolivie⁸⁵⁷, l'Équateur⁸⁵⁸ et le Venezuela⁸⁵⁹. Ces États se joignent ainsi aux critiques des mouvements sociaux latino-américains qui accusent le CIRDI de favoriser l'intérêt privé des investisseurs au détriment de l'intérêt général.

Les procédures de dénonciation de la Convention de Washington et des traités bilatéraux pour la protection des investissements seront ensuite abordées, en considérant les changements politiques et juridiques récents dans les trois pays concernés (Chapitre 1); ensuite, seront analysés les effets de la dénonciation de la Convention et les perspectives latino-américaines en ce qui concerne l'arbitrage des investissements (Chapitre 2).

⁸⁵⁶ Carlos CALVO. *Le droit international théorique et pratique précédé d'un exposé historique des progrès de la science du droit des gens*. Tome I, *op. cit.*, p. 678.

⁸⁵⁷ « Le 2 mai 2007 le depositaire a reçu une notification par écrit de la dénonciation de la Convention par la Bolivie. En vertu de l'article 71 de la Convention, la dénonciation a pris effet six mois après réception de ladite notification, c'est-à-dire le 3 novembre 2007. » CENTRE INTERNATIONAL POUR LE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS RELATIFS AUX INVESTISSEMENTS. *Liste des États contractants et signataires de la Convention (au 11 avril 2014)* [en ligne], p. 5. Disponible sur : <<https://icsid.worldbank.org>> (consulté le 6 février 2015).

⁸⁵⁸ La notification par écrit de la dénonciation de la Convention par l'Équateur fut reçue le 6 juillet 2009. La dénonciation prit effet le 7 janvier 2010. *Ibidem*.

⁸⁵⁹ La notification par écrit de la dénonciation de la Convention par la République Bolivarienne du Venezuela fut reçue le 24 janvier 2012. La dénonciation prit effet le 25 juillet 2012. » *Ibidem*.

Chapitre 1. La dénonciation de la Convention de Washington et des traités bilatéraux pour l'encouragement et la protection des investissements : les changements politiques et juridiques en Bolivie, en Équateur et au Venezuela.

L'Amérique du sud est la région qui compte le pourcentage le plus important d'affaires enregistrées au CIRDI⁸⁶⁰. Aux dates respectives où l'Équateur et le Venezuela déposèrent leurs notifications de dénonciation de la Convention de Washington, treize affaires avaient été enregistrées à l'encontre de l'Équateur et vingt-sept à l'encontre du Venezuela⁸⁶¹. Seule la Bolivie – le premier pays à avoir dénoncé la Convention – ne peut se vanter d'une grande expérience devant les tribunaux du Centre, n'ayant que deux affaires enregistrées à la date du dépôt de sa dénonciation.

Bien que les décisions concernant la dénonciation de la Convention de Washington soient liées aux résolutions des tribunaux arbitraux CIRDI dans des affaires très controversées, le rejet de l'arbitrage en matière d'investissement trouve son principal fondement dans les changements politiques qui se sont produits récemment dans les trois pays concernés. Ces changements se heurtent à la Convention qui n'est plus compatible avec le nouvel ordre politique et juridique des pays détracteurs (Section 1). En effet, les changements juridiques, notamment la création de nouvelles Constitutions nationales, motivèrent le réexamen constitutionnel de la Convention de Washington qui, comme dans les années 1960 lors de sa première discussion, semble contrarier le cadre juridique constitutionnel de ces pays (Section 2).

Section 1. La procédure de dénonciation de la Convention de Washington : critiques, changements politiques et réforme juridique.

La Convention de Washington garantit l'application du cadre normatif favorable aux investisseurs adopté par la signature des traités internationaux pour l'encouragement et la protection des investissements. La Convention assure le règlement des conflits entre les investisseurs et les États d'accueil de leurs investissements par la

⁸⁶⁰ Voir CENTRE INTERNATIONAL POUR LE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS RELATIFS AUX INVESTISSEMENTS. *Affaires du CIRDI : statistiques* [en ligne], n°2014-2. Disponible sur : <<https://icsid.worldbank.org>> (consulté le 29 janvier 2015).

⁸⁶¹ Nous avons consulté ces affaires grâce au moteur de recherche des affaires du site du CIRDI, disponible sur : <<https://icsid.worldbank.org>> (consulté le 6 février 2015).

création d'un Centre doté d'une autonomie administrative mais, plus important encore, d'une autonomie politique. Cette dernière confère au CIRDI un pouvoir réel pouvant résister aux changements soudains dus à l'alternance politique que connaissent les pays.

Pourtant, c'est l'alternance politique – un virage à gauche notamment – qui, dans certains pays latino-américains, a remis en cause le système d'arbitrage CIRDI. Le système est donc d'une part imperméable aux changements politiques l'État restant soumis à ses engagements internationaux, mais d'autre part, il est vulnérable face aux décisions étatiques qui menacent soit de ne plus obéir aux résolutions arbitrales, soit de simplement quitter le système. Ainsi, les raisons avancées par la Bolivie, l'Équateur et le Venezuela pour justifier leur dénonciation de la Convention seront abordées (§1) avant d'analyser la question du recadrage de la Convention de Washington en fonction du nouvel ordre juridique constitutionnel de la Bolivie, de l'Équateur et du Venezuela (§2).

§1. Critiques et changements politiques dans le processus de dénonciation de la Convention de Washington.

A. La dénonciation de la Bolivie : une campagne contre le CIRDI.

« La décision de la Bolivie avait été annoncée en avril [du 2007] au sommet de Barquisimeto. »⁸⁶² À la date de la notification de la dénonciation de la Convention de Washington par la Bolivie le 2 mai 2007⁸⁶³, ce pays n'avait affronté que deux affaires : l'affaire *Aguas del Tunari* et l'affaire *Quiborax*. Bien que la Bolivie ne pût se plaindre d'avoir été victime de nombreuses affaires⁸⁶⁴, les effets que l'affaire *Aguas del Tunari* déclencha sur la politique économique bolivienne et sur la façon dont les institutions dérivées du Consensus de Washington – la Banque Mondiale, le FMI, le CIRDI – étaient perçues ne sont pas négligeables :

⁸⁶² Sébastien MANCIAUX. Bolivia's withdrawal from ICSID. *Transnational Dispute Management*. 2007, vol. 4, n°5, p. 1. Le sommet de Barquisimeto fut le 5^{ème} de l'ALBA-TCP, célébré le 29 avril 2007.

⁸⁶³ Voir CENTRE INTERNATIONAL POUR LE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS RELATIFS AUX INVESTISSEMENTS. *Liste des États contractants et signataires de la Convention (au 11 avril 2014)*, op. cit.

⁸⁶⁴ Contrairement à l'Argentine qui, jusqu'à la date de la notification de la dénonciation de la Bolivie, avait quarante-trois affaires enregistrées à son encontre, dont plusieurs liées à la grave crise économique de 2001. Les affaires argentines eurent certainement un impact négatif sur la réputation du Centre dans la région, mais il est difficile de mesurer à quel point elles contribuèrent au rejet de l'arbitrage dans les autres pays latino-américains.

« On a toujours répété : la mort de la Banque Mondiale !, la mort du Fonds Monétaire International !, à bas l'impérialisme américain !, mais je crois que pour la première fois la population a bien compris comment les politiques de la Banque Mondiale, le libre-échange, le libre marché, nous mettent dans une situation de grand désavantage par rapport aux pays puissants. »⁸⁶⁵

La « guerre de l'eau » révéla l'existence d'un tribunal « secret », parrainé par la Banque mondiale et destiné à protéger les intérêts des investisseurs étrangers : le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements. La compagnie Bechtel décida d'y présenter une requête afin que l'État bolivien l'indemnise pour la résiliation de son contrat de concession des services d'eau⁸⁶⁶, ce qui intensifia les attaques publiques⁸⁶⁷ à son encontre de *La Coordinadora* et de ses alliés internationaux, cherchant à obtenir le retrait de la demande :

« Dans un forum légal choisi par Bechtel, la clé du succès ne consistait pas à battre l'adversaire de manière juridique, mais à affaiblir sa volonté à faire face au litige.»⁸⁶⁸

La stratégie fonctionna et Bechtel abandonna sa requête et accepta le paiement de deux bolivianos pour l'achat de ses actions⁸⁶⁹. Le litige se termina donc à l'avantage de l'État. La Banque mondiale, dans un document intitulé « Dix choses qu'on vous a pas dites sur la Banque mondiale en Bolivie »⁸⁷⁰, assura que le CIRDI avait contribué à la résolution positive de l'affaire : la fin de ce conflit avec un résultat avantageux pour l'État montrait que les instances d'arbitrage empêchaient les jugements contre les États et servaient à régler convenablement les différends avec les investisseurs étrangers⁸⁷¹. La

⁸⁶⁵ Oscar Olivera, leader de La Coordinadora, cité par Jim SHULTZ, *op. cit.*, p. 36.

⁸⁶⁶ *Aguas del Tunari S.A. v. Republic of Bolivia*, aff. CIRDI n°ARB/02/3, enregistré le 25 février 2002.

⁸⁶⁷ En février 2002, des activistes néerlandais escaladèrent le bâtiment du siège social de Bechtel à Amsterdam et y accrochèrent une bannière qui rebaptisait la rue du nom de Victor Hugo Daza, le jeune de 17 ans tué à Cochabamba lors des manifestations contre la concession d'eau. Des manifestations à Washington et à San Francisco furent aussi organisées. De plus, comme nous l'avons auparavant exposé, la Coordinadora et diverses autres organisations présentèrent une demande de transparence et de participation en tant qu'*amici curiae* devant le CIRDI. Voir Jim SHULTZ, *op. cit.*, p. 39-40. THE DEMOCRACY CENTER. *Bechtel vs Bolivia : details of the case and the campaign* [en ligne]. Publié le 12 septembre 2011. Disponible sur : <<http://democracyctr.org/bolivia/investigations/bolivia-investigations-the-water-revolt/bechtel-vs-bolivia-details-of-the-case-and-the-campaign/>> (consulté le 13 février 2015).

⁸⁶⁸ Jim SHULTZ, *op. cit.*, p. 38-39.

⁸⁶⁹ *Ibidem*, p. 40. THE DEMOCRACY CENTER. *Bechtel vs Bolivia : details of the case and the campaign*, *op. cit.* Voir aussi Annexe XIII. « Diez cosas que nunca le dijeron sobre el Banco Mundial en Bolivia », §6.

⁸⁷⁰ Le document disponible sur le site internet de la Banque Mondiale fut consulté le 31 mai 2012. Voir Annexe XIII. « Diez cosas que nunca le dijeron sobre el Banco Mundial en Bolivia ».

⁸⁷¹ *Ibidem*, §6.

Banque mondiale défendit dans ce document l'utilité du CIRDI, son indépendance vis-à-vis de la Banque Mondiale et la neutralité de ses arbitres⁸⁷².

Pourtant, le succès de la négociation avec Bechtel fut en réalité le résultat des pressions sociales et non d'un travail de négociation mené par le Centre. De plus, le fait que le CIRDI n'a pas accepté la transparence de l'affaire et la participation de *La Coordinadora* et d'autres organisations dans la procédure arbitrale, contribua à dégrader l'image du Centre, qualifié d'obscur et d'antidémocratique⁸⁷³.

La « guerre de l'eau » fut donc à l'origine d'importants mouvements sociaux et de changements politiques en Bolivie⁸⁷⁴. Les manifestations remirent en question la privatisation des services publics ainsi que le modèle économique dans son ensemble et elles démontrèrent la capacité d'organisation et la force des masses populaires pour s'opposer au système de gouvernement : « Une leçon de la guerre de l'eau à Cochabamba ressort clairement : la nécessité de démanteler l'État existant. »⁸⁷⁵

« [L]a population bolivienne comprit qu'elle voulait un gouvernement différent, un gouvernement qui prenne en compte ses points de vue et pas les intérêts des institutions financières internationales et de leurs hommes politiques néolibéraux »⁸⁷⁶.

Ainsi lorsqu'Evo Morales – qui avait participé aux manifestations de la « guerre de l'eau » à la tête des producteurs de coca du Chapare⁸⁷⁷ – se présenta comme candidat aux élections présidentielles de 2005⁸⁷⁸, le message était clair : « Voter pour

⁸⁷² *Ibidem*.

⁸⁷³ Voir dans ce travail Deuxième Partie, Titre I, Chapitre 1, Section 1, §1(A).

⁸⁷⁴ Jim SHULTZ, *op. cit.*, p. 36-37. Sergio CÁCERES. Introduction. In : Evo MORALES. *Pour en finir avec l'État colonial : discours d'investiture présidentielle*. Paris : L'Esprit frappeur, 2006, p. 11. Tom LEWIS. The legacy of the Coordinadora. In : Oscar OLIVERA. *¡Cochabamba! Water war in Bolivia*. Cambridge, Massachusetts : South End Press, 2004, p. 161-173.

⁸⁷⁵ Oscar OLIVERA. *¡Cochabamba! Water war in Bolivia*. Cambridge, Massachusetts : South End Press, 2004, p. 141.

⁸⁷⁶ Oscar OLIVERA, *op. cit.*, p. 49.

⁸⁷⁷ *Ibidem*, p. 31. Jim SHULTZ, *op. cit.*, p. 29.

Lors de son discours d'investiture devant le Congrès national, Evo Morales mentionna la « guerre de l'eau » : « L'eau est une ressource naturelle, sans eau nous ne pouvons pas vivre, et par conséquent l'eau ne peut pas être un commerce privé. À partir du moment où c'est un commerce privé les droits de l'homme sont violés, l'eau doit être un service public. Ce sont les luttes pour l'eau, pour la coca, pour le gaz naturel qui nous ont conduit ici ». Evo MORALES. *Pour en finir avec l'État colonial : discours d'investiture présidentielle*. Paris : L'Esprit frappeur, 2006, p. 40.

⁸⁷⁸ Evo Morales Ayma arriva en deuxième position aux élections présidentielles de 2002 à la tête du parti Mouvement vers le Socialisme-Instrument politique pour la souveraineté des peuples (MAS-IPSP). Le

Morales signifiait exprimer dans les urnes ce que les gens avaient exprimé dans les rues de Cochabamba. »⁸⁷⁹

Evo Morales remporta les élections présidentielles de 2005 avec un programme de rupture avec le néolibéralisme, ce dernier étant « responsable de la privatisation des entreprises publiques et de la perte de la souveraineté de l'État sur les ressources naturelles, parmi lesquelles l'eau, le gaz et le pétrole »⁸⁸⁰. Son programme anti-impérialiste et anti-néolibéral supposait affronter les politiques économiques préconisées par Washington. Lors de son discours d'investiture devant le Congrès national, Evo Morales qualifia les politiques néolibérales de ventes aux enchères et de pillage des ressources naturelles⁸⁸¹, et appela à y mettre fin :

« Tous ensemble, nous pouvons changer les choses et corriger les erreurs mises en œuvre par des institutions assurément étrangères [...]»⁸⁸². Il faut mettre un terme à l'extrémisme néolibéral [...]»⁸⁸³.

La dénonciation de la Convention de Washington fit sans doute partie des politiques anti-néolibérales du nouveau président. L'abandon de ce système d'arbitrage s'accompagna d'une « campagne contre le CIRDI » promue par le gouvernement

MAS-IPSP se développa grâce aux mouvements sociaux, notamment la « guerre de l'eau » en 2000, la « guerre du gaz » en 2003 (mobilisations contre l'exportation des hydrocarbures vers le Chili et les États-Unis violemment réprimées par l'armée avec un nombre important de morts) et les postérieures mobilisations en 2005 revendiquant la nationalisation des ressources naturelles. Après les élections présidentielles de 2002 et jusqu'à l'arrivée d'Evo Morales au pouvoir, la Bolivie fut gouvernée par trois présidents : Gonzalo Sanchez (2002-2003) qui dut démissionner après la « guerre du gaz », Carlos Mesa (2003-2005) qui présenta sa démission suite aux réclamations concernant la nationalisation des hydrocarbures et Eduardo Rodriguez (2005-2006), président intérimaire qui convoqua les élections présidentielles anticipées de décembre 2005 remportées par Evo Morales. Voir Sergio CÁCERES. Introduction. In : Evo MORALES. *Pour en finir avec l'État colonial : discours d'investiture présidentielle*. Paris : L'Esprit frappeur, 2006, p. 17-26. Hervé DO ALTO et Pablo STEFANONI. *Nous serons des millions : Evo Morales et la gauche au pouvoir en Bolivie*. Paris : Éditions Raisons d'agir, 2008, p. 72-88. Francisco PINEDA. *Evo Morales : el cambio comenzó en Bolivia*. Cordoba : Almuzara, 2007, p. 29-31. Hervé DO ALTO. La « révolution » d'Evo Morales ou les voies sinueuses de la refondation de la Bolivie. In : Frank GAUDICHAUD (dir.). *Le volcan latino-américain : gauches, mouvements sociaux et néolibéralisme en Amérique latine*. Paris : Textuel, 2008, p. 205-210. Rafael ARCHONDO. La Bolivie : que peut-elle attendre d'Evo Morales ? In : Rodrigo CONTRERAS OSORIO (éd.). *La gauche au pouvoir en Amérique latine*. Paris : L'Harmattan, 2007, p. 141-144. Matthew M. SINGER et Kevin M. MORRISON. The 2002 presidential and parliamentary elections in Bolivia. *Electoral studies*, 2004, vol. 23, n°1, p. 172-182. Matthew M. SINGER. The presidential and parliamentary elections in Bolivia, december 2005. *Electoral studies*, 2007, vol. 26, n°1, p. 200-205.

⁸⁷⁹ Jim SHULTZ, *op. cit.*, p. 36.

⁸⁸⁰ Hervé DO ALTO et Pablo STEFANONI. *Nous serons des millions. Evo Morales et la gauche au pouvoir en Bolivie*. Paris : Éditions Raisons d'agir, 2008, p. 11.

⁸⁸¹ Evo MORALES. *Pour en finir avec l'État colonial*, *op. cit.*, p. 41.

⁸⁸² *Ibidem*.

⁸⁸³ *Ibidem*, p. 47.

bolivien⁸⁸⁴. Après la dénonciation de la Convention de Washington, le Ministère des relations extérieures de la Bolivie organisa un évènement intitulé « Droits des transnationales versus droits des peuples : qui gagne ? » dans le but de diffuser des informations sur les préjudices que la souscription aux TBI et à la Convention CIRDI pouvaient occasionner aux peuples⁸⁸⁵.

Le gouvernement bolivien exposa donc six raisons pour dénoncer la Convention de Washington⁸⁸⁶ : 1) le CIRDI était un tribunal partial qui favorisait toujours les entreprises transnationales ; 2) il était antidémocratique puisqu'il délibérait à huis clos et ses décisions n'acceptaient pas de recours d'appel ; 3) il était extrêmement cher pour des pays comme la Bolivie ; 4) les transnationales profitaient du tribunal pour arracher des indemnités exorbitantes aux États ; 5) la Banque Mondiale était en même temps juge et partie dans les affaires CIRDI.

Finalement, le rôle joué par le CIRDI dans le conflit *Aguas del Tunari* et qui ne correspond guère à celui décrit par la Banque mondiale, contribua au rejet populaire du système d'arbitrage des investissements. Pourtant, la décision du gouvernement bolivien de dénoncer la Convention de Washington – et postérieurement les accords bilatéraux d'investissement – plus que de se fonder sur l'analyse de chacun des domaines critiqués (favoritisme, coûts, manque de neutralité), obéit principalement aux nouvelles politiques anti-néolibérales et anti-impérialistes d'Evo Morales, politiques concordant aussi avec celles des présidents de l'Équateur et du Venezuela.

⁸⁸⁴ Concernant la campagne contre le CIRDI, voir LA RAZÓN. La campaña contra el CIRDI comienza con un seminario. *La Razón* [en ligne]. Publié le 25 mai 2007 (consulté le 15 octobre 2012). Le document n'est plus disponible en ligne. ATTAC-URUGUAY. *Bolivia inicia campaña internacional contra el CIRDI : Renegociará 24 tratados de protección a las inversiones* [en ligne]. Publié le 11 mai 2007. Disponible sur : <<http://www.uruguay.attac.org/Documentos/varios/ciadi.htm>> (consulté le 14 août 2014). Aldo ORELLANA LÓPEZ. No hay pausa en la campaña contra el CIRDI y en solidaridad con Bolivia [en ligne]. *Rebelión*. Publié le 25 février 2008. Disponible sur : <<http://www.rebelion.org/noticia.php?id=63652>> (consulté le 14 août 2014).

La campagne contre le CIRDI est aussi documentée dans le Décret n°0577 du 23 juillet 2010 du Président Evo Morales dans lequel il nommait une Ministre intérimaire de Défense de l'État, car le Ministre en fonction devait assister à des audiences devant le CIRDI et ultérieurement coordonner « la campagne médiatique de la dénonciation contre le CIRDI ». Voir EVO MORALES AYMA, PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DEL ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA. Decreto Presidencial n°0577 du 23 juillet 2010. In : *Gaceta Oficial del Estado Plurinacional de Bolivia du 26 juillet 2006* [en ligne], édition 156NEC. Disponible sur : <www.gacetaoficialdebolivia.gob.bo> (consulté le 14 août 2014).

⁸⁸⁵ Voir LA RAZÓN. La campaña contra el CIRDI comienza con un seminario, *op. cit.*

⁸⁸⁶ ATTAC-URUGUAY. *Bolivia inicia campaña internacional contra el CIRDI*, *op. cit.*

B. Les dénonciations de l'Équateur et du Venezuela.

Deux ans après la dénonciation de la Bolivie, le 6 juillet 2009 l'Équateur notifia au Centre sa décision de dénoncer la Convention de Washington. Postérieurement, le Président équatorien entamerait le processus de dénonciation de treize accords de protection des investissements considérés comme une « autre ignominie exercée sur notre nation, servant uniquement à des intérêts étrangers »⁸⁸⁷.

Comme Evo Morales, Rafael Correa annonça dès le début de son mandat une rupture avec le néolibéralisme. La « Révolution Citoyenne » de Correa englobait divers domaines dont une révolution économique contraire aux politiques néolibérales encouragées par des institutions internationales devenues :

« [...] les représentants des créanciers et les bras d'exécution de la politique étrangère de certains pays, de sorte que, en plus de l'échec économique, la souveraineté et la représentativité du système démocratique [avaient] été également minés ; cela [était] l'une des principales sources de l'ingouvernabilité du pays »⁸⁸⁸.

Récupérer la souveraineté étatique, corrompue à cause de la subordination des gouvernements néolibéraux aux ordres des institutions internationales, est donc l'un de ses principaux objectifs. D'après Marie-Esther Lacuisse, la défense de la souveraineté recouvre deux dimensions : « L'indépendance par rapport aux organismes financiers internationaux tels que le Fonds monétaire international (FMI), mais aussi la protection de l'unité nationale face aux intérêts corporatistes nationaux. »⁸⁸⁹ Cependant, concernant les organismes internationaux, il ne s'agit pas uniquement de se défendre contre les institutions financières mais contre toute institution internationale qui porte atteinte à la souveraineté de l'État.

Le CIRDI faisant sans doute partie des organismes qui portent préjudice à la souveraineté nationale, lors de son discours d'investiture présidentielle en 2009, Rafael Correa déclara qu'il n'hésiterait pas à dénoncer cette structure internationale qui s'imposait à l'État et travaillait au service des entreprises transnationales et des

⁸⁸⁷ Rafael CORREA. *Discours d'investiture présidentielle*. Quito, 10 août 2009.

⁸⁸⁸ *Ibidem*.

⁸⁸⁹ Marie-Esther LACUISSE. Équateur : la révolution citoyenne, des institutions pour le peuple à la personnification du pouvoir. In : Olivier DABÈNE (dir.). *La gauche en Amérique latine*. Paris : Presses de la Fondation Nationale des Sciences Politiques, 2012, p. 161.

institutions financières de Bretton Woods⁸⁹⁰. Pour le président équatorien, le CIRDI est une instance de défense des droits du capital où la loi d'un État souverain peut être jugée⁸⁹¹ ; il trouve inconcevable que les investisseurs puissent déposer plainte directement contre l'État sans passer par le système de justice national⁸⁹² :

« Tandis qu'une transnationale peut amener un État souverain à un arbitrage sans passer par le système juridique de l'État concerné, pour dénoncer une atteinte aux droits de l'homme devant la Cour interaméricaine des droits de l'homme de l'OEA je dois d'abord épuiser les instances judiciaires du pays où cette atteinte a été commise ; il est donc plus facile de défendre les droits du capital que de défendre les droits de l'homme. »⁸⁹³

Outre les jugements portés par le président Correa, les dénonciations tant de la Convention comme des TBIs se fondent sur l'incompatibilité du système d'arbitrage CIRDI avec la nouvelle Constitution de l'Équateur – celle de 2008 – qui, dans son article 422, interdit à l'État équatorien de céder sa souveraineté de juridiction à des tribunaux internationaux dans des différends entre l'État et des personnes physiques ou morales. Ce sujet sera abordé ultérieurement dans la partie concernant le dernier contrôle constitutionnel de la Convention de Washington.

La décision de l'Équateur de dénoncer la Convention de Washington fut vivement soutenue par l'Alliance Bolivarienne pour les peuples de notre Amérique (ALBA)⁸⁹⁴. En fait, les États membres de l'ALBA – Bolivie, Venezuela et Nicaragua –⁸⁹⁵ avaient décidé depuis le 29 avril 2007 de dénoncer conjointement la Convention CIRDI afin de récupérer le droit souverain des pays à réguler les investissements étrangers sur

⁸⁹⁰ Rafael CORREA. *Discours d'investiture présidentielle*, *op. cit.*

⁸⁹¹ Rafael CORREA. *Enlace ciudadano*. Diffusé le 27 juin 2009, Ecuador TV.

⁸⁹² Voir Rafael CORREA. *Discours d'investiture présidentielle*, *op. cit.* Rafael CORREA. *Enlace ciudadano*. Diffusé le 20 juin 2009, Ecuador TV. Rafael CORREA. *Enlace ciudadano*. Diffusé le 27 juin 2009, Ecuador TV.

⁸⁹³ « ...mientras que una transnacional puede llevar a un Estado soberano a un arbitraje sin pasar por el sistema jurídico de ese Estado, para llevar a un atentado contra derechos humanos a la Corte Interamericana de Derechos Humanos de la OEA primero tengo que agotar las instancias judiciales del país donde se cometió el atentado a los derechos humanos; es decir, es más fácil defender los derechos del capital que defender los derechos humanos... ». Rafael CORREA. *Enlace ciudadano*, diffusé le 27 juin 2009, Ecuador TV. Traduction de l'auteur.

⁸⁹⁴ Voir *Declaración conjunta de la VI Cumbre Extraordinaria del ALBA – TCP* [en ligne]. Maracay, Venezuela : 24 juin 2009. Disponible sur : <<http://alba-tcp.org/contenido/declaracion-conjunta-vi-cumbre>> (consulté le 19 mai 2015).

⁸⁹⁵ Cuba n'a jamais été pays signataire de la Convention de Washington.

leur territoire national⁸⁹⁶. Seule la Bolivie avait respecté ce compromis notifiant sa dénonciation de la Convention peu après la déclaration conjointe de l'ALBA. Le Venezuela mit presque cinq ans à dénoncer la Convention : sa sortie du système d'arbitrage CIRDI fut notifiée au Centre le 24 janvier 2012.

Au Venezuela, suite à la requête déposée par EXXON Mobil devant le CIRDI⁸⁹⁷, l'Assemblée Nationale demanda au Président Hugo Chavez de se retirer de la Convention de Washington, refusant « l'action de terrorisme économique et judiciaire élaborée par la transnationale Exxon Mobil et ses complices »⁸⁹⁸. Néanmoins, la dénonciation de la Convention n'eut pas lieu aussitôt. Benedict Mander, correspondant du journal *The Financial Times*, critiqua les constantes menaces de l'Exécutif de quitter le CIRDI :

« De temps à autre, Hugo Chavez aime faire un pied de nez à la communauté internationale, souvent pour intervenir d'une manière ou d'une autre au sujet de la souveraineté du Venezuela. Plus récemment, il a envisagé de se retirer du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) de la Banque mondiale [...] Pourtant, trop souvent, l'aboiement de Chavez est pire que sa morsure. Si cela ne se concrétise pas, ce ne serait pas la première fois que Chavez a fait marche arrière pour ce genre de menace : prenez, par exemple, ses menaces vaines de quitter le FMI ; après un examen plus approfondi, il s'est aperçu que ce n'était pas une très bonne idée. »⁸⁹⁹

Finalement, Hugo Chavez accomplit sa menace et dénonça la Convention de Washington toujours dans le cadre de l'affaire Exxon Mobil. Quelques jours avant le

⁸⁹⁶ Voir Hervé DO ALTO et Pablo STEFANONI. *Nous serons des millions : Evo Morales et la gauche au pouvoir en Bolivie*, op. cit., p. 103. CADTM. *Bolivia, Venezuela y Nicaragua deciden retirarse y denunciar el CIRDI* [en ligne], publié le 2 mai 2007. Disponible sur : <http://www.cadtm.org/IMG/article_PDF/article_2619.pdf> (consulté le 14 août 2014).

⁸⁹⁷ *Venezuela Holdings B.V. and others v. Bolivarian Republic of Venezuela*. Affaire CIRDI n°ARB/07/27, enregistré le 10 octobre 2007. Exxon Mobil, compagnie pétrolière, demanda l'arbitrage après la nationalisation d'un projet pétrolier au Venezuela en 2007. Cet affaire fut portée devant deux tribunaux arbitraux : la cour internationale d'arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale (CCI) et le CIRDI (affaire ARB/07/27).

⁸⁹⁸ Voir ASAMBLEA NACIONAL DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA. Acuerdo sobre la campaña de la transnacional Exxon Mobil contra Petróleos de Venezuela S.A. *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*. Caracas : 13 février 2008, année CXXXV, Mes V, n°38.869, §PRIMERO et §QUINTO.

⁸⁹⁹ Benedict MANDER. Chavez wants out of ICSID (again). *The Financial Times* [en ligne]. Publié le 13 septembre 2011. Voir aussi Benedict MANDER. Venezuela to ICSID : goodbye (again). *The Financial Times* [en ligne]. Publié le 9 janvier 2012. Benedict MANDER. Venezuela-ICSID : leaving is easier said than done. *The Financial Times* [en ligne]. Publié le 17 janvier 2012. Tous les articles sont disponibles sur le site internet de *The Financial Times* <www.ft.com> (consulté le 3 mars 2015).

dépôt de la notification de dénonciation de la Convention, le président Hugo Chavez avait manifesté son intention de « sortir du CIRDI », instrument d'intimidation de la compagnie Exxon⁹⁰⁰. Dans un communiqué du Ministère du pouvoir populaire pour les affaires étrangères publié un jour après que le CIRDI eut reçu la notification de dénonciation, le gouvernement vénézuélien précisa que la Convention avait été signée en 1993 par « un gouvernement provisoire faible et sans légitimité populaire, accablé par des secteurs économiques transnationaux qui participaient au démantèlement de la souveraineté nationale vénézuélienne »⁹⁰¹.

La Convention de Washington avait été signée, en effet, le 18 août 1993 sous le gouvernement provisoire de Ramon Jose Velasquez (1993-1994), nommé par le Congrès après la destitution du Président Carlos Andres Perez (1989-1993). Ce dernier avait dénoncé, pendant sa campagne présidentielle, le consensus de Washington qui préconisait des mesures néolibérales d'austérité. Néanmoins, peu après son arrivée à la tête du gouvernement, il signa un accord avec le FMI et entreprit des mesures d'ajustement structurel. Les privatisations, la hausse des prix et la réduction des dépenses publiques provoquèrent en 1989 une insurrection populaire suivie de la plus violente et meurtrière répression jamais connue au Venezuela : « [C]ette révolte spontanée marque le réel début du processus révolutionnaire bolivarien. »⁹⁰²

Postérieurement, le gouvernement de Carlos Perez fut l'objet de deux tentatives de coup d'État : Hugo Chavez participa à la première, le 4 février 1992 et fut emprisonné jusqu'en 1994. Finalement, en 1993, le Congrès destitua Carlos Perez pour appropriation illégale de fonds et élut président par intérim Ramon Jose Velasquez⁹⁰³. La Convention de Washington fut signée deux mois après l'investiture de ce dernier, décision qui relevait des politiques néolibérales mises en œuvre par le gouvernement de Carlos Perez et auxquelles s'opposait Hugo Chavez.

⁹⁰⁰ Hugo CHAVEZ. *Aló President*. Programme n°376, diffusé le 8 janvier 2012.

⁹⁰¹ MINISTERIO DEL PODER POPULAR PARA LAS RELACIONES EXTERIORES. *Communiqué du 25 janvier 2012* [en ligne]. Disponible sur : <http://www.mre.gov.ve/index.php?option=com_content&view=article&id=18939:mppre&catid=3:comunicados&Itemid=108> (consulté le 14 août 2014).

⁹⁰² Allain GRAUX. *De Simón Bolívar à Hugo Chavez : un panorama sur la República Bolivariana de Venezuela*. Paris : Les points sur les i éd., 2013, p. 43.

⁹⁰³ *Ibidem*, p. 41-47. George W. SCHUYLER. Perspectives on Venezuelan democracy. *Latin American Perspectives*. 1996, vol. 23, n°3, p. 15-17. Eladio HERNÁNDEZ MUÑOZ. *Transición en democracia (Venezuela 1935-1999)*. Caracas : Facultad de Ciencias jurídicas y políticas, 2008, p. 224-228.

Néanmoins, bien que l'on puisse critiquer la faiblesse du gouvernement de Ramon Velasquez et son manque de légitimité populaire, la Convention CIRDI fut ratifiée presque deux ans après sa signature, le 2 mai 1995, sous le gouvernement de Rafael Caldera (1994-1999) qui avait remporté les élections de 1993. De plus, la Convention fut approuvée par le Congrès du Venezuela avant sa ratification accomplissant ainsi les conditions constitutionnelles requises pour sa validité⁹⁰⁴. Les questions constitutionnelles ne se reposeraient donc que dans le cadre de la Constitution adoptée en 1999.

À la différence de la Bolivie qui conservait le régime juridique de la Constitution sous laquelle la Convention avait été signée⁹⁰⁵, l'Équateur et le Venezuela étaient en effet régis par de nouvelles Constitutions lorsqu'ils dénoncèrent la Convention⁹⁰⁶. Ainsi, aux arguments idéologiques s'ajoutèrent des arguments juridiques directement issus des nouveaux cadres constitutionnels équatorien et vénézuélien.

§2. La réforme constitutionnelle comme justification de l'abandon du système d'arbitrage CIRDI.

A. Les changements de politique économique dans les Constitutions de l'Équateur, de la Bolivie et du Venezuela.

Simon Bolivar avait énoncé à propos du droit constitutionnel : « [V]ous êtes appelés ici à créer un corps politique et même, pourrait-on dire, une société tout entière »⁹⁰⁷. Les dernières Constitutions de la Bolivie, de l'Équateur et du Venezuela vont au-delà de la pure organisation politique de l'État : elles définissent un projet de société marqué par les échecs du projet antérieur et fondé sur les demandes sociales qui s'opposaient aux politiques néolibérales déjà très décriées.

⁹⁰⁴ L'article 128 de la Constitution vénézuélienne de 1961 avec la réforme de 1983 conditionnait la validité des traités ou des conventions internationaux à son approbation par une loi spéciale. Cette loi fut adoptée par le Congrès vénézuélien et publiée dans le Journal Officiel le 3 avril 1995. Voir CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE VENEZUELA. Ley aprobatoria del Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados [en ligne]. *Gaceta Oficial de la República de Venezuela*. 3 avril 1995, n°35.685. Disponible sur : <<http://www.pgr.gob.ve/dmdocuments/1995/35685.pdf>> (consulté le 14 août 2014).

⁹⁰⁵ La Bolivie changea sa Constitution en 2009, donc après avoir dénoncé la Convention de Washington.

⁹⁰⁶ La Constitution équatorienne de 2008 et la Constitution vénézuélienne de 1999.

⁹⁰⁷ Discours prononcé à Angostura le 15 février 1819 à l'occasion de l'inauguration du second Congrès national vénézuélien, dans Simón BOLÍVAR. *Bolívar, pages choisies : choix de lettres, discours et proclamations*. Traduit de l'espagnol par Charles V. Aubrun. Paris : Institut des hautes études de l'Amérique latine, 1966, p. 37.

« L'entrée des pays de la région dans l'ère de la mondialisation des économies, marquée par l'ouverture des frontières et le retrait de l'État en tant qu'acteur direct dans l'économie, s'est faite au prix d'une dissolution des tissus sociaux, d'un accroissement de la pauvreté et des inégalités, du développement de la précarité. Il ne faut donc pas s'étonner si nombre de pays ont élu des dirigeants mettant directement en cause, dans leurs discours sinon dans leurs pratiques, le modèle économique néolibéral sur lequel fonctionnent la plupart des économies de la planète aujourd'hui. »⁹⁰⁸

Ainsi, « “[l]’âge d’or” de Washington se traduit par une hostilité populaire massive envers les clients des États-Unis et les politiques de libre-échange qu’ils défendaient »⁹⁰⁹, entraînant un virage à gauche dans la région. Le rejet de l'arbitrage comme moyen de résoudre les conflits entre les investisseurs étrangers et l'État est sans doute lié à l'alternance politique qui eut lieu en Bolivie, en Équateur et au Venezuela. L'arrivée au pouvoir de gouvernements anti-néolibéraux entraîna une modification des politiques économiques et des cadres juridiques qui avaient jusqu'alors favorisé et protégé les investissements étrangers, au détriment d'autres thèmes comme l'environnement et les droits de l'homme.

Signée dans les années 1990, lors du virage néolibéral de l'Amérique latine, la Convention est perçue comme un mécanisme mis en place par les principaux bénéficiaires de ce modèle économique, à savoir les entreprises transnationales. En outre, le Centre est considéré comme le tribunal de la Banque mondiale⁹¹⁰, institution à l'origine de la Convention qui se retrouve au centre des critiques du modèle néolibéral. La Banque mondiale avait aussi encouragé la signature de traités bilatéraux pour la

⁹⁰⁸ Georges COUFFIGNAL. Construire des États producteurs de cohésion sociale. *Cahiers des Amériques latines*, 2010, n°62, p. 8. Voir aussi Francisco ROJAS ARAVENA. La nouvelle carte politique latino-américaine. Repenser les facteurs qui marquent les tendances politiques. In : Rodrigo CONTRERAS OSORIO (coordinateur). *La Gauche au pouvoir en Amérique latine*. Paris : L'Harmattan, 2007, p. 13-28. James PETRAS. Les nouvelles formes de l'Empire. États-Unis et Amérique latine : hiérarchie, réseaux et clients. In : Frank GAUDICHAUD (dir.). *Le volcan latino-américain : gauches, mouvements sociaux et néolibéralisme en Amérique latine*. Paris : Textuel, 2008, p. 58-72.

⁹⁰⁹ James PETRAS. Les nouvelles formes de l'Empire, *op. cit.*, p. 59.

⁹¹⁰ Voir à ce sujet: Julien FOURET. The World Bank and ICSID: family or incestuous ties? *International Organizations Law Review*, 2007, p. 121-144.

promotion et la protection des investissements – fondement du consentement étatique à l'arbitrage international –, ces derniers également mis en question⁹¹¹.

Dénoncer la Convention de Washington relève aussi d'une politique anti-impérialiste, car elle est entendue comme un instrument de domination des États-Unis⁹¹², pays dont certains États latino-américains cherchent à s'émanciper. Concernant la Bolivie « [s]i l'on parle de l'Amérique latine comme l'arrière-cour des États-Unis, la Bolivie n'est pas l'arrière-cour, c'est la cuisine, le salon et le reste de la maison »⁹¹³. Pendant la première campagne présidentielle d'Evo Morales en 2002, l'ambassadeur des États-Unis en Bolivie – Manuel Rocha – déclara que la Bolivie risquait de perdre les aides économiques des États-Unis si Evo Morales gagnait les élections. Suite à ces déclarations, la campagne du MAS visa les ingérences permanentes des états-uniens en

⁹¹¹ Peu après la dénonciation de la Convention de Washington, Pablo Solón, chargé des affaires commerciales au ministère bolivien des affaires étrangères, assurait que la Bolivie analyserait tous les TBIs signés. L'examen de ces traités relatifs à la protection des investissements concernait trois domaines : la définition des investissements, les exigences de performance et les mécanismes de solution des différends. INTERNATIONAL INSTITUTE FOR SUSTAINABLE DEVELOPMENT. *Investment Treaty News*. Publié le 9 mai 2007. Disponible sur : <http://www.iisd.org/itn/wp-content/uploads/2010/10/itn_may9_2007.pdf> (consulté le 18 février 2015).

Postérieurement, le vice-ministre du commerce extérieur et de l'intégration de la Bolivie, Walter Endara, déclara dans un entretien réalisé en mai 2014 que tous les accords bilatéraux d'investissement de la Bolivie avaient été dénoncés : huit à leur date d'échéance (par exemple les accords avec les Pays-Bas et les États-Unis) et les treize restants de manière collective le 6 mai 2013 (dont les accords avec la Belgique, l'Équateur, le Chili, le Pérou, la France et l'Allemagne). Cependant, le site web de la CNUCED « Investment Policy Hub » confirme uniquement la fin de cinq traités, ceux signés avec l'Espagne, les Pays-Bas, les États-Unis, l'Allemagne et la Suède. Voir UNCTAD DIVISION ON INVESTMENT AND ENTERPRISE. International Investment Agreements navigator [en ligne]. *Investment Policy Hub*. Disponible sur : <<http://investmentpolicyhub.unctad.org/>> (consulté le 18 février 2015).

En Équateur, le processus de révision des traités relatifs à la protection des investissements commença en 2008 avec la dénonciation de neuf TBIs – avec Cuba, la République Dominicaine, le Salvador, le Guatemala, le Honduras, le Nicaragua, le Paraguay, la Roumanie et l'Uruguay –. Voir UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. Denunciation of the ICSID Convention and BITs: impact on investor-State claims. *IIA Issues Note*, 2010, n°2, p. 1. Sabino SACCO, Francisco X. JIJÓN et al. Changes in Ecuador's policy on investment treaties. *White & Case International Disputes Quarterly*, été 2009, p. 11-12.

Au Venezuela, le seul traité relatif à la protection des investissements qui prit fin à cette date (3 mars 2015) fut le TBI avec les Pays-Bas. En vigueur depuis 1993, il servit de fondement à treize requêtes d'arbitrage CIRDI contre le Venezuela, dont celle d'Exxon Mobil. Le Venezuela mit un terme à ce traité en 2008 en vue de l'échéance de sa durée initiale de quinze ans. Voir CENTRE INTERNATIONAL POUR LE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS RELATIFS AUX INVESTISSEMENTS. *Cases, recherche par instrument invoqué*. Disponible sur : <<https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/cases/Pages/AdvancedSearch.aspx>> (consulté le 3 mars 2015). Luke Eric PETERSON. Venezuela surprises the Netherlands with termination notice for BIT; treaty has been used by many investors to 'route' investments into Venezuela. *IA Reporter*. Publié le 16 mai 2008. Disponible sur : <http://www.iareporter.com/articles/20091001_93> (consulté le 3 mars 2015).

⁹¹² « [T]he United States trade representative has pushed countries to include clauses in trade agreements allowing companies to take trade disputes to arbitration, bypassing courts. » The secret trade courts. *The New York Times*, *op. cit.* Voir aussi PUBLIC CITIZEN. NAFTA Chapter 11 Investor-to-State cases : bankrupting democracy. Lessons for fast track and the free trade area of the americas, *op. cit.*

⁹¹³ Francisco PINEDA. *Evo Morales : el cambio comenzó en Bolivia*. Córdoba : Almuzara, 2007, p. 107-108.

utilisant le slogan : « Bolivien, c'est toi qui choisis qui commande : Rocha ou la voix du peuple. »⁹¹⁴ Ainsi, l'ingérence des États-Unis dans les affaires boliviennes et dans la mise en place des politiques économiques et commerciales du pays fut immédiatement rejetée par Morales⁹¹⁵.

De son côté, le Venezuela d'Hugo Chavez se présentait comme le leader de la dissidence mondiale contre l'ordre impérialiste⁹¹⁶. Les discours du président Chavez – dont le fameux discours prononcé en 2006 à l'Assemblée Générale de l'ONU – contre l'impérialisme américain reflétaient bien l'opposition du gouvernement vénézuélien aux différentes politiques états-uniennes :

« Hier, le diable est venu ici. Juste ici. Ça sent encore le soufre [...]. Le président des États-Unis, le monsieur que j'appelle le Diable, est venu ici parler comme s'il possédait le monde entier. Vraiment. Comme s'il était le propriétaire du monde. [...] En tant que porte-parole de l'impérialisme, il est venu pour donner ses remèdes afin d'essayer de préserver le modèle actuel de domination, d'exploitation et de pillage des peuples du monde. »⁹¹⁷

Bien qu'Hugo Chavez fit référence ici à l'invasion du Moyen-Orient par les militaires américains, le modèle de domination, d'exploitation et de pillage des peuples qu'il mentionnait inclurait plus tard la « guerre économique » menée par les entreprises états-uniennes, ces « bandits impérialistes »⁹¹⁸ dont Exxon Mobil, une des entreprises « fer de lance de l'impérialisme »⁹¹⁹.

⁹¹⁴ Hervé DO ALTO et Pablo STEFANONI. *Nous serons des millions*, *op. cit.*, p. 73.

⁹¹⁵ Le sujet principal du conflit entre le gouvernement d'Evo Morales et les États-Unis était la production de coca, revendiquée par Morales comme patrimoine culturel des peuples andins. En outre, l'ingérence des nord-américains dans la nomination des ministres ou la prise de décisions, et la demande d'extradition de l'ex-président bolivien Gonzalo Sanchez de Lozada – refusée par les États-Unis – provoquèrent des tensions. Voir Francisco PINEDA. *Evo Morales : el cambio comenzó en Bolivia*, *op. cit.*, p. 107-111.

⁹¹⁶ Marc Saint-Upéry distingue deux étapes dans la politique extérieure vénézuélienne. La première étape (1998-2004) fut marquée par les efforts pour consolider l'intégration latino-américaine et des critiques contre les États-Unis surtout par rapport à la guerre en Irak. Pourtant « [l]e fait est que le Venezuela n'a pas de querelle avec le FMI, paie sa dette rubis sur l'ongle et entretient les meilleures relations du monde avec des multinationales comme Chevron-Texaco. » C'est à partir de 2005 que « l'activisme régional et international de Chavez est entré dans un régime de surchauffe permanente. Sa virulente rhétorique anti-Bush a atteint des sommets et sa diplomatie de Père-Noël pétrolier s'inscrit dans une campagne mondiale de relations publiques. » Marc SAINT-UPÉRY. *Le rêve de Bolívar : le défi des gauches sud-américaines*. Paris : La Découverte, 2007, p. 275-276.

⁹¹⁷ Hugo CHAVEZ. *Discours à la 61ème Assemblée Générale de l'ONU*, 20 septembre 2006.

⁹¹⁸ Hugo CHAVEZ. *Aló Presidente*. Programme n°303, diffusé le 13 février 2008.

⁹¹⁹ *Ibidem*.

En Équateur, l'anti-impérialisme prit une autre dimension associée à « l'empire du capital » : « L'empire qui domine le monde, même dans les pays hégémoniques, c'est l'empire du capital. »⁹²⁰ Pour Rafael Correa, l'impérialisme ne s'exprimait plus avec des bombes, des missiles ou avec le bruit de bottes envahissantes, mais avec des dollars, des contraintes et le formidable essor de ses capitaux :

« L'entéléchie du marché, le chacun pour soi, la création non pas de sociétés mais de marchés mondiaux, non pas de citoyens du monde mais de consommateurs mondiaux... »⁹²¹

Les entreprises transnationales ne sont pas conçues comme des instruments de l'impérialisme états-unien mais comme des entités impérialistes elles-mêmes. Ainsi, les traités de protection aux investissements et les centres d'arbitrage sont identifiés comme des instruments dangereux au service de ce nouvel impérialisme qui utilise les instances internationales, comme le CIRDI, pour soumettre les États au détriment de leur souveraineté nationale. Ces instances ne défendant que les intérêts du capital et couvrant leurs abus, le mieux était de les affronter⁹²².

Dans ce contexte, les dernières réformes juridiques en Équateur, en Bolivie et au Venezuela ont pour but de limiter les droits des investisseurs étrangers, en particulier en leur interdisant de se soustraire aux lois et aux autorités nationales. Ces réformes sont souvent considérées comme un retour vers les vieux principes de Carlos Calvo.

B. La resurgence de la doctrine de Carlos Calvo dans les Constitutions récentes de la Bolivie, de l'Équateur et du Venezuela.

Que la doctrine de Carlos Calvo resurgisse ne surprend pas, car l'Amérique latine est en effet obsédée par le passé⁹²³. Carlos Calvo n'est pas le seul mort vivant qui continue à fouler le sol sud-américain : les libérateurs, les révolutionnaires, les réformateurs... tous ressuscitent chacun à son tour en fonction du débat en cours,

⁹²⁰ Rafael CORREA. *Discurso inaugural de la XII Cumbre de la Alianza Bolivariana para los Pueblos de Nuestra América - Tratado de Comercio de los Pueblos (ALBA-TCP)*. Guayaquil, 30 juillet 2013, p. 6.

⁹²¹ *Ibidem*.

⁹²² *Ibidem*, p. 8-16.

⁹²³ Voir Andrés OPPENHEIMER. *¡Basta de historias! : la obsesión latinoamericana con el pasado y las doce claves del futuro*. Mexico : Random House Mondadori, 2010, p. 7-8.

Simon Bolivar étant sans doute la figure historique la plus présente. Les vies de ces personnages présentent des éléments communs qui permettent leur ancrage dans l'esprit latino-américain et la doctrine de Carlos Calvo n'est pas une exception :

« Elle a le charme romantique de l'histoire et de la tradition, ainsi que des expériences communes profondément enracinées dans la culture latino-américaine. Elle a le manteau héroïque d'une théorie supposée avoir préservé la dignité de l'Amérique latine face à des revendications abusives des pays exportateurs de capitaux. Pour un latino-américain, invoquer la Doctrine Calvo signifie retourner à ses racines. »⁹²⁴

Seul l'un de ses aspects, le plus connu des petits-enfants de Calvo⁹²⁵, sera ici abordé : la soumission obligatoire des étrangers aux tribunaux nationaux, impliquant – dans sa nouvelle version – que les étrangers renoncent à l'arbitrage international. En effet, pour Oscar Garibaldi la doctrine de Carlos Calvo aurait muté tel un virus, se transformant en une politique opposée aux traités d'investissement ou, du moins, en une politique en faveur de l'élimination ou de la restriction de certaines protections substantives ou juridictionnelles accordées aux investisseurs⁹²⁶. La clause Calvo – souvent référencée comme une clause contractuelle – peut cependant être incorporée dans les Constitutions nationales, ce qui garantit son applicabilité générale et préférentielle sur tous les autres instruments juridiques, y compris les traités internationaux. Ainsi, les clauses Calvo des dernières Constitutions de la Bolivie, de l'Équateur et du Venezuela peuvent empêcher – à différents degrés – les étrangers de recourir à l'arbitrage international.

La Constitution de la Bolivie de 2009 contient deux clauses Calvo, dans les articles 320(II) et 366. Le caractère de la première est général, car elle prévoit que « tout investissement étranger sera soumis à la juridiction, aux lois et aux autorités boliviennes ; personne ne pourra invoquer aucune situation d'exception, ni faire appel à de réclamations diplomatiques pour obtenir un traitement plus favorable »⁹²⁷. La Constitution antérieure, celle de 1994, contenait aussi une clause Calvo générale de

⁹²⁴ Oscar M. GARIBALDI. Carlos Calvo redivivus : the rediscovery of the Calvo doctrine in the era of investment treaties. *Transnational Dispute Management*, 2006, vol. 3, n°5, p. 57. Traduction de l'auteure.

⁹²⁵ Christoph SCHREUER. Calvo's grandchildren: the return of local remedies in investment arbitration. *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 2005, vol. 4, n°1, p. 5.

⁹²⁶ Oscar M. GARIBALDI. Carlos Calvo redivivus, *op. cit.*, p. 36.

⁹²⁷ Voir Annexe III.

soumission des entreprises et des personnes étrangères aux lois boliviennes, les étrangers ne pouvant pas faire appel à une situation d'exception ni à des réclamations diplomatiques⁹²⁸. En ce qui concernait plus concrètement les investisseurs, la Constitution de 1994 édictait que toutes les entreprises étrangères étaient soumises à la souveraineté, aux lois et aux autorités nationales⁹²⁹.

Ainsi, la nouvelle disposition de l'article 320(II) comporte des différences notables. D'abord, l'article cible les investissements étrangers et non les étrangers en général, ces derniers pouvant recourir à l'arbitrage international pour régler des conflits autres que ceux liés à leurs investissements⁹³⁰; or, il établit un régime juridique spécial relatif aux investissements étrangers. Ensuite, contrairement à la disposition constitutionnelle de 1994 qui assujettissait les étrangers aux lois boliviennes – ce qui n'empêchait pas le recours à l'arbitrage international⁹³¹ –, la nouvelle Constitution impose que les investissements étrangers se soumettent à la juridiction bolivienne. Ainsi, aucun investissement étranger ne peut se soustraire à la juridiction nationale. Pourtant, cet article n'impose pas la soumission des investissements étrangers à la juridiction exclusive des organes judiciaires de l'État, mais les investisseurs étrangers peuvent décider avec l'État de résoudre leurs conflits relatifs aux investissements au moyen de l'arbitrage à condition qu'il soit national et régulé par la législation interne. La nouvelle Loi de conciliation et arbitrage de la Bolivie, publiée en juin 2015 et abordée au chapitre suivant, contient de dispositions particulières concernant les différends avec l'État en matière d'investissements.

En outre, à la clause Calvo générale de l'article 320(II) s'ajoute la clause spéciale de l'article 366 :

« Toutes les entreprises étrangères qui réalisent des activités dans la chaîne productive des hydrocarbures au nom et en représentation de l'État seront soumises à la souveraineté de l'État et dépendront des lois et des autorités de celui-ci. En aucun cas, un tribunal ou une juridiction étrangère ne seront reconnus et [les

⁹²⁸ Article 24 de la Constitution bolivienne de 1994. Voir Annexe III.

⁹²⁹ *Ibidem*, article 135.

⁹³⁰ Voir *Ley N°708 de Conciliación y Arbitraje*. Gaceta Oficial del Estado Plurinacional de Bolivia, édition n°770NEC, publiée le 25 juin 2015, article 39.

⁹³¹ L'arbitrage était régulé par la Loi d'Arbitrage et de Conciliation de 1997 qui ne contenait aucune limitation pour les étrangers. Voir *Ley n°1770 Arbitraje y otros procedimientos alternativos de solución de controversias comerciales*, 10 mars de 1997.

entreprises étrangères] ne pourront invoquer aucune situation exceptionnelle d'arbitrage international ni recourir à des réclamations diplomatiques »⁹³².

Il s'agit donc d'une réaffirmation de l'article 320 auquel s'ajoute expressément la renonciation des entreprises étrangères liées à la chaîne productive des hydrocarbures⁹³³ de recourir à l'arbitrage international.

Concernant la Constitution de l'Équateur, l'article 307 contient une clause Calvo en des termes assez classiques :

« Les contrats conclus par l'État avec des personnes naturelles ou juridiques étrangères comporteront le renoncement implicite de celles-ci à toute réclamation diplomatique, à l'exception des contrats relatifs au service diplomatique. »⁹³⁴

La clause Calvo de la Constitution équatorienne ne comporte en effet aucune restriction pour les investisseurs étrangers de recourir à l'arbitrage international ; d'ailleurs, la Constitution reconnaît en termes généraux l'arbitrage, la médiation et tout autre moyen alternatif pour la résolution des conflits. L'article constitutionnel 190 pose uniquement deux conditions à l'arbitrage dans les contrats publics, conditions applicables tant aux ressortissants nationaux qu'aux étrangers : l'approbation préalable du Procureur général de l'État et que l'arbitrage soit en droit⁹³⁵. La restriction à l'arbitrage des investissements en Équateur ne prend donc pas la forme d'une clause Calvo, mais figure bien à l'article 422 de la Constitution qui sera analysé postérieurement.

Finalement, concernant le régime constitutionnel du Venezuela, la clause Calvo est incorporée dans l'article 151 de la Constitution de 1999, qui reproduit le même contenu que l'article 127 de l'ancienne Constitution de 1961 :

⁹³² Voir Annexe III. Traduction de l'auteur.

⁹³³ Les activités de la chaîne productive des hydrocarbures comprennent l'exploration, l'exploitation, le transport, le stockage, le raffinage, la distribution et la commercialisation. Voir Rosario ARAMAYO RUEGENBERG. *El sector hidrocarburos* [en ligne]. Unidad de Análisis de Políticas Sociales y Económicas : Diagnósticos Sectoriales, 2009, p. 2-6. Disponible sur : <http://www.udape.gob.bo/portales_html/diagnosticos/index/index.htm> (consulté le 10 mars 2015).

⁹³⁴ Voir Annexe III.

⁹³⁵ *Ibidem*. Voir aussi les articles 160 à 162 du *Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, 12 mai 2009.

« Dans les contrats d'intérêt public, si ce n'est pas irrecevable selon leur nature, on considèrera qu'est incorporée, même si ce n'est pas de manière expresse, une clause en vertu de laquelle les doutes et les conflits qui peuvent survenir au sujet de ces contrats et qui n'ont pas été réglés à l'amiable par les parties contractantes, seront tranchés par les tribunaux compétents de la République sans que ces conflits puissent motiver des réclamations étrangères. »

D'après le gouvernement vénézuélien, cet article de la Constitution invalidait la Convention de Washington⁹³⁶ dont l'inconstitutionnalité pouvait être justifiée selon deux positions. Premièrement, on peut considérer que l'article 151 contient une exception à la règle générale de l'immunité de juridiction de l'État, applicable aux contrats d'intérêt public. La *Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República* (LOPGR) établissait que l'autorisation préalable du Procureur général était nécessaire pour conclure des contrats publics contenant des clauses d'arbitrage⁹³⁷. La Convention de Washington est donc incompatible avec l'exception stipulée dans l'article constitutionnel 151, car la juridiction des tribunaux CIRDI peut se fonder sur des traités internationaux qui contiennent une offre générale d'arbitrage, susceptible d'être acceptée sans que le consentement étatique ait rempli les conditions nécessaires pour son perfectionnement.

Néanmoins, cette approche ne distingue pas les réclamations contractuelles des réclamations nées de la violation d'un traité international. L'autorisation préalable du Procureur n'est en effet exigée que pour les contrats ; or, il s'agit bien d'un régime relatif aux contrats publics qui ne concerne pas les traités internationaux. Ainsi, rien n'empêche que le consentement de l'État puisse se manifester au moyen des instruments internationaux qui, d'ailleurs, sont approuvés par l'organe Exécutif et par l'Assemblée Nationale.

En revanche, selon la seconde position, l'article 151 ne contient aucune exception à la règle générale de l'immunité de juridiction de l'État et, donc, tous les conflits découlant des contrats publics sont soumis à la juridiction des tribunaux nationaux. Ce critère est incompatible avec la LOPGR qui, bien qu'elle conditionne le consentement de l'État à l'arbitrage, ne l'interdit pas. Pourtant, un recours d'interprétation fondé sur

⁹³⁶ Voir REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA, MINISTERIO DEL PODER POPULAR PARA RELACIONES EXTERIORES. *Communiqué du 25 janvier 2012* [en ligne]. In : Site du Ministerio del Poder Popular para Relaciones Exteriores. Disponible sur : <<http://www.mre.gov.ve>> (consulté le 27 février 2015).

⁹³⁷ *Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República*, 13 novembre 2001, articles 11-13.

cette approche fut interposé en 2008⁹³⁸ par des partisans du gouvernement de l'ex-président Hugo Chavez⁹³⁹. Les requérants demandaient que l'article 151 fût interprété en relation avec l'article 1 CN selon lequel l'indépendance, la liberté, la souveraineté, l'immunité, l'intégrité territoriale et l'autodétermination nationale sont des droits inaliénables de la Nation. Ils invoquaient donc une contradiction concernant l'immunité de juridiction de l'État : selon l'article 1 CN l'immunité était inaliénable, tandis que l'article 151 prévoyait une exception dans les contrats d'intérêt public⁹⁴⁰. Ainsi, l'exception à la règle générale d'immunité de juridiction de l'État de l'article 151 CN était erronée :

⁹³⁸ SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA. *Action d'interprétation concernant le contenu et la portée des articles 1 et 151 de la Constitution de la République Bolivarienne de Venezuela, résolution du 11 février 2009, aff. n°08-0306.*

⁹³⁹ Fermín Toro Jimenez fut ambassadeur du Venezuela à l'ONU sous la présidence d'Hugo Chavez. Voir MINISTERIO DEL PODER POPULAR PARA LA COMUNICACIÓN Y LA INFORMACIÓN. *Fermín Toro Jiménez: « La revolución es la integración »* [en ligne]. Publié le 25 août 2014. Disponible sur : <<http://www.rnv.gob.ve>> (consulté le 10 mars 2015).

Luis Britto García fut nommé par Hugo Chavez membre du Conseil d'État en 2012. Voir MINISTERIO DEL PODER POPULAR PARA LA COMUNICACIÓN Y LA INFORMACIÓN. *Designados integrantes del Consejo de Estado* [en ligne]. Publié le 2 mai 2012. Disponible sur : <<http://www.correodelorinoco.gob.ve/nacionales/designados-integrantes-consejo-estado>> (consulté le 10 mars 2015). Le 7 mars 2015, à propos de « Chavez et la souveraineté » il écrivit dans son blog : « Les décisions du CIRDI sont systématiquement défavorables à notre pays et favorables aux transnationales : Chavez encourage la dénonciation du Traité qui nous soumet à ces arbitres partiels. » Luis BRITTO GARCÍA. *Chavez y la soberanía* [en ligne]. *Blogspot*, publié le 7 mars 2015. Disponible sur : <<http://luisbrittogarcia.blogspot.fr/>> (consulté le 10 mars 2015).

Antonio José Espinoza Prieto avait été proposé en 2004 par le pouvoir chaviste pour devenir ministre suppléant de la Salle de Cassation Sociale du Tribunal Suprême de Justice. Voir Maria Jose MAIRENA et David GONZALEZ. *Asamblea Nacional designó a 49 nuevos magistrados para el TSJ. El Nacional*, 14 décembre 2004. Javier PEREIRA. *Chavismo designará hoy a 49 nuevos magistrados. El Nacional*, 13 décembre 2004.

Palef Suzzarini de Gouveia appartenait en 2008 au *Partido Socialista Unido de Venezuela* (PSUV), parti qui regroupe les forces politiques soutenant la « Révolution bolivarienne » d'Hugo Chavez. Voir PSUV. *Liste de candidats à Maire* [en ligne]. Publiée le 4 juin 2008. Disponible sur : <http://www.cne.gov.ve/divulgacion_psuv2008/resultado_nacional.php?e=20&m=12&p=01&c=201201003&me=1&ca=3> (consulté le 10 mars 2015).

Ignacio Ramírez Romero, avocat Président de la *Federación Nacional de Defensa de los Derechos Humanos* du Venezuela, est aussi un sympathisant de la Révolution bolivarienne. En février 2014, il déclara : « Le Venezuela montre actuellement la force de la Révolution bolivarienne et fait preuve de son caractère anti-impérialiste, en montrant qu'elle fait partie d'un processus politique qui intègre des transformations et de profonds changements dans le domaine constitutionnel, juridique, politique, économique et social, qui visent à construire une société et une économie souveraine et indépendante aspirant à davantage de progrès. » Voir COMISIÓN POR LA JUSTICIA Y LA VERDAD. *Ignacio Ramírez Romero : violencia en el país forma parte de un plan terrorista* [en ligne]. Publié le 25 février 2014. Disponible sur : <<http://www.comisionporlaverdad.org.ve>> (consulté le 10 mars 2015). Ignacio Ramírez Romero contribue aussi au site web *Aporrea.org*, site d'actualités et d'opinion « partisan du processus de transformation révolutionnaire et démocratique » du Venezuela, « dans la perspective de la liquidation de la domination capitaliste-impérialiste et la construction de sociétés libres, fondées sur le pouvoir des travailleurs et du peuple, sans exploitation de l'homme par l'homme ». Voir APORREA. *Sobre Aporrea* [en ligne]. Disponible sur : <<http://www.aporrea.org/nosotros>> (consulté le 10 mars 2015).

⁹⁴⁰ SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA. *Action d'interprétation concernant le contenu et la portée des articles 1 et 151 de la Constitution de la République Bolivarienne du Venezuela, résolution du 11 février 2009, op. cit., « I. De la pretensión de interpretación constitucional ».*

« [C]ette prémisse erronée fut induite par une mauvaise interprétation de la signification de la souveraineté nationale par certains juristes, et ce en faveur des intérêts des capitaux étrangers. [...] Mal conseillés par ces juristes, certains gouvernements acceptèrent la doctrine erronée selon laquelle le Venezuela pouvait renoncer contractuellement à son pouvoir souverain de résoudre les différends relatifs aux contrats d'intérêt public conformément à ses propres lois et tribunaux. Ainsi, au cours de leur mission, ces gouvernements conclurent des contrats d'intérêt public avec des entreprises privées de nationalité étrangère [...] acceptant, malgré leur obligation constitutionnelle de sauvegarder la souveraineté et les intérêts de leur peuple, des tribunaux et/ou des arbitres étrangers comme juges naturels des affaires propres de l'État vénézuélien, seul représentant de notre patrimoine collectif. Ces procédés eurent des conséquences prévisibles, à savoir le déclin et l'asphyxie de notre processus d'autodétermination en tant que peuple, facilitant jusqu'à aujourd'hui le pillage de nos ressources naturelles par le capital transnational ; le procès Exxon Mobil contre PDVSA est une preuve tant de la soumission de la République à des organismes arbitraux étrangers que de la confiscation des biens de la République ou de Pétroles de Venezuela, ordonnée par des tribunaux étrangers conformément à des lois étrangères. »⁹⁴¹

Les requérants considéraient que l'article 151, interprété en relation avec l'article 1, ne contenait qu'une exception concernant les traités internationaux, lesquels étaient réglés par le droit international public⁹⁴², étant donné la nature des sujets qui les concernaient : des États avec d'autres États ou des organismes internationaux. L'arbitrage pouvait donc être décidé pour résoudre des conflits interétatiques.

La Salle Constitutionnelle du TSJ vénézuélien déclara finalement l'irrecevabilité de la requête puisque les requérants n'avaient pas démontré que le manque de clarté des dispositions constitutionnelles concernées affectait leur situation juridique directement ou potentiellement. Les requérants manquaient donc de légitimité pour exercer l'action⁹⁴³. En outre, la Salle Constitutionnelle fit référence à la résolution 1541/2008

⁹⁴¹ *Ibidem*. Traduction de l'auteure.

⁹⁴² *Ibidem*.

⁹⁴³ *Ibidem*, « II. Motivaciones para decidir ».

dans laquelle l'article 151 avait été interprété⁹⁴⁴ et considéra qu'il n'y avait aucun doute concernant la portée des articles 1 et 151 de la Constitution :

« [A]u contraire, ces normes ont une relation harmonieuse qui, en aucun cas, ne nie la souveraineté ou ne contredit le principe d'autodétermination de la République Bolivarienne du Venezuela ; pour ce motif, la requête déposée est également irrecevable, en raison de la clarté des dispositions constitutionnelles discutées. »⁹⁴⁵

Dans sa résolution antérieure, la Salle Constitutionnelle avait statué sur l'interprétation de l'article 258 de la Constitution vénézuélienne concernant l'arbitrage, la conciliation, la médiation et tous les autres moyens possibles utilisés pour résoudre les conflits. Dans ce contexte, le Tribunal en avait profité pour interpréter l'article 151 de la Constitution déclarant que cette disposition permettait à l'État de soumettre à l'arbitrage la résolution des conflits découlant des investissements⁹⁴⁶.

« [D]ans le contexte constitutionnel actuel [...] il est impossible de soutenir une théorie de l'immunité absolue ou d'affirmer en termes généraux l'inconstitutionnalité des clauses d'arbitrage dans les contrats d'intérêt général [...]. [L]'interprétation donnée consolide le principe de la souveraineté, car elle reconnaît la possibilité qu'a l'État d'agir dans le cadre constitutionnel et juridique, pour soumettre les différends relatifs aux contrats d'intérêt général au système de justice et en particulier à l'activité juridictionnelle des arbitres ; l'État est donc responsable de déterminer la portée, l'opportunité et les bénéfices, de soumettre certaines « affaires » à un système d'arbitrage ou à un autre moyen de règlement des différends ». ⁹⁴⁷

La Salle Constitutionnelle avait aussi décidé que les traités relatifs à la protection des investissements constituaient un moyen pour les États de manifester leur

⁹⁴⁴ SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA. *Action d'interprétation concernant le contenu et la portée de l'article 258 de la Constitution de la République Bolivarienne du Venezuela, résolution du 17 octobre 2008, aff. n°08-0763.*

⁹⁴⁵ SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA. *Action d'interprétation concernant le contenu et la portée des articles 1 et 151 de la Constitution de la République Bolivarienne du Venezuela, résolution du 11 février 2009, op. cit., « II. Motivaciones para decidir ».*

⁹⁴⁶ Voir SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA. *Action d'interprétation concernant le contenu et la portée de l'article 258 de la Constitution de la République Bolivarienne du Venezuela, résolution du 17 octobre 2008, op. cit. « 2(B). De los arbitrajes de inversión ».* Nous avons auparavant abordé l'interprétation de l'article 151 de la Constitution vénézuélienne de 1999. Voir Première Partie, Titre I, Chapitre 2, Section 2, §2(c).

⁹⁴⁷ *Ibidem*, « 2(A). Del arbitraje y los contratos de interés general ».

consentement à l'arbitrage. La portée du consentement étatique était, dans ces cas, déterminée selon les principes du droit international et plus concrètement conformément à l'article 25 de la Convention de Washington lorsqu'il s'agissait d'un différend porté devant le CIRDI⁹⁴⁸. Ainsi, l'État peut consentir à se soumettre à des instances d'arbitrage international soit par le biais des traités internationaux, soit par celui des contrats conclus avec les investisseurs, dans ce dernier cas avec l'approbation du Procureur général.

Néanmoins, dans tous les cas où l'État vénézuélien a donné son consentement à l'arbitrage, l'article 151 ne permet pas de se soustraire aux tribunaux nationaux ; en réalité, la « nature » des contrats d'intérêt public devra être analysée afin de déterminer la légalité de la clause arbitrale. En ce sens, le TSJ avait décidé en 2004, dans le cadre de l'affaire *Minera las Cristinas (MINCA)*, que dans les contrats relatifs aux biens du domaine public, la Constitution et les lois respectives établissaient des restrictions afin de permettre à l'État d'exercer un contrôle adéquat : « Dans la détermination des matières qui peuvent être soumises à l'arbitrage dans cette catégorie spéciale de contrats, des critères rigoureux doivent être utilisés. »⁹⁴⁹

Ainsi, d'après les décisions du TSJ, l'État peut se soumettre à l'arbitrage soit par le biais des traités internationaux – qui, par leur nature, permettent de se soustraire à la juridiction des tribunaux nationaux – soit par celui de contrats qui, étant d'intérêt public, doivent être analysés afin de déterminer s'il est possible d'y inclure des clauses d'arbitrage. MINCA engagea, en effet, une procédure arbitrale en utilisant le mécanisme complémentaire du CIRDI conformément au TBI Canada-Venezuela. La Salle Constitutionnelle du TSJ reconnut la juridiction du Centre dans une procédure judiciaire initiée par MINCA peu après avoir présenté sa requête d'arbitrage⁹⁵⁰. Le TSJ déclara irrecevable la requête de révision, car l'investisseur, ayant engagé le CIRDI

⁹⁴⁸ *Ibidem*, « 2(B). De los arbitrajes de inversión ».

⁹⁴⁹ SALA POLÍTICO ADMINISTRATIVA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA. *Resolución N°00332 du 14 juillet 2004, aff. 2002-0464.*

L'affaire concernait une concession minière et la reconnaissance d'une clause de juridiction contenue dans le contrat de concession. Le TSJ remarqua que ce dernier concédait l'exploitation d'un bien ou d'une ressource de domaine public caractérisé essentiellement par son caractère inaliénable.

⁹⁵⁰ La requête d'arbitrage fut reçue par le CIRDI le 9 juillet 2004, deux mois avant la demande interposée devant la Salle Constitutionnelle du TSJ, le 15 septembre 2004.

pour résoudre le conflit à l'origine de la procédure engagée, avait renoncé sans équivoque à poursuivre toute procédure judiciaire liée au différend⁹⁵¹.

Le gouvernement vénézuélien, en contradiction avec la résolution du TSJ, arguait que, comme l'investisseur avait engagé une procédure judiciaire, il était dans l'impossibilité de soumettre le différend à l'arbitrage conformément au TBI Canada-Venezuela⁹⁵². Dans sa résolution sur la juridiction, le tribunal CIRDI tint compte de la décision du TSJ, car il considéra que celui-ci était l'instance la mieux qualifiée pour interpréter la loi vénézuélienne. Ainsi, du fait que le TSJ avait clairement statué que les tribunaux nationaux ne pouvaient résoudre le différend concernant le projet Las Cristinas, les conditions requises par le TBI pour engager la juridiction arbitrale étaient remplies⁹⁵³.

Bien que le Venezuela ait réfuté la juridiction du Centre, il est à noter que les arguments étatiques ne se sont pas fondés sur l'article 151 de la Constitution⁹⁵⁴ ; la contestation de la juridiction du tribunal arbitral fut bien faite dans les termes des dispositions relatives au mécanisme de résolution des conflits investisseur-État du TBI Canada-Venezuela. Le gouvernement vénézuélien distingue donc bien l'existence de deux régimes arbitraux différents : celui qu'encadre l'article 151 de la Constitution qui concerne les contrats d'intérêt public et celui que régulent les traités internationaux, différenciant donc les clauses arbitrales contenues dans les contrats d'intérêt public et devant remplir certaines conditions pour être validées des clauses arbitrales incluses dans les traités relatifs à la protection des investissements pour la résolution de conflits engageant la responsabilité internationale de l'État.

Finalement, bien que l'esprit de Carlos Calvo hante certains gouvernements latino-américains qui souhaitent reprendre leur juridiction absolue sur toutes les affaires

⁹⁵¹ SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA. *Demande de révision de la résolution 00832 du 14 juillet 2014 édicté par la Salle Politico-Administrative, résolution du 28 octobre 2005, aff. 04-2562.*

⁹⁵² L'Article XII(3)(b) du TBI prévoyait que l'investisseur ne pouvait engager une procédure d'arbitrage que s'il renonçait à son droit d'entamer ou de continuer toute procédure devant les tribunaux nationaux : « *An investor may submit a dispute to arbitration under the BIT only if the investor has waived its right to initiate or continue any other proceedings in relation to the measure that is alleged to be in breach of this Agreement before the courts or tribunals of the Contracting Party concerned or in a dispute settlement procedure of any kind.* » *Vanessa Ventures Ltd. vs. The Bolivarian Republic of Venezuela*. Decision on jurisdiction du 22 août 2008, *supra*, p. 23-26.

⁹⁵³ *Ibidem*, p. 28.

⁹⁵⁴ Voir *Vanessa Ventures Ltd. vs. The Bolivarian Republic of Venezuela*. Decision on jurisdiction du 22 août 2008, *aff. CIRDI n°ARB(AF)/04/6*.

relatives aux investissements, son *redivivus* – entendu comme le retour de dispositions juridiques soumettant entièrement les étrangers à la juridiction des tribunaux nationaux – reste virtuel. Souvent, les discours gouvernementaux qui critiquent le fait que les investisseurs étrangers puissent se soustraire à la justice nationale, n’obéissent qu’à des motivations politiques, éloignées de la réalité : d’une part les États latino-américains continuent à conclure des contrats incluant des clauses arbitrales et, d’autre part, ils restent soumis à leurs engagements internationaux, la plupart de ces pays n’ayant même pas fait l’effort d’y renoncer.

Le Nicaragua et l’Argentine sont la parfaite illustration de la contradiction entre discours et actions gouvernementales. Concrètement, concernant le CIRDI, les deux pays ont à plusieurs reprises manifesté leur désaccord avec le système d’arbitrage des investissements. D’un côté, le Nicaragua – pays membre de l’ALBA – s’était engagé en 2007 à dénoncer la Convention de Washington mais, loin d’accomplir sa promesse, il engagea en 2008 une procédure CIRDI contre le groupe hôtelier Barceló et est aujourd’hui encore pays membre de la Convention. D’un autre côté, en Argentine, un projet de loi pour déroger à la Loi 24.353 qui approuvait l’adhésion du pays à la Convention de Washington, fut présenté en 2012 par quatre députés. Ceux-ci arguaient que le projet reflétait leur volonté politique de reconstruire l’État, de récupérer les ressources naturelles, de rendre l’Argentine à nouveau productive et souveraine et d’en finir avec les inégalités. Pour eux, l’adhésion à la Convention de Washington transférerait la résolution des conflits en matière d’investissement étranger à un tribunal dépourvu d’instances supérieures de révision, essentiellement favorable aux intérêts des créanciers de l’État. Le projet de loi fut présenté devant deux commissions de la Chambre des députés mais n’aboutit jamais.

L’Argentine – souvent accusée de ne pas payer les condamnations des tribunaux arbitraux du Centre – considéra en effet le CIRDI comme « trop proche des entreprises et loin des gouvernements. »⁹⁵⁵ Pourtant, le gouvernement a précisé que le pays ne dénoncerait pas la Convention de Washington : l’Argentine « est un pays qui reconnaît les décisions du CIRDI comme définitives et contraignantes, et elles doivent être

⁹⁵⁵ Silvia PISANI. La Argentina acumula demandas en el Ciadi por US\$20.000 millones [en ligne]. *La Nación*. Publié le 4 décembre 2012. Disponible sur : <<http://www.lanacion.com.ar/1533097-la-argentina-acumula-demandas-en-el-ciadi-por-us-20000-millones>> (consulté le 9 avril 2015). THE AMERICAS. Come and get me: Argentina is putting international arbitration to the test. *The Economist*. Publié le 18 février 2012. Disponible sur : <<http://www.economist.com/node/21547836>> (consulté le 15 avril 2015).

exécutées comme si elles étaient des sentences définitives édictées par un tribunal national. »⁹⁵⁶

Quant aux trois pays qui, eux en effet, dénoncèrent la Convention de Washington, seule la dénonciation de l'Équateur se fonda sur les dispositions de sa Constitution réformée en 2008. Pourtant, les normes constitutionnelles supposément contrariées n'étaient pas celles qui concernaient la clause Calvo.

Section 2. Le contrôle correctif de la Convention de Washington et des traités internationaux pour la protection des investissements suite à l'adoption des nouvelles Constitutions.

Les lois nationales ne prévalent pas sur les accords internationaux⁹⁵⁷ même dans le cas de l'adoption d'une nouvelle Constitution. Néanmoins, si ces nouvelles Constitutions ne servent pas à justifier l'inaccomplissement des engagements internationaux, leur promulgation oblige l'État à réviser les compromis internationaux engagés avant l'établissement du nouvel ordre constitutionnel. Quant à la Convention de Washington, seul l'Équateur justifia sa dénonciation en raison de l'entrée en vigueur de la Constitution politique de 2008. En revanche, la Bolivie dénonça la Convention avant la promulgation de sa nouvelle Constitution et le Venezuela le fit une décennie après sans un véritable soutien constitutionnel.

Pour la Cour Constitutionnelle équatorienne, la réalité sociale avait changé dans les domaines juridique, politique et économique suite à l'adoption d'un nouveau modèle constitutionnel et institutionnel qui exigeait la mise à jour des compromis internationaux de l'État dans le but de les adapter à la réalité⁹⁵⁸. Les traités internationaux pour la

⁹⁵⁶ Jorge ARGÜELLO, ambassadeur d'Argentine aux États-Unis pour la période 2011-2013. In : Silvia PISANI. *La Argentina acumula demandas en el Ciadi por US\$20.000 millones*, *op. cit.*

Depuis le gouvernement de Nestor Kirchner, la coexistence ambiguë de certains éléments de rupture avec des éléments propres au modèle néolibéral suscite de nombreuses interrogations. « Désormais, on peut constater que le gouvernement de Nestor Kirchner a plutôt contribué à consolider les éléments les plus conservateurs du régime néolibéral, bien plus qu'il ne s'est accompagné d'une rupture effective par rapport à celui-ci ; [ce processus], loin de se refermer, continuera très probablement sous le mandat de son épouse [...] » Maristella SVAMPA. *L'Argentine des Kirchner : des continuités au double discours*. In : Frank GAUDICHAUD (dir.). *Le volcan latino-américain : gauches, mouvements sociaux et néolibéralisme en Amérique latine*. Paris : Textuel, 2008, p. 292.

⁹⁵⁷ Article 27 de la Convention de Vienne sur le droit des traités.

⁹⁵⁸ CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR. *Décision n°035-10-DTI-CC du 7 octobre 2010 concernant l'Accord pour l'encouragement et la protection des investissements conclu avec le Canada*, *aff.* 0003-10-TI, p. 25. *Décision n°010-13-DTI-CC du 25 avril 2013 concernant l'Accord pour l'encouragement et la protection des investissements conclu avec l'Espagne*, *aff.* 0010-11-TI, p. 13. *Décision n°022-13-DTI-CC du 17 juillet 2013 concernant l'Accord pour l'encouragement et la protection des investissements conclu avec l'Italie*, *aff.* 0015-13-TI, p. 23.

protection des investissements avaient été adoptés lorsque les politiques économiques de l'État s'inscrivaient dans les paramètres d'un « État de marché » qui préconisait des valeurs et des principes, lesquels, loin de viser des objectifs sociaux, défendaient certains intérêts au bénéfice de quelques-uns⁹⁵⁹. Le nouveau modèle constitutionnel de l'Équateur redéfinissait donc les fonctions de l'État qui ne servirait plus des intérêts économiques hégémoniques, mais privilégierait une politique dont le cœur serait l'être humain. Ainsi, la Constitution laissait de côté l'« État de marché » qui acceptait et appliquait des politiques néolibérales, pour instituer un État constitutionnel de droits et de justice⁹⁶⁰.

Cette section s'intéressera donc au contrôle constitutionnel de la Convention et des traités internationaux pour la protection des investissements qu'a mis en place l'Équateur. Dans ce pays, le contrôle répressif de la constitutionnalité de la Convention de Washington fut effectué à deux reprises : d'abord conformément à la Constitution équatorienne de 1998 (§1) et, plus récemment, selon les dispositions de celle de 2008 dans le but de dénoncer la Convention (§2).

§1. L'analyse constitutionnelle de la Convention de Washington et sa nouvelle ratification suite à l'entrée en vigueur de la Constitution équatorienne de 1998.

A. Chronique d'une mort annoncée : signature et ratification de la Convention de Washington par l'Équateur.

La signature et la ratification de la Convention de Washington par l'Équateur furent très particulières. D'après la liste des pays membres du CIRDI, l'Équateur signa et ratifia la Convention le même jour, le 15 janvier 1986, la Convention CIRDI entrant en vigueur le 14 février 1986⁹⁶¹. Une telle démarche était contraire à la Constitution en vigueur, à savoir celle de 1978, car la ratification des traités internationaux était

⁹⁵⁹ CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR. *Décision n°038-10-DTI-CC du 11 novembre 2010 concernant l'Accord pour l'encouragement et la protection des investissements conclu avec le Chili*, aff. 0010-10-TI, p. 18. *Décision n°040-10-DTI-CC du 11 novembre 2010 concernant l'Accord pour l'encouragement et la protection des investissements conclu avec le Suisse*, aff. 0012-10-TI, p. 14.

⁹⁶⁰ CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR. *Décision n°020-10-DTI-CC du 24 juin 2010 concernant l'Accord pour l'encouragement et la protection des investissements conclu avec le Royaume-Uni et l'Irlande*, aff. 0008-10-TI, p. 26.

⁹⁶¹ Voir « *Liste des États contractants et signataires de la Convention (au 11 avril 2014)* », note en bas de page, p. 5. Disponible sur : <<http://icsid.worldbank.org>> (consulté le 14 août 2014).

conditionnée à l'approbation préalable du Congrès national⁹⁶² ou, en cas de refus de ce dernier, aux résultats d'une consultation populaire⁹⁶³.

Pourtant, l'interprétation de l'Exécutif concernant l'approbation des traités écartait la participation du Congrès. Le Mémoire 185 SP/DGOM-DT du 30 septembre 1987 indiquait que la « ratification » des instruments internationaux, en tant que fonction de l'État, ne comprenait pas le pouvoir de les accepter ou de les approuver⁹⁶⁴. Ainsi, selon le mémoire, la législation équatorienne n'exigeait pas, comme mécanisme juridique interne, l'approbation de l'État – plus concrètement du Congrès – pour le dépôt de l'instrument qui concluait la procédure d'adoption d'un traité par lequel l'Équateur acceptait et acquerrait des droits⁹⁶⁵. Dans ces termes, l'approbation d'un traité par le Congrès n'était qu'une sorte de confirmation de la décision de l'Exécutif de l'adopter et n'avait aucun effet susceptible d'empêcher son application. Ce mémoire contrevenait à l'article 78(f) de la Constitution équatorienne qui conditionnait la ratification des accords internationaux à l'approbation du Congrès national.

Que León Febres Cordero – premier président néolibéral en Équateur⁹⁶⁶ – s'attribuât le pouvoir d'engager l'État par un traité international sans l'approbation du Congrès n'était pas étonnant, car son administration se caractérisa par la promulgation de décrets lois qui permirent à l'Exécutif de légiférer en matière économique. Ainsi, le Président approuva des mesures clé de la réforme économique sans l'intervention du Congrès⁹⁶⁷, situation qui provoqua de nombreux affrontements avec le pouvoir législatif⁹⁶⁸. De plus, Febres Cordero rejeta tout contrôle constitutionnel refusant à de

⁹⁶² Voir *Constitución Política de la República de Ecuador (1979 avec la réforme de 1984)*, articles 59(h) et 78(f).

⁹⁶³ *Ibidem*, article 78(p).

⁹⁶⁴ *SUBSECRETARÍA POLÍTICA DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE POLÍTICA Y ORGANISMOS INTERNACIONALES. Memorando No. 185 SP/DGOM – DT du 30 septembre 1987. Cité dans TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR. Résolution n°171-2000-TP du 26 septembre 2000, aff. 008-2000-CI. In : Registro Oficial órgano del gobierno del Ecuador, n°180, 5 octobre 2000.*

⁹⁶⁵ *Ibidem*.

⁹⁶⁶ César MONTÚFAR. *La reconstrucción neoliberal : Febres Cordero o la estatización del neoliberalismo en el Ecuador 1984-1988*. Quito : Ediciones Abya-Yala, 2000, p. 9. Jeanne A. K. HEY. Ecuadorian foreign policy since 1979 : ideological cycles or a trend towards neoliberalism? *Journal of Interamerican Studies and World Affairs*. 1995, vol. 37, n°4, p. 57-88.

⁹⁶⁷ César MONTÚFAR, *op. cit.*, p. 117.

⁹⁶⁸ Sous la présidence de León Febres Cordero, seul 5% des projets de loi de l'Exécutif fut approuvé. Parallèlement, seul 3% des projets présentés par le Législatif fut approuvé par l'Exécutif. La rupture des relations entre les pouvoirs exécutif et législatif était claire, le Congrès étant majoritairement d'opposition. Voir José SANCHEZ PARGA. *La pugna de poderes : análisis crítico del sistema político ecuatoriano*. Quito : Ediciones Abya-Yala, 1998, p. 70-72.

nombreuses reprises les résolutions du Tribunal des garanties constitutionnelles selon lesquelles ses actes¹¹⁶ étaient inconstitutionnels. Ainsi donc, l'Exécutif agissait en-dehors du cadre législatif, ce qui renforça une dynamique autoritaire⁹⁶⁹.

Conformément à la Constitution de 1979, reformée en 1984, le Congrès était le principal organe de contrôle constitutionnel et l'article 59(c) CN lui octroyait la faculté d'interpréter la Constitution. Même si celle-ci prévoyait un Tribunal de garanties constitutionnelles, lorsque ce dernier décidait de suspendre totalement ou partiellement les effets d'une loi, d'un accord, d'un décret, d'un règlement, d'une ordonnance ou d'une résolution, sa décision était soumise à l'examen du Congrès national⁹⁷⁰. Néanmoins, pour le président Febres Cordero, le pouvoir exécutif était le seul organe compétent pour interpréter la Constitution lorsque la question concernait ses fonctions administratives. En outre, il soutenait qu'il lui incombait d'évaluer et de décider de la légalité de ses propres actes et de juger les actes des autres pouvoirs lorsqu'ils concernaient les domaines de sa compétence administrative⁹⁷¹. Ainsi, la politique extérieure, y compris la célébration des traités internationaux, était du seul ressort de l'Exécutif.

Bien que la constitutionnalité du processus d'adoption de la Convention de Washington puisse être contestée, cet instrument international ne fut jamais réfuté sur ce fondement. Ce fut après l'entrée en vigueur de la Constitution de 1998 en remplacement de celle de 1979 que le Président équatorien Gustavo Noboa Bejarano et le Président de la Commission des affaires internationales du Congrès national sollicitèrent la vérification de la conformité de la Convention de Washington à la lumière de la nouvelle Constitution⁹⁷².

Divers événements témoignèrent des conflits entre Febres Cordero et le Congrès. En 1985, le Président refusa la composition de la Cour Suprême proposée par le Législatif, forçant ainsi le Congrès à changer de choix. De son côté, le Congrès intenta des actions contre les ministres afin de les démettre de leurs fonctions. Voir César MONTÚFAR, *op. cit.*, p. 117-118.

⁹⁶⁹ *Ibidem*, p. 115.

⁹⁷⁰ *Constitución Política de la República del Ecuador (1979 avec la réforme de 1984)*, article 141(4).

⁹⁷¹ César MONTÚFAR, *op. cit.*, p. 118.

⁹⁷² TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR. *Résolution n°171-2000-TP du 26 septembre 2000*, aff. 008-2000-CI, *supra*.

B. Le contrôle constitutionnel de la Convention de Washington sous la Constitution équatorienne de 1998.

Le Tribunal Constitutionnel fonda sa compétence à partir des articles 276(5) et 162 de la Constitution de 1998, concernant la procédure d'approbation des traités internationaux. L'article 162 – abordé dans la première partie de cette thèse – imposait pour l'approbation des traités internationaux l'examen *a priori* de leur constitutionnalité par le Tribunal Constitutionnel. Le contrôle de la constitutionnalité de la Convention CIRDI s'inscrivait curieusement dans le cadre d'une nouvelle procédure d'approbation : après le contrôle constitutionnel, le Congrès National approuva la Convention de Washington le 7 février 2001⁹⁷³ et le président équatorien Gustavo Noboa Bejarano décréta sa ratification le 6 avril 2001⁹⁷⁴.

Il y a donc deux dates différentes d'entrée en vigueur de la Convention : la première, d'après le CIRDI, un mois après le dépôt de l'instrument de ratification, le 14 février 1986, et la seconde, selon le gouvernement équatorien, le 7 février 2001, date de l'approbation de la Convention par le Congrès. En effet, le gouvernement équatorien, dans les contrats conclus avec des investisseurs étrangers, conditionnait son consentement à l'arbitrage CIRDI à l'approbation du Congrès. La clause de juridiction du premier cas enregistré contre l'Équateur – *Repsol YPF*⁹⁷⁵ – contenait une condition suspensive : à partir du moment où le Congrès équatorien approuvait la Convention CIRDI, n'importe quelle partie pouvait faire appel au Centre pour engager une procédure d'arbitrage⁹⁷⁶.

Aucun différend d'investissement ne fut enregistré avant la date d'approbation de la Convention par le Congrès équatorien. Pourtant, la Convention de Washington étant

⁹⁷³ CONGRESO NACIONAL DEL ECUADOR. Résolution législative n°R-22-053 du 7 février 2001. In : *Site du Sistema Nacional de Información* [en ligne]. Disponible sur : <<http://sni.gob.ec>> (consulté le 14 août 2014).

⁹⁷⁴ GUSTAVO NOBOA BEJARANO, PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA. Décret No. 1417-B du 6 avril 2001. In : *Registro Oficial órgano del gobierno del Ecuador*, n°309, 19 avril 2001.

⁹⁷⁵ *Repsol YPF Ecuador S.A. v. Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (PETROECUADOR)*. Affaire CIRDI n°ARB/01/10, enregistré le 5 octobre 2001.

⁹⁷⁶ Voir *Repsol YPF Ecuador S.A. v. Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (PETROECUADOR)*. Decisión sobre competencia du 23 janvier 2003. *ICSID Review : foreign investment law journal*. 2011, vol. 26, n°2, p. 224,228. Des clauses similaires furent invoquées dans les affaires *City Oriente Limited* et *Occidental Petroleum Corporation*. Voir *City Oriente Limited v. Republic of Ecuador and Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (PETROECUADOR)*. Decisión sobre medidas provisionales du 19 novembre 2007, *aff. CIRDI* n°ARB/06/21, p. 3. *Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v. Republic of Ecuador*. Decision on jurisdiction du 9 septembre 2008, *aff. CIRDI* n°ARB/06/11, p. 13-14.

en vigueur depuis 1986, une requête d'arbitrage fondée sur une clause de juridiction contenue dans un TPPI aurait pu être interposée. Les traités relatifs à l'encouragement et la protection des investissements signés par l'Équateur dans les années quatre-vingt-dix contenaient des clauses de juridiction CIRDI qui n'étaient pas conditionnées à l'approbation de la Convention par le Congrès⁹⁷⁷. D'ailleurs, les traités signés avec la France et le Royaume-Uni en 1994 faisaient mention expresse dans leurs clauses de juridiction arbitrale du fait que les deux pays signataires étaient membres de la Convention de Washington, preuve que l'Équateur s'assumait en tant que membre du CIRDI même avant l'approbation de la Convention par le Congrès⁹⁷⁸.

La « ratification » de la Convention de Washington en 2001 était donc un processus destiné à vérifier l'adéquation de cet instrument international avec la Constitution promulguée en 1998. Ainsi, le contrôle constitutionnel demandé en 2000 était répressif et non préventif puisque la Convention CIRDI était en vigueur depuis 1986. Les effets de ce contrôle étaient très limités : d'un côté, une déclaration d'inconstitutionnalité aurait obligé soit au début de la procédure de dénonciation de la Convention, soit à la modification des dispositions constitutionnelles controversées⁹⁷⁹ ; d'un autre côté, la déclaration de constitutionnalité n'était qu'une réaffirmation de la Convention déjà en vigueur, le principal effet étant l'impossibilité de contester la constitutionnalité de cet instrument international postérieurement.

D'abord, le Tribunal Constitutionnel analysa la Convention de Washington à la lumière des articles 244 et 271 de la Constitution de 1998. Le premier concernait le système économique de l'État :

« Dans le système de l'économie sociale de marché, il incombe à l'État de :
1. Garantir le développement des activités économiques dans le cadre d'un ordre juridique et des institutions qui les promeuvent, les encouragent et qui génèrent confiance. Les activités des entreprises publiques et privées recevront le même

⁹⁷⁷ SISTEMA DE INFORMACIÓN SOBRE COMERCIO EXTERIOR. *Ecuador : Tratados Bilaterales de Inversión* [en ligne]. Disponible sur : <http://www.sice.oas.org/ctyindex/ECU/ECUBITS_s.asp> (consulté le 14 août 2014).

⁹⁷⁸ *Ibidem*.

⁹⁷⁹ Nous avons abordé les conséquences du contrôle judiciaire a priori en Équateur conformément à la Constitution de 1998 dans la Première Partie de cette thèse (titre II, chapitre 1, section 1, §2(C))

traitement légal. L'investissement national et étranger sera garanti dans les mêmes conditions.»⁹⁸⁰ .

Ensuite, l'article 271 énonçait que la loi pouvait conférer un traitement spécial aux investissements publics et privés faits dans les secteurs les moins développés ou dans des activités d'intérêt national. De plus, cet article permettait à l'État d'accorder des garanties particulières dans les contrats conclus avec des investisseurs, afin qu'ils ne puissent être guère modifiés par des lois ou d'autres dispositions défavorables⁹⁸¹.

En outre, le Tribunal mentionna l'article 191 CN qui reconnaissait l'arbitrage, la médiation et d'autres procédures pour résoudre les conflits, réglementés par la Loi d'arbitrage et médiation promulguée en 1997. Les articles 41 et 42 de celle-ci régulaient l'arbitrage international : le premier définissait l'arbitrage international⁹⁸² et le second prévoyait que l'arbitrage international soit régulé par les traités, conventions, protocoles et autres actes de droit international signés et ratifiés par l'Équateur.

D'après le Tribunal Constitutionnel, la Convention remplissait les conditions de l'article 41(a)(b) de la Loi d'arbitrage, puisque l'arbitrage international qui découlait de l'application de la Convention CIRDI concernait l'État et un ressortissant d'un autre État signataire de la Convention. Par ailleurs, le tribunal tint compte du préambule de la Convention⁹⁸³ et de son Article 25⁹⁸⁴ qui conditionnaient la soumission de l'État au CIRDI au consentement étatique exprimé par écrit. Finalement, le Tribunal constitutionnel de l'Équateur estima que la Convention de Washington n'était pas en

⁹⁸⁰ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR. *Résolution n°171-2000-TP du 26 septembre 2000, aff. 008-2000-CI, supra*. Traduit par l'auteur de cette thèse.

⁹⁸¹ *Ibidem*.

⁹⁸² L'arbitrage était international lorsque les parties l'avaient ainsi décidé et lorsque l'une des conditions suivantes était remplie : a) que les parties du conflit soient domiciliées dans des États différents ; b) que le lieu d'accomplissement d'une partie substantielle des obligations ou le lieu avec lequel l'objet du litige avait une relation plus étroite, se situe hors de l'État où l'une des parties était domiciliée ; c) que l'objet du litige fasse référence à une opération du commerce international. *Ley de arbitraje y otros procedimientos alternativos de solución de controversias comerciales*, 4 septembre 1997.

⁹⁸³ « ...aucun État 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. »

⁹⁸⁴ Le Tribunal Constitutionnel mentionne l'article 23 de la Convention mais la citation est celle de l'article 25 : «(1) La compétence du Centre s'étend aux différends d'ordre juridique entre un État contractant (ou telle collectivité publique ou tel organisme dépendant de lui qu'il désigne au Centre) et le ressortissant d'un autre État 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. »

contradiction ni avec la Constitution ni avec la Loi régulant l'arbitrage et la médiation⁹⁸⁵.

La Constitution équatorienne de 1998 – qui s'inscrivait dans un processus de réforme politique⁹⁸⁶ et économique⁹⁸⁷ – établissait, en effet, un régime très favorable aux investissements pour s'adapter aux exigences du modèle économique néolibéral⁹⁸⁸. La vocation de la nouvelle Constitution était donc de favoriser le transfert de la propriété publique au secteur privé, limiter le rôle de l'État comme agent économique, créer les conditions nécessaires à l'ouverture du marché et encourager la compétitivité interne et externe⁹⁸⁹. La politique économique fut exprimée dans un chapitre de la Constitution

⁹⁸⁵ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR. *Résolution n°171-2000-TP du 26 septembre 2000*, aff. 008-2000-CI, *supra*.

⁹⁸⁶ La réforme de la Constitution – réclamée par les mouvements populaires qui manifestaient contre le gouvernement d'Abdalá Bucaram – cherchait à garantir la gouvernabilité démocratique et à renforcer la stabilité institutionnelle. Le Président Abdalá Bucaram fut renversé en 1997 par une majorité simple du Congrès qui déclara son « incapacité mentale » (l'article 100(d) de la Constitution de l'Équateur de 1978 établissait comme l'une des causes de la cession des fonctions du Président l'« incapacité physique ou mentale déclarée par le Congrès ») provoquant l'instabilité politique du pays. Rosalía Arteaga Serrano, vice-présidente du gouvernement d'Abdalá Bucaram, assumait le pouvoir du 6 au 11 février. Le Congrès, qui s'opposait à Rosalía Arteaga, la poussa à renoncer et nomma Fabián Alarcón comme Président intérimaire. Ce dernier convoqua un référendum pour former une Assemblée constituante chargée d'élaborer la Constitution de 1998. En 1998, de nouvelles élections furent organisées. Jamil Mahuad l'emporta et occupa la présidence de 1998 à 2002 mais il fut renversé par les forces armées en janvier 2001. Gustavo Noboa, vice-président du gouvernement de Mahuad, assumait la présidence et convoqua de nouvelles élections en 2002. Voir Carlos de la TORRE. *Populist seduction in Latin America: the ecuadorian experience*. Ohio : Ohio University Press, 2000, p. 89-111. Milton LUNA TAMAYO. *Bucaram, ¡¡fuera !! : la voz de los movimientos profundos*. In : René BÁEZ (éditeur) *¿Y ahora qué... ? : una contribución al análisis político-histórico actual*. Quito : Éd. Eskeletra, 1997, p. 197-228. Voir aussi Pablo ANDRADE A. *Negociando el cambio : fuerzas sociales y políticas en la Asamblea Constituyente ecuatoriana de 1998*. In : Roberto VICIANO et al. (éd.). *Estudios sobre la Constitución ecuatoriana de 1998*. Valencia : Éd. Tirant lo Blanch, 2005, p. 33-77. Galo CHIRIBOGA ZAMBRANO. *Algunos comentarios preliminares sobre la Constitución de 1998*. In : Galo CHIRIBOGA et Rafael QUINTERO (éd.). *Alcances y limitaciones de la reforma política en Ecuador*. Quito : Asociación Americana de Juristas, 1998, p. 33-37. Voir à propos de l'échec de la réforme politique : Simón PACHANO. *La reforma política en la nueva Constitución*. In : Galo CHIRIBOGA et Rafael QUINTERO (éd.), *op. cit.*, p. 81-85. Napoleón SALTOS GALARZA. *Comentario a la ponencia "Alcances de la reforma constitucional"*. In : *ibidem*, p. 111-120. Alejandro MOREANO MORA. *Los derechos y garantías en la nueva Constitución*. In : *ibidem*, p. 131-136. Alberto ACOSTA. *Breve historia económica del Ecuador*. 2^{ème} éd. Quito : Corporación editora nacional, 2002, p. 187.

⁹⁸⁷ Dans le domaine économique, l'Équateur souffrait encore des conséquences de la crise des années 1980. La mise en place de remèdes néolibéraux s'était intensifiée depuis 1992 et ceux-ci se radicalisèrent en 1997 sous le bref gouvernement d'Abdalá Bucaram qui appliqua un train de mesures draconiennes : la hausse des tarifs des services publics, la suppression de la subvention accordée au gaz domestique, la fin de la gratuité dans les hôpitaux populaires et la hausse des prix des produits dérivés du pétrole. Ensuite, le gouvernement de Fabián Alarcón, Président lors de la réforme de la Constitution de 1998, poursuivit l'application de mesures néolibérales, atteignant ainsi une apparente stabilité économique. Alberto ACOSTA, *op. cit.*, p. 185-188.

⁹⁸⁸ Galo CHIRIBOGA. *Algunos comentarios preliminares sobre la Constitución de 1998*, *op. cit.*, p. 34.

⁹⁸⁹ *Ibidem*, p. 62-67. Julio César TRUJILLO VÁSQUEZ. *El Estado en la Constitución*. In : Roberto VICIANO et al. (éd.). *Estudios sobre la Constitución ecuatoriana de 1998*, *op. cit.*, p. 126-133.

« sur le système économique »⁹⁹⁰ où l'on trouve les dispositions citées par le Tribunal Constitutionnel concernant le traitement des investissements étrangers.

Outre les changements apportés aux fonctions économiques de l'État, les réformes constitutionnelles supposaient une nouvelle conception de l'administration de la justice, car elles incluaient l'arbitrage, la médiation et d'autres moyens comme méthodes alternatives de résolution des conflits. L'arbitrage était déjà reconnu dans le Code de Procédure Civile, la Loi organique de la fonction judiciaire et la Loi d'arbitrage commercial, en tant que « juridiction contractuelle », mais son inclusion dans l'article 191, concernant les principes généraux de la fonction judiciaire, mettait fin à tout débat autour de la constitutionnalité de ce système de résolution de conflits⁹⁹¹.

Le Tribunal Constitutionnel équatorien, lors du contrôle de la Convention de Washington, fut très laconique, se limitant à citer les dispositions de la norme suprême sans les analyser. Quant aux TPPIs, ils ne furent pas analysés. La plupart de ces traités furent signés sous la présidence de Sixto Durán Ballén (1992-1996) dans le cadre de stratégies économiques destinées à attirer les capitaux étrangers et régies encore par la Constitution de 1979 qui ne prévoyait pas le contrôle préventif de la constitutionnalité des traités. Le gouvernement cherchait à moderniser l'État – comme un des éléments de la reconfiguration du rôle étatique dans l'économie – et notamment à permettre la privatisation de secteurs considérés stratégiques⁹⁹².

Néanmoins, la Constitution de 1998 conservait l'application du principe d'égalité entre les investissements nationaux et étrangers : « [L]es activités entrepreneuriales publiques et privés recevront le même traitement légal. Les investissements nationaux et étrangers seront garantis en des conditions égales.»⁹⁹³ D'une part, bien que l'article 271 CN comportât une exception au principe d'égalité en autorisant des traitements spéciaux aux investissements privés, cette exception était limitée à ceux réalisés dans les zones les moins développées et dans des activités d'intérêt national. Ainsi, des traitements spéciaux ne pouvaient pas être accordés exclusivement en raison de la nationalité des investisseurs. D'autre part, l'État pouvait accorder des garanties spéciales aux

⁹⁹⁰ Articles 242-271 de la Constitution équatorienne de 1998.

⁹⁹¹ Santiago ANDRADE UBIDIA. La Constitución política y la administración de justicia. In : Roberto VICIANO et al. (ed.). *Estudios sobre la Constitución ecuatoriana de 1998*, op. cit., p. 291-293.

⁹⁹² Alberto ACOSTA, op. cit., p. 182-185.

⁹⁹³ Article 244(1) de la Constitution équatorienne de 1998. Traduction par l'auteure.

investisseurs au moyen de contrats afin d'éviter qu'ils ne soient modifiés par des lois ou d'autres dispositions. Que ces garanties puissent être accordées de manière générale à des investisseurs d'une certaine nationalité au moyen d'un traité international n'était pas prévu.

Même les TPPIs signés après l'entrée en vigueur de la Constitution de 1998⁹⁹⁴ ne furent pas analysés par l'organe de contrôle constitutionnel. L'approbation du Congrès et donc le contrôle *a priori*, n'était contraignant que pour certaines catégories de traités dont ceux qui engageaient le pays dans des accords d'intégration, ceux qui confiaient à un organisme international ou supranational l'exercice des compétences dérivées de la Constitution ou de la loi, et ceux qui concernaient les droits fondamentaux des personnes et les droits collectifs⁹⁹⁵. Le Président, auquel incombait en général de définir la politique extérieure, de diriger les relations internationales et de conclure et ratifier les accords internationaux⁹⁹⁶, était donc l'organe qui décidait de la qualification du traité. Ainsi, les traités relatifs à la protection et l'encouragement des investissements furent ratifiés par l'Exécutif sans l'approbation du Congrès et donc sans être soumis à l'examen préventif de leur constitutionnalité⁹⁹⁷.

En revanche, la Convention de Washington fut soumise à l'approbation du Congrès, car elle attribuait à un organisme supranational l'exercice de compétences dérivées de la Constitution⁹⁹⁸, attribution liée, cependant, aux clauses de juridiction contenues dans les TPPIs comportant le consentement de l'État à l'arbitrage. Ainsi, les traités pour l'encouragement et la protection des investissements auraient pu être qualifiés de la même manière, dans les termes de l'article 161(4) CN, nécessitant donc l'approbation du Congrès pour leur ratification. Certains TPPIs seraient ainsi qualifiés

⁹⁹⁴ TPPIs signés avec la République Dominicaine (1998), les Pays-Bas (1999), le Pérou (1999), le Nicaragua (2000), la Finlande (2001) et la Suède (2001).

⁹⁹⁵ Article 161(3)(4)(5) de la Constitution équatorienne de 1998.

⁹⁹⁶ Article 171(12) CN.

⁹⁹⁷ Voir GUSTAVO NOBOA BEJARANO, PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA. Décret No. 1412-C du 5 avril 2001 qui ratifie les accords pour la protection et l'encouragement des investissements signés avec la République Dominicaine le 26 juin 1998, les Pays-Bas le 27 juin 1999 et le Nicaragua le 2 juin 2000. In : *Registro Oficial de l'Équateur* n°309 du 19 avril 2001. GUSTAVO NOBOA BEJARANO, PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA. Décret No. 1756 du 13 août 2001 qui ratifie l'Accord avec la Finlande signé le 18 avril 2001. In : *Registro Oficial de l'Équateur* n°395 du 22 août 2001. GUSTAVO NOBOA BEJARANO, PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA. Décret No. 2135 du 28 novembre 2001 qui ratifie l'Accord avec la Suède signé le 31 mai 2001. In : *Registro Oficial de l'Équateur* n°467 du 4 décembre 2001.

⁹⁹⁸ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR. Résolution n°171-2000-TP du 26 septembre 2000, *op. cit.*

lorsqu'ils feraient plus tard l'objet d'un contrôle constitutionnel, conformément à la Constitution équatorienne de 2008.

§2. Le contrôle constitutionnel effectué par l'Équateur afin de dénoncer la Convention de Washington et les traités internationaux pour la protection et l'encouragement des investissements.

A. Le contrôle constitutionnel effectué par l'Équateur afin de dénoncer la Convention de Washington.

Selon la Constitution équatorienne de 2008, la dénonciation des traités internationaux requiert l'approbation de l'Assemblée Nationale dans les cas énoncés à l'article 419 CN. Parmi les traités qui nécessitent une telle approbation, figurent ceux qui attribuent des compétences propres à l'ordre juridique interne à un organisme international ou supranational⁹⁹⁹. La Convention de Washington correspond à cette définition puisqu'elle crée un organisme international chargé de régler les différends entre les investisseurs étrangers et l'État, compétence généralement réservée aux tribunaux nationaux. Ainsi, pour la dénoncer, l'approbation de l'Assemblée Nationale, donnée le 12 juin 2009¹⁰⁰⁰, était nécessaire.

À la différence de la plupart des procédures de dénonciation des TBIs qui incluent le rapport préalable de la Cour Constitutionnelle équatorienne, le contrôle de la constitutionnalité ne fut pas effectué lors de la dénonciation de la Convention de Washington. L'article 108 de la Loi organique de la fonction législative (LOFL) établit que dans tous les cas où l'approbation de l'Assemblée Nationale est requise, le Président doit transmettre à l'organe législatif l'instrument international concerné avec le rapport préalable de la Cour Constitutionnelle¹⁰⁰¹. Cependant, la LOFL n'était pas encore entrée en vigueur à la date de la dénonciation de la Convention¹⁰⁰² et rien dans la

⁹⁹⁹ Voir Constitution de l'Équateur, article 419(7).

¹⁰⁰⁰ Voir RAFAEL CORREA DELGADO, PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA. *Décret n°1823 du 2 juillet 2009*. In : Registro Oficial órgano del gobierno del Ecuador n°632 du 13 juillet 2009.

¹⁰⁰¹ Ley Orgánica de la Función Legislativa, 8 juillet 2009. *Registro Oficial órgano del gobierno del Ecuador*, suplemento, n°642, 27 juillet 2009, article 108.

¹⁰⁰² Au moment où l'Équateur dénonça la Convention de Washington, la fonction législative était régulée par le *Mandato Constituyente N°23 de Conformación de la Comisión Legislativa y de Fiscalización*. Celui-ci ne contenait pas le chapitre sur l'approbation des traités internationaux postérieurement inclus dans la Loi organique de la fonction législative de 2009. De même, la Loi du contrôle constitutionnel en vigueur

Constitution n'ordonnait qu'un rapport préalable de la Cour Constitutionnelle fût nécessaire¹⁰⁰³.

Bien que la Cour Constitutionnelle équatorienne n'ait pas effectué son contrôle, l'incompatibilité de la Convention de Washington avec l'article 422 CN fut mentionnée dans le décret de dénonciation¹⁰⁰⁴ : la Convention supposait la cession de la juridiction souveraine à une instance d'arbitrage international pour résoudre des conflits entre l'État et des personnes physiques ou morales, ce qu'interdisait la Constitution.

Cependant, la juridiction du Centre ne dépend pas uniquement de l'adhésion des États à la Convention¹⁰⁰⁵ : le consentement de l'État en est une condition indispensable. La cession de la juridiction souveraine s'effectue en effet au moyen d'autres instruments, notamment des contrats ou des traités internationaux ; l'interdiction contenue dans l'article de référence concerne uniquement la manifestation de la volonté étatique au moyen de traités internationaux. Ainsi, dans les termes de l'article 422 de la Constitution équatorienne, le CIRDI peut connaître des différends en matière d'investissement lorsque la cession de la juridiction étatique est effectuée par un contrat. L'article 190 de la Constitution – à propos de la reconnaissance de l'arbitrage et d'autres façons de résoudre les conflits – confirme cette interprétation, car il permet de

jusqu'au 22 octobre 2009, lorsque fut promulguée la Loi organique des garanties juridictionnelles et du contrôle constitutionnel actuellement en vigueur, ne régulaient pas le mécanisme de contrôle préalable des traités internationaux établi par la Constitution de 1998 qui, en tout cas, s'appliquait à la ratification des traités et non à leur dénonciation. Voir ASAMBLEA CONSTITUYENTE. *Mandato Constituyente N°23 de Conformación de la Comisión Legislativa y de Fiscalización del 25 de octubre de 2008* [en ligne]. Disponible sur : http://www.edicioneslegales-informacionadiconal.com/leyes/ MANDATO_23.pdf (consulté le 24 février 2015). CONGRESO NACIONAL DEL ECUADOR. *Ley del control constitucional del 18 de junio de 1997* [en ligne]. Disponible sur : <<http://docs.ecuador.justia.com/nacionales/leyes/ley-de-control-constitucional.pdf>> (consulté le 24 février 2015).

¹⁰⁰³ L'article 438 CN concernant les cas où la Cour Constitutionnelle devait émettre des rapports préalables et contraignants, ne mentionnait que le cas de la ratification des traités internationaux. L'article 438 CN n'était certainement pas exhaustif, le rapport préalable de la Cour Constitutionnelle pouvant être demandé dans d'autres cas déterminés par la loi, mais les lois en vigueur à la date de la dénonciation de la Convention omettaient le cas du contrôle constitutionnel préalable à la dénonciation d'un traité, inclus postérieurement dans l'article 108 de la Loi organique de la fonction législative de 2009.

¹⁰⁰⁴ RAFAEL CORREA DELGADO. *Décret n°1823, supra*.

¹⁰⁰⁵ « [A]ucun État 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. » Convention de Washington, préambule.

recourir à l'arbitrage dans les contrats publics une fois que le procureur général a donné son avis favorable¹⁰⁰⁶.

La Convention de Washington n'est donc pas contraire à l'article 422 de la Constitution équatorienne de 2008 ; en revanche, les traités pour l'encouragement et la protection des investissements méritent une analyse constitutionnelle plus approfondie. Contrairement à la dénonciation de la Convention où seul un contrôle politique fut effectué, la dénonciation des TBIs signés par l'Équateur a nécessité un contrôle judiciaire de la Cour Constitutionnelle, sujet qui sera ensuite abordé.

B. Le contrôle constitutionnel effectué par l'Équateur afin de dénoncer les traités de protection aux investissements.

La nouvelle politique gouvernementale opposée à l'arbitrage international en matière d'investissement s'est d'abord manifestée par la dénonciation de neuf traités relatifs à la protection et l'encouragement des investissements, effectuée avant la promulgation de la Constitution de 2008. Les traités concernés étaient ceux conclus avec Cuba, la République Dominicaine, le Salvador, le Guatemala, le Honduras, le Nicaragua, le Paraguay, l'Uruguay et la Roumanie. Conformément à la législation en vigueur, la dénonciation ne nécessitait pas un rapport préalable du Tribunal Constitutionnel¹⁰⁰⁷. Ainsi, le gouvernement équatorien argua tout simplement que ces traités n'avaient aucun impact sur l'économie nationale¹⁰⁰⁸.

¹⁰⁰⁶ Voir l'article 190 de la Constitution de l'Équateur de 2008 dans l'Annexe III.

¹⁰⁰⁷ *Constitución Política de la República del Ecuador (1998)* [en ligne], articles 161-162. Disponible sur : <<http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Ecuador/ecuador98.html>> (consulté le 14 août 2014). La fonction législative était régulée par la Loi organique de la fonction législative de 1992 et le contrôle constitutionnel par la Loi du contrôle constitutionnel de 1997 qui ne prévoyait aucune disposition concernant la procédure de dénonciation des traités. Voir *Ley Orgánica de la Función Legislativa de 1992* [en ligne]. Disponible sur : <http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic2_ecu_anexo32.pdf> (consulté le 10 mars 2015). *Ley del control constitucional del 18 de junio de 1997* [en ligne]. Disponible sur : <<http://docs.ecuador.justia.com/nacionales/leyes/ley-de-control-constitucional.pdf>> (consulté le 24 février 2015).

¹⁰⁰⁸ Ecuador denuncia tratados de inversión con países América latina y Rumania [en ligne]. *El Universo*, article publié le 29 janvier 2008. Disponible sur : <<http://www.eluniverso.com/2008/01/29/0001/9/BD922BCCB808448ABACCC47471926BC8.html>> (consulté le 10 mars 2015). Ecuador deroga tratado de inversión con RD [en ligne]. *DiarioLibre.org*, article publié le 29 janvier 2008. Disponible sur : <http://www.diariolibre.com/noticias/2008/01/29/i3147_ecuador-deroga-tratado-inversin-con.html> (consulté le 10 mars 2015). Ecuador denuncia tratado de inversiones con Honduras por improductivo [en ligne]. *Proceso Digital*, article publié le 30 janvier 2008. Disponible sur : <<http://www.proceso.hn/component/k2/item/83324.html>> (consulté le 10 mars 2015). El gobierno de Ecuador denuncia nueve convenios de protección a inversiones [en ligne]. *Soitu.es*, article publié le 30 janvier 2008.

Le second ensemble de traités à dénoncer incluait treize accords conclus avec l'Allemagne, l'Argentine, le Royaume-Uni, la Finlande, la Chine, la Suède, la France, les Pays-Bas, le Canada, le Chili, la Suisse, le Venezuela et les États-Unis. Contrairement à la dénonciation des premiers accords, celle du second bloc concernait des pays à l'origine d'investissements importants¹⁰⁰⁹. La procédure de cette dénonciation commença avec la demande du président Rafael Correa devant l'Assemblée Nationale le 28 septembre 2009¹⁰¹⁰. La Commission de souveraineté – organe chargé d'analyser les instruments internationaux soumis par l'Exécutif à l'approbation de l'Assemblée – remarqua qu'une condition formelle de la procédure de dénonciation était absente : le Président n'avait pas demandé le rapport préalable de la Cour Constitutionnelle¹⁰¹¹. La procédure de dénonciation des traités avait en effet changé avec la promulgation de la Loi organique de la fonction législative (LOFL) en juillet 2009¹⁰¹², laquelle imposait au Président l'obligation de remettre à l'Assemblée Législative le traité ou l'instrument international en question, accompagné du rapport de la Cour Constitutionnelle.

Le 6 janvier 2010, l'Exécutif demanda à la Cour Constitutionnelle un rapport favorable à la dénonciation des treize traités bilatéraux ci-dessus mentionnés¹⁰¹³. Selon la requête du Président, ces traités contenaient des clauses qui étaient incompatibles avec la Constitution et lésaient les intérêts nationaux. Concrètement, il arguait que les TBIs attribuaient des compétences relevant de l'ordre juridique interne à des organismes internationaux ou supranationaux, précisant que l'inconstitutionnalité de ces traités provenait de la soumission de l'Équateur à des tribunaux (dont, pour la plupart, le siège était à Washington) qui réglaient les différends entre les entreprises étrangères et l'État sans tenir compte du droit équatorien. Ces tribunaux interprétaient la notion d'« investissement » au détriment du droit national, notamment lorsqu'ils considéraient

Disponible sur : <http://www.soitu.es/soitu/2008/01/30/info/1201652433_519098.html> (consulté le 10 mars 2015).

¹⁰⁰⁹ Voir BANCO CENTRAL DEL ECUADOR. *Inversión extranjera directa por país de origen* [en ligne]. Disponible sur : <<http://www.bce.fin.ec/index.php/component/k2/item/756>> (consulté le 10 mars 2015).

¹⁰¹⁰ RAFAEL CORREA DELGADO. *Oficio N° T.4766-SG7-09-2216*, 28 septembre 2009.

¹⁰¹¹ COMISIÓN ESPECIALIZADA N°5 DE SOBERANÍA, INTEGRACIÓN, RELACIONES INTERNACIONALES Y SEGURIDAD INTEGRAL. *Informe sobre el pedido del Presidente de la República de aprobar la denuncia de trece acuerdos bilaterales de protección recíproca de inversiones, suscritos por el Ecuador*, 4 décembre 2009, p. 4-5.

¹⁰¹² Ley Orgánica de la Función Legislativa, 8 juillet 2009 [en ligne]. *Registro Oficial órgano del gobierno del Ecuador*, suplemento n°642, 27 juillet 2009, article 108. Disponible sur : <<http://www.derechoecuador.com>> (consulté le 24 février 2015).

¹⁰¹³ La demande fut faite par la Communication N° 4766-SNJ-10-21 du 6 janvier 2010, citée dans toutes les résolutions de la Cour Constitutionnelle concernant les traités bilatéraux de référence.

que les mesures législatives prises par l'État étaient « arbitraires » ou « discriminatoires »¹⁰¹⁴. En outre, bien que la plupart des traités respectassent la souveraineté fiscale des États d'accueil des investissements, les tribunaux arbitraux passaient outre lorsqu'ils considéraient qu'une mesure fiscale était « confiscatoire »¹⁰¹⁵.

Les mêmes arguments furent avancés lors du processus de dénonciation des derniers traités, ceux conclus avec l'Espagne, l'Italie, le Pérou et la Bolivie¹⁰¹⁶. La Cour Constitutionnelle de l'Équateur analysa donc dix-sept traités bilatéraux de protection des investissements, à savoir tous ceux qui restaient après la promulgation de la Constitution de 2008. Cependant, ces analyses ne servent pas à clarifier la portée de l'article 422 de la Constitution équatorienne, disposition à l'origine des allégations d'inconstitutionnalité des TBIs, car les critères de la Cour Constitutionnelle manquent d'uniformité.

La première question à considérer dans l'examen des traités relatifs à la protection des investissements était celle de leur qualification, car le contrôle constitutionnel préalable à la dénonciation était obligatoire uniquement pour les traités qui requéraient l'approbation de l'Assemblée, ceux qui correspondaient aux cas énumérés à l'article 419 de la Constitution. À ce sujet, la Cour Constitutionnelle qualifia différemment – et souvent sans aucune explication – les TBIs, d'après trois critères de l'article 419 CN. Les traités de l'Équateur avec le Canada, l'Espagne et l'Italie furent considérés selon l'article

¹⁰¹⁴ Voir la traduction en français de la *Décision n°031-10-DTI-CC du 16 septembre 2010 concernant l'Accord pour l'encouragement et la protection des investissements conclu avec la France*, aff. 0007-10-TI dans : Rosa Amilli GUZMAN PEREZ et Racha EL HERFI. Constitutional court of Ecuador: decision on the constitutionality of the BIT Ecuador–France. *Transnational Dispute Management*, vol. 9, n°3, 2012, p. 11.

¹⁰¹⁵ Voir les arguments du président Rafael Correa dans CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR. *Décision n°020-10-DTI-CC du 24 juin 2010 concernant l'Accord pour l'encouragement et la protection des investissements conclu avec le Royaume-Uni et l'Irlande*, aff. 0008-10-TI, p. 1. *Décision n°023-10-DTI-CC du 24 juin 2010 concernant l'Accord pour l'encouragement et la protection des investissements conclu avec l'Allemagne*, aff. 0006-10-TI, p. 9. *Décision n°029-10-DTI-CC du 16 septembre 2010 concernant l'Accord pour l'encouragement et la protection des investissements conclu avec la Suède*, aff. 0002-10-TI, p. 9-10. *Décision n°035-10-DTI-CC du 7 octobre 2010 concernant l'Accord pour l'encouragement et la protection des investissements conclu avec le Canada*, aff. 0003-10-TI, p. 22. *Décision n°038-10-DTI-CC du 11 novembre 2010 concernant l'Accord pour l'encouragement et la protection des investissements conclu avec le Chili*, aff. 0010-10-TI, p. 10. *Décision n°041-10-DTI-CC du 25 novembre 2010 concernant l'Accord pour l'encouragement et la protection des investissements conclu avec le Venezuela*, aff. 0011-10-TI, p. 9.

¹⁰¹⁶ CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR. *Décision n°010-13-DTI-CC du 25 avril 2013 concernant l'Accord pour l'encouragement et la protection des investissements conclu avec l'Espagne*, aff. 0010-11-TI, p. 10-11. *Décision n°022-13-DTI-CC du 17 juillet 2013 concernant l'Accord pour l'encouragement et la protection des investissements conclu avec l'Italie*, aff. 0015-13-TI, p. 20-21. *Décision n°032-13-DTI-CC du 26 novembre 2013 concernant l'Accord pour l'encouragement et la protection des investissements conclu avec le Pérou*, aff. 0016-13-TI, p. 14. *Décision n°001-14-DTI-CC du 15 janvier 2014 concernant l'Accord pour l'encouragement et la protection des investissements conclu avec la Bolivie*, aff. 0014-13-TI, p. 14.

419(5) comme des instruments qui assujettissaient la politique économique de l'État aux conditions d'institutions financières internationales ou d'entreprises transnationales. Cette qualification se fonda sur les objectifs des TBIs, c'est-à-dire intensifier la coopération économique, dans l'intérêt des deux pays signataires, en instaurant des conditions favorables aux investisseurs. Cet objectif faisait partie des buts économiques de l'État liés au Plan National de Développement (PND)¹⁰¹⁷ 2007-2010.

Le PND, en ce qui concernait l'alignement de la politique extérieure avec la politique intérieure, comprenait en effet diverses stratégies destinées à encourager les investissements, dont la résolution des conflits avec les entreprises étrangères par des organismes juridictionnels compétents, libres de toute ingérence politique¹⁰¹⁸. Pourtant, la CC n'expliqua pas dans quel sens les TBIs conditionnaient la politique économique nationale aux exigences d'institutions financières ou d'entreprises transnationales. Les TBIs contiennent des dispositions conclues exclusivement entre les États signataires. Ainsi, la qualification de la CC venait en réalité de la façon dont les TBIs sont perçus : d'une part, comme des instruments nés des politiques néolibérales impulsées par des institutions financières comme la Banque Mondiale et le FMI qui conditionnent l'octroi d'aides financières à la mise en place de cadres favorables aux investisseurs étrangers ; d'autre part, comme des instruments utilisés par les entreprises transnationales contre les États.

Cette qualification sans véritable fondement objectif ne fut pas majoritaire ; la plupart des TBIs¹⁰¹⁹ furent qualifiés dans les termes de l'article 419(6) comme des traités qui engageaient le pays dans des accords d'intégration et de commerce. Pour la Cour Constitutionnelle, l'approbation des traités relatifs à l'encouragement et la protection des investissements nécessitait l'accord de l'Assemblée puisqu'ils portaient sur des

¹⁰¹⁷ CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR. *Décision n°035-10-DTI-CC du 7 octobre 2010 concernant l'Accord pour l'encouragement et la protection des investissements conclu avec le Canada*, aff. 0003-10-TI, p. 21-22. *Décision n°010-13-DTI-CC du 25 avril 2013 concernant l'Accord pour l'encouragement et la protection des investissements conclu avec l'Espagne*, aff. 0010-11-TI, p. 10. *Décision n°022-13-DTI-CC du 17 juillet 2013 concernant l'Accord pour l'encouragement et la protection des investissements conclu avec l'Italie*, aff. 0015-13-TI, p. 20.

¹⁰¹⁸ *Plan Nacional de Desarrollo 2007-2010 : planificación para la revolución ciudadana* [en ligne], 5.5(14)(26), p. 327-328. Disponible sur : <<http://www.buenivivir.gob.ec/versiones-plan-nacional>> (consulté le 27 mars 2015).

¹⁰¹⁹ Les traités conclus par l'Équateur avec l'Allemagne, l'Argentine, les États-Unis, la Finlande, la France, les Pays-Bas, la Suède et le Venezuela.

questions liées à des investissements, lesquels comportaient des activités à caractère commercial¹⁰²⁰.

Finalement, sept TBIs¹⁰²¹ furent qualifiés conformément à l'article 419(7) comme des traités qui attribuaient des compétences relevant de l'ordre juridique interne à un organisme international ou supranational¹⁰²². Dans la plupart de ces cas, la CC se contenta de reprendre la qualification proposée par le président Rafael Correa lors de sa requête, sans donner plus d'explications¹⁰²³. Néanmoins, le traité Équateur-Suisse ne contenait aucune disposition relative à la résolution de différends « investisseur-État¹⁰²⁴ ». La seule disposition controversée était celle qui concernait la résolution de différends entre les États signataires, disposition qui ne pouvait être qualifiée dans les termes de l'article 419(7), car la résolution de ce genre de conflits ne relevait pas de l'ordre juridique interne équatorien.

¹⁰²⁰ CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR. *Décision n°023-10-DTI-CC du 24 juin 2010 concernant l'Accord pour l'encouragement et la protection des investissements conclu avec l'Allemagne*, aff. 0006-10-TI, p. 20. *Décision n°026-10-DTI-CC du 29 juillet 2010 concernant l'Accord pour l'encouragement et la protection des investissements conclu avec la Finlande*, aff. 0001-10-TI, p. 19. *Décision n°029-10-DTI-CC du 16 septembre 2010 concernant l'Accord pour l'encouragement et la protection des investissements conclu avec la Suède*, aff. 0002-10-TI, p. 18. *Décision n°031-10-DTI-CC du 16 septembre 2010 concernant l'Accord pour l'encouragement et la protection des investissements conclu avec la France*, aff. 0007-10-TI, p. 19. *Décision n°030-10-DTI-CC du 16 septembre 2010 concernant l'Accord pour l'encouragement et la protection des investissements conclu avec les Pays-Bas*, aff. 0005-10-TI, p. 15. *Décision n°041-10-DTI-CC du 25 novembre 2010 concernant l'Accord pour l'encouragement et la protection des investissements conclu avec le Venezuela*, aff. 0011-10-TI, p. 18. *Décision n°043-10-DTI-CC du 25 novembre 2010 concernant l'Accord pour l'encouragement et la protection des investissements conclu avec les États-Unis*, aff. 0013-10-TI, p. 19. La Décision concernant l'Accord conclu avec l'Argentine ne contient aucune explication concernant la qualification du traité. Voir *Décision n°0003-013-DTI-CC du 17 janvier 2013 concernant l'Accord pour l'encouragement et la protection des investissements conclu avec l'Argentine*, aff. 0009-10-TI, p. 14-15.

¹⁰²¹ Les traités conclus par l'Équateur avec la Bolivie, le Chili, la Chine, l'Italie, le Pérou, le Royaume-Uni et la Suisse. Le traité Équateur-Italie fut le seul qualifié conformément à deux critères, dans les termes de l'article 419(5) et 419(7).

¹⁰²² CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR. *Décision n°022-13-DTI-CC du 17 juillet 2013 concernant l'Accord pour l'encouragement et la protection des investissements conclu avec l'Italie*, aff. 0015-13-TI, p. 19. *Décision n°032-13-DTI-CC du 26 novembre 2013 concernant l'Accord pour l'encouragement et la protection des investissements conclu avec le Pérou*, aff. 0016-13-TI, p. 17. *Décision n°001-14-DTI-CC du 15 janvier 2014 concernant l'Accord pour l'encouragement et la protection des investissements conclu avec la Bolivie*, aff. 0014-13-TI, p. 17.

¹⁰²³ CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR. *Décision n°020-10-DTI-CC du 24 juin 2010 concernant l'Accord pour l'encouragement et la protection des investissements conclu avec le Royaume-Uni et l'Irlande*, aff. 0008-10-TI, p. 14-15. *Décision n°027-10-DTI-CC du 29 juillet 2010 concernant l'Accord pour l'encouragement et la protection des investissements conclu avec la Chine*, aff. 0004-10-TI, p. 14. *Décision n°040-10-DTI-CC du 11 novembre 2010 concernant l'Accord pour l'encouragement et la protection des investissements conclu avec le Suisse*, aff. 0012-10-TI, p. 14. *Décision n°038-10-DTI-CC du 11 novembre 2010 concernant l'Accord pour l'encouragement et la protection des investissements conclu avec le Chili*, aff. 0010-10-TI, p. 17-18.

¹⁰²⁴ Voir *Accord entre la Confédération suisse et la République de l'Équateur relatif à la protection et l'encouragement des investissements* [en ligne], entrée en vigueur le 11 septembre 1969. Disponible sur : <<http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/1063>> (consulté le 27 mars 2015).

Les différents critères de qualification des TBIs ne furent pas la seule incohérence dans les décisions de la Cour Constitutionnelle qui ne définit pas la portée exacte de l'article 422. Selon l'article de référence :

« Il est interdit de conclure des traités internationaux dans lesquels l'État cède sa juridiction souveraine à des instances d'arbitrage international pour résoudre des différends contractuels ou de genre commercial entre l'État et des personnes privées. »¹⁰²⁵

Sans doute, l'article concerne uniquement les différends entre l'État et des personnes privées. Nonobstant, quant au mécanisme de résolution des conflits entre les États signataires des TBIs, la Cour Constitutionnelle, dans ses décisions concernant les traités avec la Bolivie, la Chine, le Pérou et le Royaume-Uni, fit observer que l'arbitrage était une institution reconnue par le droit international public pour résoudre les différends entre deux ou plusieurs États. Lorsque la voie diplomatique ne parvenait pas à résoudre les différends, le recours à l'arbitrage était indispensable, ce qui n'affectait nullement la souveraineté nationale ni la juridiction étatique. Le mécanisme de résolution des conflits interétatiques était donc conforme à l'article 416(9) CN par lequel l'Équateur reconnaissait le droit international public comme norme de conduite¹⁰²⁶. Ainsi, l'article 422 comportait deux volets : d'une part, l'acceptation de l'arbitrage, reconnu par le droit international public et donc par l'Équateur selon l'article 416(9) de sa Constitution et, d'autre part, l'interdiction expresse d'adopter des traités comportant

¹⁰²⁵ Rosa Amilli GUZMAN PEREZ et Racha EL HERFI. Constitutional court of Ecuador: decision on the constitutionality of the BIT Ecuador–France, *op. cit.*, p. 16.

¹⁰²⁶ CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR. *Décision n°020-10-DTI-CC du 24 juin 2010 concernant l'Accord pour l'encouragement et la protection des investissements conclu avec le Royaume-Uni et l'Irlande*, aff. 0008-10-TI, p. 26. *Décision n°027-10-DTI-CC du 29 juillet 2010 concernant l'Accord pour l'encouragement et la protection des investissements conclu avec la Chine*, aff. 0004-10-TI, p. 22. *Décision n°032-13-DTI-CC du 26 novembre 2013 concernant l'Accord pour l'encouragement et la protection des investissements conclu avec le Pérou*, aff. 0016-13-TI, p. 20. *Décision n°001-14-DTI-CC du 15 janvier 2014 concernant l'Accord pour l'encouragement et la protection des investissements conclu avec la Bolivie*, aff. 0014-13-TI, p. 21.

Cependant, dans les décisions concernant les traités avec le Royaume-Uni et la Bolivie, la Cour Constitutionnelle déclara d'abord que l'arbitrage entre États était accepté, mais ensuite elle confondit le contenu des articles relatifs aux conflits entre États avec ceux relatifs à la résolution des conflits « investisseur-État », considérant aussi les premiers comme inconstitutionnels sans raison apparente et contrairement aux raisonnements exposés dans le corps des décisions. De même, dans la décision concernant le TBI Équateur-Pérou, la Cour confondit l'article sur le mécanisme de solution des différends État-État (article 9 du TBI) avec celui sur le règlement des différends « investisseur-État » (article 8). La Cour effectua donc son analyse par rapport à l'article 9 comme si la disposition traitait du mécanisme de solution des différends entre les investisseurs et l'État, déclarant finalement l'inconstitutionnalité de l'article 9 au lieu de celle de l'article 8.

la cession de la juridiction nationale dans la résolution de conflits « investisseur-État¹⁰²⁷ ».

Cette interprétation constitua le critère minoritaire de l'ensemble des analyses de la Cour Constitutionnelle concernant les TBI soumis à son contrôle. Cette dernière évita l'examen du sujet dans trois de ces résolutions¹⁰²⁸ mais dans les neuf autres décisions¹⁰²⁹ elle déclara inconstitutionnelles les dispositions relatives à la résolution des conflits entre les États concernés par les traités.

Souvent, la Cour se contenta de signaler que l'analyse concernant les dispositions relatives à la résolution des différends entre les investisseurs et l'État était applicable au mécanisme interétatique¹⁰³⁰. En général, elle considéra que la soumission de l'État à des instances d'arbitrage international pour résoudre des conflits dérivés d'un TBI – que cela fût avec un investisseur ou avec l'autre État signataire du traité – était interdite par l'article 422 avec la seule exception prévue dans les deuxième et troisième paragraphes de la même disposition constitutionnelle :

« Font exception à cette interdiction les traités et les instruments internationaux qui établissent la compétence des tribunaux arbitraux régionaux ou des organes juridictionnels désignés par les signataires desdits traités, pour les différends entre l'État et des citoyens d'Amérique Latine. Les juges d'un État ne peuvent intervenir si cet État ou un ressortissant de cet État est partie prenante du litige.

¹⁰²⁷ *Décision n°020-10-DTI-CC du 24 juin 2010, supra*, p. 27. *Décision n°027-10-DTI-CC du 29 juillet 2010, supra*, p. 24. *Décision n°032-13-DTI-CC du 26 novembre 2013, supra*, p. 21-22. *Décision n°001-14-DTI-CC du 15 janvier 2014, supra*, p. 22.

¹⁰²⁸ Ce fut le cas des décisions concernant les traités conclus par l'Équateur avec l'Espagne, l'Italie et la Finlande.

¹⁰²⁹ Les décisions concernant les traités conclus par l'Équateur avec l'Allemagne, l'Argentine, le Chili, les États-Unis, la France, les Pays-Bas, la Suède, la Suisse et le Venezuela. Pour celle concernant le TBI Équateur-Canada, la CC déclara inconstitutionnel l'article XIV de l'accord qui portait sur les consultations et l'échange d'information entre les États signataires. Nous supposons que la Cour souhaitait en fait déclarer l'inconstitutionnalité du mécanisme État-État lorsqu'elle parlait de l'inconstitutionnalité de l'article XIV en raison de l'arbitrage, mais par manque d'analyse plus concrète nous avons décidé de ne pas classer cette décision comme une décision d'inconstitutionnalité du mécanisme État-État.

¹⁰³⁰ CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR. *Décision n°029-10-DTI-CC du 16 septembre 2010 concernant l'Accord pour l'encouragement et la protection des investissements conclu avec la Suède, aff. 0002-10-TI*, p. 21. *Décision n°031-10-DTI-CC du 16 septembre 2010 concernant l'Accord pour l'encouragement et la protection des investissements conclu avec la France, aff. 0007-10-TI*, p. 25. *Décision n°030-10-DTI-CC du 16 septembre 2010 concernant l'Accord pour l'encouragement et la protection des investissements conclu avec les Pays-Bas, aff. 0005-10-TI*, p. 18-19. *Décision n°043-10-DTI-CC du 25 novembre 2010 concernant l'Accord pour l'encouragement et la protection des investissements conclu avec les États-Unis, aff. 0013-10-TI*, p. 25. *Décision n°0003-013-DTI-CC du 17 janvier 2013 concernant l'Accord pour l'encouragement et la protection des investissements conclu avec l'Argentine, aff. 0009-10-TI*, p. 20.

S'agissant des différends relatifs à la dette extérieure, l'État équatorien favorisera des solutions arbitrales en fonction de l'origine de la dette, en conformité avec les principes de transparence, d'équité et de justice internationale. »¹⁰³¹

Pour la Cour Constitutionnelle, l'article 422 ne définissait pas la catégorie d'instances arbitrales interdites et elle en conclut donc que l'article faisait référence à toutes les instances non régionales ou non comprises dans les exceptions prévues par l'article 422¹⁰³². Ainsi, contrairement à l'argument qui soutenait la constitutionnalité du mécanisme de résolution des différends entre les États signataires des traités, la Cour considéra que, bien que l'arbitrage soit reconnu par le droit international public et que de ce fait il soit absolument valable lorsque les parties concernées le décidaient, cette validité était soumise à une condition : l'arbitrage ne devait pas porter atteinte aux normes expresses d'interdiction¹⁰³³, en l'occurrence à celles contenues dans l'article 422 de la Constitution.

La Cour Constitutionnelle ne tint donc compte que du premier énoncé de l'article 422 : « Il est interdit de conclure des traités internationaux dans lesquels l'État cède sa juridiction souveraine à des instances d'arbitrage international. » La Cour ignora complètement la partie suivante du premier paragraphe de l'article 422 qui qualifiait d'une part, *ratione materiae*, le genre de conflits pour lesquels la cession de juridiction était interdite – les différends contractuels ou de genre commercial – et qui, d'autre part, spécifiait, *ratione personae*, que l'interdiction concernait les différends « entre l'État et des personnes privées ». Le mécanisme de résolution des conflits entre États n'était pas concerné par l'article constitutionnel 422.

En outre, la Cour se trompa dans son interprétation de l'exception contenue dans le deuxième paragraphe de l'article 422. Elle considéra que parce que l'objectif des TBIs analysés n'était pas l'intégration régionale mais la protection des investissements, ces traités n'étaient pas inclus dans l'exception exclusivement applicable aux « traités

¹⁰³¹ Rosa Amilli GUZMAN PEREZ et Racha EL HERFI. Constitutional court of Ecuador: decision on the constitutionality of the BIT Ecuador–France, *op. cit.*, p. 16.

¹⁰³² CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR. *Décision n°040-10-DTI-CC du 11 novembre 2010 concernant l'Accord pour l'encouragement et la protection des investissements conclu avec le Suisse*, aff. 0012-10-TI, p. 20. *Décision n°038-10-DTI-CC du 11 novembre 2010 concernant l'Accord pour l'encouragement et la protection des investissements conclu avec le Chili*, aff. 0010-10-TI, p. 24.

¹⁰³³ CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR. *Décision n°040-10-DTI-CC du 11 novembre 2010*, *supra*, p. 18. *Décision n°038-10-DTI-CC du 11 novembre 2010*, *supra*, p. 23.

régionaux »¹⁰³⁴. Pourtant, le texte constitutionnel ne contient aucune référence exclusive aux traités régionaux mais l'exception permet la soumission de l'État à des tribunaux arbitraux internationaux dans la résolution des conflits contractuels ou commerciaux avec des personnes privées dans deux cas :

1. Que la cession de la juridiction de l'État soit faite à des tribunaux régionaux, ou
2. Qu'elle soit accordée à des organes juridictionnels désignés par les signataires des traités – qui pourraient bien désigner le CIRDI – exclusivement pour des différends entre l'État et des citoyens d'Amérique latine.

Conformément à la seconde exception de l'article 422, tous les traités bilatéraux de protection des investissements signés avec des pays latino-américains – avec l'Argentine, le Venezuela, le Chili, la Bolivie et le Pérou – comportant un mécanisme de résolution des différends entre leurs investisseurs et l'État, auraient pu être déclarés conformes à la Constitution. Cependant, la Cour omit l'analyse de l'exception dans son examen des traités conclus avec l'Argentine, la Bolivie et le Pérou. Quant au traité signé avec le Venezuela, elle conclut – en raison de la nature du traité – que l'exception n'était pas applicable puisque le traité en question n'avait pas pour but l'intégration régionale¹⁰³⁵ ; concernant le traité signé avec le Chili, elle considéra que l'article 422 interdisait toutes les instances non régionales¹⁰³⁶.

Les analyses de la Cour Constitutionnelle, loin de constituer de véritables examens sur la portée des articles constitutionnels supposément controversés, et des dispositions des TBIs, témoignent d'une volonté politique d'appuyer la dénonciation de ces traités qu'encourageait par ailleurs le Président équatorien. Dans certaines décisions, la Cour reprend les arguments de l'Exécutif déclarant que l'Équateur étant soumis à

¹⁰³⁴ CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR. *Décision n°023-10-DTI-CC du 24 juin 2010 concernant l'Accord pour l'encouragement et la protection des investissements conclu avec l'Allemagne*, aff. 0006-10-TI, p. 30. *Décision n°029-10-DTI-CC du 16 septembre 2010 concernant l'Accord pour l'encouragement et la protection des investissements conclu avec la Suède*, aff. 0002-10-TI, p. 21. *Décision n°031-10-DTI-CC du 16 septembre 2010 concernant l'Accord pour l'encouragement et la protection des investissements conclu avec la France*, aff. 0007-10-TI, p. 24. *Décision n°041-10-DTI-CC du 25 novembre 2010 concernant l'Accord pour l'encouragement et la protection des investissements conclu avec le Venezuela*, aff. 0011-10-TI, p. 23. *Décision n°043-10-DTI-CC du 25 novembre 2010 concernant l'Accord pour l'encouragement et la protection des investissements conclu avec les États-Unis*, aff. 0013-10-TI, p. 26.

¹⁰³⁵ CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR. *Décision n°041-10-DTI-CC du 25 novembre 2010*, *supra*, p. 23.

¹⁰³⁶ CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR. *Décision n°038-10-DTI-CC du 11 novembre 2010*, *supra*, p. 24.

l'arbitrage international, il ne serait pas étrange de vivre des situations – comme celles décrites par le Président de la République – où, dans la résolution des différends entre des entreprises étrangères et l'État équatorien, le concept d'investissement serait privilégié. Cela se ferait au détriment de l'ordonnement juridique interne qui serait bouleversé du fait que les tribunaux pourraient considérer que les mesures législatives prises par l'État seraient « arbitraires » ou « discriminatoires » ou pourraient qualifier une mesure fiscale de « confiscatoire »¹⁰³⁷. Pour la Cour Constitutionnelle, les résolutions des tribunaux arbitraux pouvaient en effet affecter gravement l'État équatorien¹⁰³⁸, l'intention du Président de dénoncer les traités en question étant donc justifiée.

La reprise des arguments du Président Correa, l'absence de rigueur juridique, les erreurs évidentes et les décisions incongrues de la Cour Constitutionnelle¹⁰³⁹ finissent par remettre en question l'indépendance de la Cour, souvent accusée de servir les

¹⁰³⁷ CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR. *Décision n°035-10-DTI-CC du 7 octobre 2010 concernant l'Accord pour l'encouragement et la protection des investissements conclu avec le Canada*, aff. 0003-10-TI, p. 27. *Décision n°010-13-DTI-CC du 25 avril 2013 concernant l'Accord pour l'encouragement et la protection des investissements conclu avec l'Espagne*, aff. 0010-11-TI, p. 14-15. *Décision n°022-13-DTI-CC du 17 juillet 2013 concernant l'Accord pour l'encouragement et la protection des investissements conclu avec l'Italie*, aff. 0015-13-TI, p. 25.

¹⁰³⁸ CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR. *Décision n°023-10-DTI-CC du 24 juin 2010 concernant l'Accord pour l'encouragement et la protection des investissements conclu avec l'Allemagne*, aff. 0006-10-TI, p. 31. *Décision n°026-10-DTI-CC du 29 juillet 2010 concernant l'Accord pour l'encouragement et la protection des investissements conclu avec la Finlande*, aff. 0001-10-TI, p. 22. *Décision n°029-10-DTI-CC du 16 septembre 2010 concernant l'Accord pour l'encouragement et la protection des investissements conclu avec la Suède*, aff. 0002-10-TI, p. 22. *Décision n°030-10-DTI-CC du 16 septembre 2010 concernant l'Accord pour l'encouragement et la protection des investissements conclu avec les Pays-Bas*, aff. 0005-10-TI, p. 19. *Décision n°041-10-DTI-CC du 25 novembre 2010 concernant l'Accord pour l'encouragement et la protection des investissements conclu avec le Venezuela*, aff. 0011-10-TI, p. 21.

¹⁰³⁹ Dans la décision concernant le TBI avec les États-Unis, la CC déclara inconstitutionnel l'article VI(2)(a) qui portait sur la soumission des différends en matière d'investissement aux tribunaux judiciaires ou administratifs de l'État concerné par le différend, ce qui était parfaitement conforme à la Constitution nationale. Dans la décision concernant le TBI Équateur-Canada, la CC déclara inconstitutionnel l'article XIV de l'accord qui portait sur les consultations et l'échange d'information entre les États signataires. La Cour souhaitait en fait déclarer l'inconstitutionnalité du mécanisme État-État contenu dans l'article XV du TBI. Dans la décision concernant le TBI Équateur-Suisse, la CC mentionna le CIRDI mais le TBI ne contenait aucune disposition sur l'arbitrage investisseur-État et donc aucun rapport avec le CIRDI. Ce traité fut déclaré contraire à l'article 422 de la Constitution équatorienne sur le fondement de l'article 7 concernant la résolution des conflits entre les États signataires du traité, article analysé par la Cour comme s'il portait sur la résolution de conflits investisseur-État. Dans la décision concernant le TBI Équateur-Pérou, la CC confondit l'article sur le mécanisme de résolution des différends entre États avec celui concernant les conflits « investisseur-État » déclarant donc l'inconstitutionnalité du premier au lieu du deuxième. Dans les décisions concernant les TBIs avec le Royaume-Uni et avec la Bolivie, la CC déclara l'inconstitutionnalité des articles concernant la résolution des différends entre États contrairement aux arguments exposés qui soutenaient sa constitutionnalité.

Outre les inconsistances relatives à la constitutionnalité ou l'inconstitutionnalité du mécanisme de résolution des conflits entre les États signataires des traités, les décisions de la Cour Constitutionnelles n'étaient pas non plus uniformes dans leurs recommandations. Dans huit de ses décisions, la CC recommandait la renégociation du traité ou la dénonciation des seuls articles contraires à la Constitution nationale, contrairement aux autres neuf décisions où elle recommandait la dénonciation totale du traité.

intérêts de l'Exécutif¹⁰⁴⁰. « Le contrôle de la constitutionnalité des instruments juridiques [ayant] toujours une dimension politique »¹⁰⁴¹, la Cour Constitutionnelle semblait justifier la dénonciation des traités concernés, laquelle répondait aux objectifs de la politique de la « Révolution Citoyenne ».

Cependant, les déclarations d'inconstitutionnalité de la Cour ne constituèrent que le premier pas de la dénonciation. Tous les traités – à l'exception de celui signé avec l'Italie – accompagnés des décisions de la Cour Constitutionnelle furent soumis à l'examen de l'Assemblée Nationale qui devait statuer sur la recevabilité de leurs dénonciations. Des dix-sept traités analysés par la CC, à cette date, seule la dénonciation de cinq d'entre eux – ceux avec l'Allemagne, le Royaume-Uni, la Finlande, la Suède et la France – a été approuvée par l'Assemblée Nationale, l'analyse des autres étant encore en cours¹⁰⁴².

¹⁰⁴⁰ L'indépendance de la Cour Constitutionnelle fut remise en cause depuis sa constitution définitive en novembre 2012 (auparavant, elle était dans une période de transition) en raison du processus de sélection des juges considéré comme hautement politisé. Voir Nathaniel PARISH FLANNERY. Concerns arise over new Constitutional Court judges in Ecuador [en ligne]. *Americas Society / Council of the Americas*. Publié le 10 octobre 2012. Disponible sur : <<http://www.as-coa.org/articles/concerns-arise-over-new-constitutional-court-judges-ecuador>> (consulté le 31 mars 2015). PAIS tiene el control sobre la nueva CC [en ligne]. *La Hora*. Publié le 31 octobre 2012. Disponible sur : <<http://www.lahora.com.ec/index.php/noticias/show/1101415584#.VRqKgmbYekE>> (consulté le 31 mars 2015).

En 2014, la Cour autorisa que les amendements constitutionnels qui permettaient la réélection de l'Exécutif fussent approuvés par le Congrès – avec une majorité du parti gouvernemental – sans recours à un referendum comme l'exigeait l'opposition, décision fortement critiquée. Voir Para oposición los fallos de la Corte Constitucional favorecen al gobierno [en ligne]. *El Universo*. Publié le 28 décembre 2014. Disponible sur : <<http://www.eluniverso.com/noticias/2014/12/28/nota/4382796/oposicion-fallos-corte-favorecen-gobierno>> (consulté le 31 mars 2015). Corte Constitucional abre la vía a la reelección de Correa [en ligne]. *Radio Francia Internacional en español*. Publié le 2 novembre 2014. Disponible sur : <<http://www.espanol.rfi.fr/americas/20141101-la-corte-constitucional-abre-la-la-reeleccion-indefinida-de-correa>> (consulté le 31 mars 2015). William COSTA. Ecuador : Constitutional Court says 'no' to referendum on Correa's amendments [en ligne]. *Pulsamerica*. Publié le 3 novembre 2014. Disponible sur : <<http://www.pulsamerica.co.uk/2014/11/03/ecuador-constitutional-court-says-no-to-referendum-on-correas-amendments>> (consulté le 31 mars 2015). Voir aussi à propos de la validation par la Cour Constitutionnelle de la loi sur les médias : Équateur : validation d'une loi contestée sur les médias [en ligne]. *Le Monde*. Publié le 18 septembre 2014. Disponible sur : <http://www.lemonde.fr/ameriques/article/2014/09/18/equateur-validation-d-une-loi-contestee-sur-les-medias_4489319_3222.html> (consulté le 31 mars 2015).

¹⁰⁴¹ Ricardo HARO. El control de constitucionalidad comparado y el rol paradigmático de las cortes y tribunales constitucionales. *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*. 2004, vol. 1, p. 67.

¹⁰⁴² Ces informations furent vérifiées le 31 mars 2015 sur le site web de l'Assemblée Nationale de l'Équateur qui contient une liste des démarches en cours concernant les traités internationaux signés par l'Équateur. Voir ASAMBLEA NACIONAL REPÚBLICA DEL ECUADOR. *Trámite general de los tratados e instrumentos internacionales*. <<http://www.asambleanacional.gob.ec/es/tramite-general-tratados-instrumentos-internacionales-agosto2009>> (consulté le 31 mars 2015).

Chapitre 2. La dénonciation de la Convention de Washington : conséquences et perspectives.

La Bolivie, l'Équateur et le Venezuela dénoncèrent la Convention de Washington afin de ne plus être soumis aux tribunaux du CIRDI. Pourtant, il reste à analyser les conséquences de ces dénonciations qui, en fonction de différents facteurs, pourraient ne pas entraver la juridiction du Centre (Section 1). En outre, le rejet de l'arbitrage CIRDI a suscité des questions au sujet du système arbitral que les pays détracteurs de la Convention seraient prêts à accepter. Par ailleurs, les perspectives de la région en ce qui concerne la résolution des différends en matière d'investissement étranger seront aussi abordées (Section 2).

Section 1. Les incidences de la dénonciation de la Convention de Washington sur la juridiction du CIRDI.

La dénonciation de la Convention de Washington semblait, à première vue, le meilleur choix pour les pays qui ne souhaitent plus être soumis aux arbitrages du CIRDI. Néanmoins, la dénonciation de cet instrument international a montré ses limites : le CIRDI enregistra l'affaire Pan American Energy contre la Bolivie presque trois ans après la prise d'effet de la dénonciation de ce pays¹⁰⁴³.

Les conséquences de la dénonciation de la Convention seront donc étudiées selon deux perspectives : la première analysera la condition nécessaire pour que le Centre soit reconnu compétent, à savoir l'appartenance de l'État à la Convention (§1) ; la seconde traitera la question du consentement par les parties de l'arbitrage CIRDI (§2).

¹⁰⁴³ L'affaire Pan American Energy LLC contre la Bolivie fut enregistrée le 12 avril 2010 (affaire CIRDI N°ARB/10/8). La dénonciation de la Convention de Washington par la Bolivie avait pris effet le 3 novembre 2007.

§1. Le différend concernant un État qui n'est plus membre du CIRDI excéderait-il manifestement la compétence du Centre ?

A. La définition d'un État contractant : la compétence *ratione personae* du CIRDI.

La conséquence évidente de la dénonciation de la Convention de Washington est la perte par le pays concerné de son statut d'État membre. Conformément à l'article 25 de la Convention CIRDI, « [p]our qu'un différend relève de la compétence du Centre, il faut qu'une des parties soit un État contractant... et que l'autre partie soit un "ressortissant d'un autre État contractant" »¹⁰⁴⁴ : l'accès au CIRDI est donc subordonné à la qualité de partie signataire de la Convention¹⁰⁴⁵. Ainsi, la dénonciation de la Convention impliquerait que le Centre n'a plus de juridiction pour résoudre des différends concernant un État qui a cessé d'être membre de cette Convention¹⁰⁴⁶. En conséquence, le Secrétaire du CIRDI – chargé d'opérer un tri lorsqu'il reçoit les requêtes d'arbitrage – refuserait d'enregistrer ces différends, car ils ne relèveraient plus de la compétence du Centre.

Le contrôle de l'appartenance à la Convention de Washington de l'État défendeur serait donc le premier filtre pour que soient enregistrées les requêtes présentées devant le CIRDI. D'après l'article 36(3) « [l]e Secrétaire général doit enregistrer la requête sauf s'il estime au vu des informations contenues dans la requête que le différend excède manifestement la compétence du Centre. » Il prend la première décision au sujet de la compétence du Centre afin de :

« [É]viter l'embarras qui pourrait résulter pour une partie (particulièrement un État) de l'introduction de procédures dirigées contre elle à l'occasion d'un différend qu'elle n'a pas accepté de soumettre au Centre, ainsi que la possibilité de faire jouer les mécanismes du Centre lorsque, pour d'autres raisons, le différend excède clairement la compétence du Centre, par exemple lorsque le demandeur ou l'autre

¹⁰⁴⁴ CENTRE INTERNATIONAL POUR LE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS RELATIFS AUX INVESTISSEMENTS. *Rapport des Administrateurs sur la Convention pour le Règlement des Différends Relatifs aux Investissements entre États et Ressortissants d'Autres États*. CIRDI, 1965, p. 7-8.

¹⁰⁴⁵ Sébastien MANCIAUX. *Investissements étrangers et arbitrage entre États et ressortissants d'autres États: trente années d'activité du CIRDI*. Paris : Litec-CREDIMI, 2004, p. 113.

¹⁰⁴⁶ Le site internet du CIRDI permet de consulter la liste des États membres de la Convention. Suivant une démarche assez simple, la vérification du statut de l'État concerné peut être faite avant d'adresser une requête au CIRDI, ce qui décourage toute requête contre un État qui n'y figure pas.

partie n'ont pas qualité pour être parties aux procédures prévues par la Convention »¹⁰⁴⁷.

Le pouvoir du Secrétaire Général de refuser l'enregistrement d'un différend se limite donc aux cas où l'irrecevabilité de la requête serait indubitable. Il vérifie, mais uniquement de manière formelle, que sont remplies trois conditions : que les parties concernées par le différend soient un État contractant et un ressortissant d'un autre État contractant, que les parties aient donné leur consentement à l'arbitrage du Centre et que le différend concerne un investissement. Ainsi, l'absence de compétence du Centre doit être tellement évidente que la requête ne mérite pas l'examen d'un tribunal¹⁰⁴⁸ : ce serait le cas, entre autres, lorsque le différend concerne un État non contractant du CIRDI¹⁰⁴⁹.

Tenant compte de la définition stricte d'« État contractant » et du contenu des articles 25(1) et 36(3), le Secrétaire Général aurait enregistré uniquement les requêtes présentées contre la Bolivie entre le 23 juillet 1995, date d'entrée en vigueur de la Convention, et le 3 novembre 2007, six mois après la réception de sa notification de dénonciation¹⁰⁵⁰. Pourtant, le 12 avril 2010 le Centre enregistra une requête de la compagnie Panamerican Energy LLC contre la Bolivie, presque trois ans après la prise

¹⁰⁴⁷ CENTRE INTERNATIONAL POUR LE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS RELATIFS AUX INVESTISSEMENTS. *Rapport des Administrateurs sur la Convention, op. cit.*, p. 10.

¹⁰⁴⁸ Voir à propos du contrôle *prima facie* exercé par le Secrétaire Général du CIRDI : Christoph H. SCHREUER. *The ICSID Convention : A commentary*. 2^{ème} éd. Cambridge : Cambridge University Press, 2009, p. 468-470, 939. Sébastien MANCIAUX. *Investissements étrangers et arbitrage entre États et ressortissants d'autres États: trente années d'activité du CIRDI*. Paris : Litec-CREDIMI, 2004, p. 33-35. Hamid GHARAVI. Le Secrétaire Général du CIRDI. In : Ferhat HORCHANI (dir.). *CIRDI, quarante ans après : bilan d'un système*. Paris : Pedone, 2011, p. 156-161. Eloïse OBADIA et Frauke NITSCHKE. Institutional arbitration and the role of the Secretariat. In: Chiara GIORGETTI (éd.). *Litigating international investment disputes: a practitioner's guide*. Leiden : Martinus Nijhoff Publishers, 2014, p. 86-88. Antonio R. PARRA. The screening power of the ICSID Secretary-General. *News from ICSID*, 1985, vol. 2, n°2, p. 10-13. Stephen D. SUTTON. Emilio Augustin Maffezini v. Kingdom of Spain and the ICSID Secretary General's screening power. *Arbitration International*, 2005, vol. 21, n°1, p. 113-126. Sergio PUIG et Chester BROWN. The Secretary-General's power to refuse to register a request for arbitration under the ICSID Convention. *ICSID Review*, 2012, vol. 27, n°1, p. 172-191.

¹⁰⁴⁹ Voir Sébastien MANCIAUX. *Investissements étrangers et arbitrage entre États et ressortissants d'autres États, op. cit.* Eloïse OBADIA et Frauke NITSCHKE, *op. cit.* Sergio PUIG et Chester BROWN, *op. cit.* Antonio R. PARRA, *op. cit.*

¹⁰⁵⁰ La Bolivie n'est plus enregistrée comme État membre de la Convention mais les informations sur les dates de signature, la ratification, la dénonciation de la Convention et la prise d'effet de la dénonciation sont spécifiées en note au bas de la dernière page de la liste des États membres. Il en est de même pour les informations concernant les dates de validité de la Convention pour l'Équateur et le Venezuela. Voir CENTRE INTERNATIONAL POUR LE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS RELATIFS AUX INVESTISSEMENTS. *Liste des États contractants et signataires de la Convention (au 11 avril 2014)* [en ligne]. Disponible sur : <<https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/icsiddocs/Pages/List-of-Member-States.aspx>> (consulté le 6 février 2015).

d'effet de la dénonciation de ce pays. La détermination de la juridiction du CIRDI est en effet beaucoup plus complexe que la simple vérification du statut d'un État, en tout cas en ce qui concerne les États qui ont cessé d'être « États contractants ». À ce sujet, l'article 72 de la Convention de Washington énonce ce qui suit :

« Aucune notification par un État contractant en vertu des articles 70 et 71 ne peut porter atteinte aux droits et obligations dudit État, 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. »

Ainsi, un différend concernant un État qui n'est plus membre du CIRDI ne serait pas considéré comme ne relevant plus de la compétence du Centre lorsque l'investisseur accompagne sa requête du consentement écrit de l'État, donné préalablement à la réception de la notification de dénonciation de la Convention. Le Secrétaire Général, ne disposant que d'un pouvoir de contrôle formel, doit dans ce cas enregistrer le différend, car il incombera à un tribunal arbitral de déterminer sa juridiction en fonction *inter alia* de la clause arbitrale invoquée par l'investisseur.

B. Les effets *ratione temporis* de l'adhésion d'un État au CIRDI.

L'enregistrement de l'affaire Euro Telecom International (ETI) contre la Bolivie provoqua de fortes critiques contre le CIRDI. D'un côté, le gouvernement bolivien demanda au Centre de refuser l'enregistrement de l'affaire arguant que, du fait de la dénonciation de la Convention, l'État n'acceptait plus sa juridiction¹⁰⁵¹. D'un autre côté, plus de huit cent organisations civiles signèrent une pétition adressée au Président de la Banque Mondiale, dans laquelle elles demandaient de respecter la décision du gouvernement bolivien de se retirer du CIRDI et sollicitaient le rejet de la requête

¹⁰⁵¹ Damon VIS-DUNBAR, Fernando CABRERA DIAZ et Luke Eric PETERSON. ICSID registers arbitration claim in face of Bolivian objections [en ligne]. *Investment Treaty News*, publié le 15 novembre 2007. Disponible sur : <http://www.iisd.org/itn/wp-content/uploads/2010/10/itn_nov15_2007.pdf> (consulté le 15 avril 2015). Juan Pedro TOMÁS. Government asks ICSID to reject TI plea for arbitration [en ligne]. *BNamericas*, publié le 29 octobre 2007. Disponible sur : <http://www.bnamericas.com/en/news/telecommunications/Govt_asks_ICSID_to_reject_TI_plea_for_arbitration?idioma=en> (consulté le 15 avril 2015).

d'ETI¹⁰⁵² pourtant interposée avant la prise d'effet de la dénonciation de la Convention par la Bolivie.

Un État acquiert en effet la qualité d'« État contractant » de la Convention de Washington trente jours après le dépôt de son instrument de ratification, d'acceptation ou d'approbation¹⁰⁵³, et la perd six mois après la réception par le secrétariat du CIRDI d'une notification de dénonciation de la Convention¹⁰⁵⁴. À première vue, il serait possible de conclure que l'investisseur a le droit d'entamer une procédure arbitrale uniquement durant cette période, à savoir après la prise d'effet de la ratification de la Convention et avant que ne prenne effet sa dénonciation. Cependant, la Convention de Washington définit deux paramètres différents quant à la possibilité de soumettre des différends à la juridiction du Centre : un pour les États en vue de devenir « contractants » et un autre pour ceux qui ont cessé de l'être.

En ce qui concerne les premiers, la Convention exige qu'à la date d'engagement de la procédure arbitrale l'État détienne la qualité d'« État contractant ». Le Secrétaire Général du Centre tiendra donc compte de la date de l'interposition de la requête et non de la date de l'acceptation de la juridiction. Ainsi, un État peut consentir à l'arbitrage du Centre sans en être encore État membre, mais aucune requête ne pourra être acceptée contre lui tant que la condition de l'article 25(1) ne sera pas remplie¹⁰⁵⁵. L'appartenance au CIRDI peut donc être comparée à la désignation auprès du Centre d'une collectivité publique ou d'un organisme dépendant de l'État qui « devrait logiquement être faite, au plus tard, au moment où la requête est déposée auprès du Centre, faute de quoi le secrétaire général du CIRDI pourrait être amené à la rejeter sur le fondement de l'article 28(3) ou 36(3) »¹⁰⁵⁶.

En revanche, pour les États qui n'ont plus la qualité de « contractants » de la Convention, la date décisive pour établir la juridiction du Centre est celle du consentement à l'arbitrage. D'après l'article 72 de la Convention CIRDI, la

¹⁰⁵² Voir Martin KHOR. 863 ONG presentan petición al líder del Banco Mundial contra el tribunal de inversiones [en ligne]. *IFIs Latin American Monitor*, publié le 18 janvier 2008. Disponible sur : <<http://ifis.choike.org/esp/informes/837.html>> (consulté le 15 avril 2015).

¹⁰⁵³ Article 68(2) de la Convention CIRDI.

¹⁰⁵⁴ Article 71 de la Convention CIRDI.

¹⁰⁵⁵ SCHREUER Christoph H. *The ICSID Convention : A commentary*, *op. cit.*, p. 144-145.

¹⁰⁵⁶ Sébastien MANCIAUX. *Investissements étrangers et arbitrage entre États et ressortissants d'autres États*, *op. cit.*, p. 118.

dénonciation ne peut pas porter atteinte aux droits et aux obligations des États selon les termes de la Convention qui découlent d'un consentement à la compétence du Centre. La date de ce dernier suppose donc la naissance de certains droits et obligations qui doivent être respectés même après que prend effet la dénonciation. L'article 72 comporte donc une exception à l'article 25(1) de la Convention¹⁰⁵⁷ qui exige que les parties du différend soient un État contractant ou un ressortissant d'un État contractant : cette disposition étend dans le temps les effets juridiques de l'acquisition du statut d'« État contractant » de la Convention.

Finalement, la dénonciation de la Convention CIRDI ne suffit pas à elle seule à écarter la compétence du Centre. Les différends concernant un ancien État membre de la Convention relèveraient – de ce seul fait – de la compétence du Centre. Ainsi, le contrôle opéré par le Secrétaire du CIRDI, n'étant « qu'un contrôle *prima facie* qui doit seulement le conduire à vérifier, *a priori*, la faculté pour les parties de recourir aux mécanismes de règlement des différends offerts par le CIRDI »¹⁰⁵⁸, n'empêcherait pas l'enregistrement de l'affaire, le tribunal arbitral constitué ayant à décider de sa compétence¹⁰⁵⁹. Pour ce faire, l'analyse des conditions de la compétence du Centre devra s'effectuer selon l'article 72 de la Convention qui lie inexorablement l'appartenance au CIRDI et le consentement de l'État à l'arbitrage. La juridiction du Centre, se limiterait-elle aux controverses où les consentements de l'État et de l'investisseur furent manifestés avant la dénonciation de la Convention ? Ou, en revanche, les investisseurs pourraient-ils continuer à recourir à l'arbitrage CIRDI tant qu'un TPPI contenant une offre d'arbitrage de l'État en cause serait encore en vigueur ?

¹⁰⁵⁷ Oscar M. GARIBALDI. On the denunciation of the ICSID Convention, consent to ICSID jurisdiction, and the limits of the contract analogy. *Transnational Dispute Management*, 2009, vol. 6., p. 13. Christian TIETJE, Karsten NOWROT et Clemens WACKERNAGEL. Once and forever? The legal effects of a denunciation of ICSID. *Transnational Dispute Management*, 2009, vol. 6, n°1, p. 7.

¹⁰⁵⁸ Sébastien MANCIAUX. *Investissements étrangers et arbitrage entre États et ressortissants d'autres États*, *op. cit.*, p. 34.

¹⁰⁵⁹ « La procédure de filtrage instituée n'empêche en effet pas les tribunaux arbitraux une fois constitués de vérifier leur compétence de leur propre initiative ». *Ibidem*, p. 35. Voir l'Article 41(1) de la Convention de Washington et l'article 41(2) du Règlement d'arbitrage du CIRDI.

§2. Les incidences de la dénonciation sur le consentement à l'arbitrage du CIRDI.

A. La qualification du consentement protégé par l'article 72 de la Convention de Washington.

Le texte de l'article 72 de la Convention de Washington limite donc les effets de la dénonciation. Cette disposition, concorde avec l'article 70(1) de la Convention de Vienne concernant les effets de l'extinction d'un traité :

« 1. À 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 État dénonce un traité multilatéral ou s'en retire, le paragraphe 1 s'applique dans les relations entre cet État et chacune des autres parties au traité à partir de la date à laquelle cette dénonciation ou ce retrait prend effet. »

Dans le cas de la Convention de Washington, les droits et obligations « créés » et donc protégés des effets de la dénonciation, sont ceux qui découlent d'un consentement à la compétence du Centre manifesté avant la réception par le CIRDI de la notification de dénonciation. La question se pose alors à propos de la qualification du « consentement » qui sert de point de départ de la clause de survie de la Convention.

Pour certains auteurs, l'article 72 fait référence au consentement « parfait » né de la rencontre de volontés investisseur-État¹⁰⁶⁰ exprimées soit par une clause arbitrale contractuelle, soit par l'acceptation de l'investisseur de l'offre d'arbitrage d'un État, par exemple, à travers l'interposition d'une requête devant le CIRDI. L'article 72

¹⁰⁶⁰ Voir Christoph H. SCHREUER. *The ICSID Convention : A commentary, op. cit.*, p. 1279-1282. Walid BEN HAMIDA. La dénonciation de la Convention de Washington : un adieu ou un simple au revoir. In : Ferhat HORCHANI (dir.). *CIRDI, quarante ans après : bilan d'un système*. Paris : Pedone, 2011, p. 109-138. Julien FOURET. Denunciation of the Washington Convention and Non-Contractual Investment Arbitration: "Manufacturing Consent" to ICSID Arbitration? *Journal of International Arbitration*, 2008, vol. 25, n°1, p. 71-87. Roberto CASTRO DE FIGUEIREDO. Euro Telecom v. Bolivia: the denunciation of the ICSID Convention and ICSID arbitration under BITs. *Transnational Dispute Management*, 2009, vol. 6, n°1, 21 p. Moshe HIRSCH. *The arbitration mechanism of the International Centre for the Settlement of Investment Disputes*, Dordrecht; Boston; London: Nijhoff Publishers, 1993, p. 50.

conserverait ainsi une relation avec l'article 25(1) de la Convention selon lequel une fois que les parties donnent leur consentement, aucune d'entre elles ne peut le retirer unilatéralement¹⁰⁶¹. Seul le consentement composé par l'accord des deux parties – l'investisseur et l'État – donnerait naissance aux droits et obligations auxquels la dénonciation de la Convention ne porterait pas atteinte. Une offre étatique d'arbitrage qui n'a pas été acceptée par l'investisseur ne constituerait donc pas un « consentement » selon les termes de l'article 72 de la Convention.

Néanmoins, cette interprétation n'est pas unanime. Certains considèrent que l'accord unilatéral de l'État - offre d'arbitrage contenue dans un TPPI en vigueur – crée des droits et des obligations qui seraient protégés par cet article 72¹⁰⁶². Ainsi, le « consentement » qui y figure signifierait que l'État accepterait de se soumettre à l'arbitrage CIRDI, permettant à un investisseur d'initier une procédure au sein du CIRDI, et ce même après la prise d'effet de la dénonciation de la Convention. Pourtant, pour le professeur Gaillard, les offres d'arbitrage étatiques ne constitueraient pas toutes un consentement valable pour la clause de survie de la Convention de Washington :

« Aux fins de l'article 72, il est important de veiller à ce que la rédaction de la clause d'arbitrage dans chaque traité de protection des investissements constitue en effet le consentement préalable de l'État à la compétence du Centre. Lorsqu'un consentement inconditionnel existe, par opposition à un accord de consentir, les droits et les obligations attachés à ce consentement ne devraient pas être affectés par la dénonciation de la Convention du CIRDI »¹⁰⁶³.

La définition des conséquences du consentement étatique dépend donc de la terminologie employée dans les clauses d'arbitrage contenues dans les différents traités de protection des investissements. Le professeur Gaillard prit les TBIs conclus par la Bolivie avec l'Allemagne et les États-Unis – actuellement terminés – pour illustrer l'expression manifeste du consentement étatique à la juridiction du Centre :

¹⁰⁶¹ Article 25(1) de la Convention de Washington.

¹⁰⁶² Voir Emmanuel GAILLARD. The denunciation of the ICSID Convention. *New York Law Journal*, 2007, vol. 237, n°122. Sébastien MANCIAUX. La Bolivie se retire du CIRDI. *Transnational Dispute Management*, 2007, vol. 4, n°5. Oscar M. GARIBALDI. On the denunciation of the ICSID Convention, *op. cit.* Christian TIETJE, Karsten NOWROT et Clemens WACKERNAGEL, *op. cit.*

¹⁰⁶³ Emmanuel GAILLARD. The denunciation of the ICSID Convention, *op. cit.*, p. 3.

« Article 11 of the BIT with Germany [...] provides that, after both States have become ICSID contracting parties, the dispute “shall be submitted” to ICSID mediation and arbitration. Article IX of the Bolivia-US BIT [...] provides for ICSID arbitration as one of the many options offered to the investors, Article IX(4) stating that “[e]ach party hereby consents to the submission of any investment dispute for settlement by binding arbitration” in accordance with such choices and that such “consent... shall satisfy the requirement of Chapter II of the ICSID Convention...for written consent of the Parties to the dispute.” This expression of consent to the jurisdiction of the centre could hardly be clearer. »¹⁰⁶⁴

Néanmoins, les clauses ci-dessus mentionnées ne constituaient pas un accord de l'État le contraignant à se soumettre à la juridiction du CIRDI tant que le TBI était en vigueur, même après la prise d'effet de sa dénonciation de la Convention de Washington. L'article 11(3) du Traité entre la Bolivie et l'Allemagne contenait en réalité une condition à la juridiction du Centre :

« If both Contracting Parties are parties to the Convention of 18 March 1965 [...] any disputes between either Contracting Party and an investor, [...] shall be submitted, in accordance with the rules of the said Convention, to mediation and arbitration by the International Centre for Settlement of Investment Disputes. »¹⁰⁶⁵

Les différends « investisseur-État » pouvaient donc être soumis à la juridiction du CIRDI uniquement si les deux États signataires du TBI étaient membres de la Convention de Washington¹⁰⁶⁶. Ainsi, la prise d'effet de la dénonciation de la Convention, laquelle suppose la perte de la qualité d'« État contractant » du pays concerné, empêchait l'application de l'article 11(3) du TBI. Un investisseur allemand ne pouvait donc engager une procédure CIRDI contre la Bolivie que s'il avait accepté l'offre d'arbitrage de l'État avant la prise d'effet de la dénonciation de la Convention.

Quant au TBI conclu entre la Bolivie et les États-Unis, l'article IX(3)(a) conditionnait l'examen des différends d'investissement à la « disponibilité » du

¹⁰⁶⁴ *Ibidem*.

¹⁰⁶⁵ Federal Republic of Germany and Bolivia. *Treaty concerning the promotion and mutual protection of investments (with protocol)*. La Paz, signé le 23 mars 1987, article 11(3).

¹⁰⁶⁶ TIETJE, NOWROT et WACKERNAGE interprètent différemment la condition posée par l'article 11(3) du TBI Bolivie-Allemagne. Pour eux, la clause arbitrale du TBI oblige les États à se soumettre au CIRDI une fois qu'ils sont devenus « États contractants » de la Convention de Washington. Ainsi, une fois remplie cette condition, la clause devient inconditionnelle et donc le consentement exprimé au moyen du TBI ne peut pas être affecté par la dénonciation de la Convention. Voir Christian TIETJE, Karsten NOWROT et Clemens WACKERNAGEL, *op. cit.*, p. 29.

Centre et, en cas d'indisponibilité, le traité prévoyait le recours à son mécanisme supplémentaire, aux règles de la CNUDCI ou à d'autres règlements d'arbitrage acceptés par les parties en conflit. L'inclusion du mécanisme supplémentaire – conçu pour le règlement de différends « surgissant entre des parties dont l'une n'est ni un État contractant ni le ressortissant d'un État contractant »¹⁰⁶⁷ du CIRDI – laisse entendre que la « disponibilité » du Centre comprenait la vérification du statut de membre des deux États parties du TBI.

En outre, selon le TBI, l'accord étatique ne remplit pas à lui seul les conditions du Chapitre II de la Convention de Washington concernant le consentement à l'arbitrage¹⁰⁶⁸, mais, bien que la clause figurant à l'article IX(4) du TBI implique indubitablement l'accord étatique à l'arbitrage, ce dernier reste dépendant du choix fait par l'investisseur. Ainsi, le traité établit clairement que l'accord de l'État et la soumission du différend par l'investisseur au Centre remplissent les conditions du consentement écrit du Chapitre II de la Convention¹⁰⁶⁹.

L'article 72 comprend en effet le consentement unilatéral étatique et pas seulement le « consentement parfait ». Cependant, bien que les différents TPPI puissent contenir des offres d'arbitrage qui, suivant leur rédaction, supposent un consentement étatique manifesté de manière plus ou moins catégorique, ces offres ne survivront pas à la prise d'effet de la dénonciation de la Convention de Washington, question qui sera abordée ci-après.

Selon le professeur Schreuer, l'expression « consentement à la compétence du Centre donné par l'un d'eux » de l'article 72 ne renforce pas la théorie selon laquelle cette disposition couvre la manifestation unilatérale du consentement de l'État. Admettre cette interprétation implique que l'investisseur aurait le droit d'accepter l'offre

¹⁰⁶⁷ Voir l'Introduction du *Règlement du Mécanisme supplémentaire* du CIRDI.

¹⁰⁶⁸ Cf. Emmanuel GAILLARD. The denunciation of the ICSID Convention, *op. cit.*, p. 3. Pour Gaillard l'expression « *consent... shall satisfy the requirement of Chapter II of the ICSID Convention... for written consent of the parties to the dispute* » témoigne de l'acceptation manifeste par l'État de la juridiction du CIRDI.

¹⁰⁶⁹ « 4. Each Party hereby consents to the submission of any investment dispute for settlement by binding arbitration in accordance with the choice of the national or company under paragraph 3 (a) (i), (ii), and (iii) or the mutual agreement of both parties to the dispute under paragraph 3 (a) (iv). This consent and the submission of the dispute by a national or company under paragraph 3 (a) shall satisfy the requirement of: (a) Chapter II of the ICSID Convention (Jurisdiction of the Centre) and the Additional Facility Rules for written consent of the parties to the dispute; [...]. » *Treaty between the government of the United States of America and the government of the Republic of Bolivia concerning the encouragement and reciprocal protection of investments*. Santiago, Chile, 1998, article IX(4).

d'arbitrage de l'État aussi longtemps que celle-ci existe. En effet, « si le consentement peut résulter de la seule offre d'arbitrage exprimée dans une loi ou dans une convention internationale, l'État qui dénonce est obligé de maintenir ces offres d'arbitrage après la dénonciation et de recourir au CIRDI tant que les instruments qui contiennent ces offres sont en vigueur. »¹⁰⁷⁰ La dénonciation de la Convention de Washington deviendrait donc purement fictive, car l'existence d'une offre d'arbitrage qui pourrait être acceptée à tout moment par l'investisseur s'imposerait à elle. L'État serait ainsi soumis indéfiniment à une Convention dénoncée ce qui serait contraire au droit de retrait des États, reconnu par la Convention de Vienne sur le droit des traités¹⁰⁷¹.

L'expression « donné par l'un deux » ne vise pas en effet le consentement de l'État ou de l'investisseur étranger impliqués dans le différend¹⁰⁷², mais fait référence au consentement d'un État, d'une collectivité publique, d'un organisme dépendant de lui ou d'un de ses ressortissants. Il est donc évident que l'article 72 comprend le consentement unilatéral d'une quelconque des entités mentionnées, y compris les investisseurs ressortissants de l'État qui dénonce la Convention¹⁰⁷³.

Refuser la protection des droits et des obligations qui dérivent du consentement unilatéral de l'État manifesté avant la notification de dénonciation de la Convention pose certains problèmes. Cette interprétation empêcherait les investisseurs d'accepter – postérieurement à la date de la notification de la dénonciation – une offre d'arbitrage de l'État. En conséquence, la dénonciation aurait des effets immédiats sur ledit consentement étatique à l'arbitrage équivalant à un retrait unilatéral de l'accord étatique, en contradiction avec ses obligations contractées notamment dans le cadre des TPPIs. En outre, comme l'expose Oscar Garibaldi, l'article 72 de la Convention n'introduit aucun changement à la règle générale de l'article 71 concernant le moment de la prise d'effet de la dénonciation : cette disposition fait référence aux effets *ratione materiae* de la notification de dénonciation mais uniquement afin d'exclure certains sujets de la portée de ses effets¹⁰⁷⁴.

¹⁰⁷⁰ Walid BEN HAMIDA. La dénonciation de la Convention CIRDI, *op. cit.*, p. 117.

¹⁰⁷¹ Article 54 de la Convention de Vienne sur le droit des traités.

¹⁰⁷² Christoph H. SCHREUER. *The ICSID Convention : A commentary*, *op. cit.*, p. 1281. Walid BEN HAMIDA. La dénonciation de la Convention CIRDI, *op. cit.*, p. 120.

¹⁰⁷³ Voir dans le même sens Oscar M. GARIBALDI, *op. cit.*, p. 14.

¹⁰⁷⁴ *Ibidem*, p. 13.

Finalement, lorsque la théorie du « consentement unilatéral » est adoptée, il est admis que les investisseurs pourront se prévaloir de l'offre étatique à l'arbitrage restant à analyser si ce droit peut être exercé exclusivement au cours d'un délai de six mois avant la prise d'effet de la dénonciation, ou à tout moment tant que le TPPI à l'origine du consentement étatique est en vigueur. En revanche, les partisans de la doctrine du « consentement parfait » sont à ce sujet partagés : certains considèrent que l'investisseur ne pourra pas accepter une offre étatique d'arbitrage dans ce délai tandis que d'autres envisagent cette possibilité.

B. La limite temporelle pour qu'un investisseur puisse se prévaloir d'une offre étatique à l'arbitrage.

L'enregistrement des requêtes contre la Bolivie, l'Équateur et le Venezuela après leurs notifications de dénonciation de la Convention¹⁰⁷⁵ et même après la date de prise d'effet de la dénonciation¹⁰⁷⁶, se pose le doute quant au délai que la Convention de Washington accorde aux investisseurs pour qu'ils manifestent leur consentement à l'arbitrage et bénéficient ainsi de la protection de la clause de survie de la Convention.

L'article 72 de la Convention de Washington dispose que le consentement – dont découlent des droits et des obligations auxquels la dénonciation ne portera pas atteinte – doit être donné antérieurement à la réception de la notification de dénonciation. Selon le professeur Christoph Schreuer, l'accord de l'État manifesté unilatéralement au moyen d'un traité ou de sa législation nationale n'entraîne ni droits ni obligations au titre de la Convention¹⁰⁷⁷. Pour Schreuer, l'article 71 qui établit un délai de six mois pour la prise

¹⁰⁷⁵ *E.T.I. Euro Telecom International N.V. v. Plurinational State of Bolivia*, aff. CIRDI n°ARB/07/28, enregistré le 31 octobre 2007. *Corporación Quiport S.A. and others v. Republic of Ecuador*, aff. CIRDI n°ARB/09/23, enregistré le 30 décembre 2009. *Trasban Investments Corp. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, aff. CIRDI n°ARB/12/24, enregistré le 27 août 2012. *Tenaris S.A. and Talta v. Bolivarian Republic of Venezuela*, aff. CIRDI n°ARB/12/23, enregistré le 21 août 2012. *Venoklim Holding B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, aff. CIRDI n°ARB/12/22, enregistré le 15 août 2012. *Fábrica de Vidrios Los Andes C.A. and Owens-Illinois de Venezuela C.A. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, aff. CIRDI n°ARB/12/21, enregistré le 10 août 2012. *Blue Bank International & Trust (Barbados) Ltd. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, aff. CIRDI n°ARB/12/20, enregistré le 7 août 2012. *Ternium S.A. and Consorcio Siderurgia Amazonia S.L. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, aff. CIRDI n°ARB/12/19, enregistré le 1er août 2012. *Valle Verde Sociedad Financiera S.L. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, aff. CIRDI n°ARB/12/18, enregistré le 25 juillet 2012. *Saint-Gobain Performance Plastics Europe v. Bolivarian Republic of Venezuela*, aff. CIRDI n°ARB/12/13, enregistré le 15 juin 2012.

¹⁰⁷⁶ *Pan American Energy LLC v. Plurinational State of Bolivia*, aff. CIRDI n°ARB/10/8, enregistré le 12 avril 2010. *Highbury International AVV, Compañía Minera de Bajo Caroní AVV, and Ramstein Trading Inc. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, aff. CIRDI n°ARB/14/10, enregistré le 14 mai 2014. *Valores Mundiales, S.L. and Consorcio Andino S.L. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, aff. CIRDI n°ARB/13/11, enregistré le 6 juin 2013.

¹⁰⁷⁷ Christoph H. SCHREUER. *The ICSID Convention : A commentary*, op. cit., p. 1280.

d'effet de la dénonciation, ne permet pas à l'investisseur de manifester son consentement durant cette période¹⁰⁷⁸. Ainsi, bien que pendant les six mois prévus par l'article 71 l'État dénonçant conserve sa qualité d'État contractant, une requête d'arbitrage à son encontre ne peut être enregistrée lorsque le consentement est fondé exclusivement sur une offre d'arbitrage qui n'a pas été préalablement acceptée par l'investisseur. Cependant, la pratique arbitrale du CIRDI contredit cette théorie.

La requête d'Euro Telecom International (ETI) contre la Bolivie fut interposée après la date de réception de la notification de dénonciation de l'État et avant la date de prise d'effet de celle-ci. Le fondement principal du consentement étatique à l'arbitrage était le traité Bolivie-Pays-Bas, mais il restait à déterminer si le consentement de l'investisseur était donné par l'interposition de la requête devant le CIRDI – donc après la notification de dénonciation – ou par une lettre apparemment envoyée au gouvernement bolivien au sujet des protections conférées par le TBI, avant la notification de dénonciation mais sans aucune référence à l'arbitrage CIRDI¹⁰⁷⁹. D'après le gouvernement bolivien, le Centre n'avait plus de juridiction pour résoudre le différend car le consentement – conformé tardivement – ne jouissait pas de la protection conférée par l'article 72 de la Convention.

La question se pose donc quant à la possibilité pour l'investisseur d'accepter une offre d'arbitrage pendant les six mois qui suivent la date de réception de la notification de dénonciation de la Convention. Le tribunal de l'affaire ETI, le premier à être confronté à cette question, n'eut pas l'occasion de se prononcer suite au transfert de la procédure à un arbitrage *ad hoc*. Cependant, le tribunal CIRDI de l'affaire Venoklim Holding B.V. contre le Venezuela a récemment analysé la question¹⁰⁸⁰.

Venoklin interposa sa requête d'arbitrage, manifestant ainsi son consentement à la juridiction du CIRDI, le 23 juillet 2012 soit presque six mois après la date de réception de la notification de dénonciation faite par le Venezuela. L'État arguait que l'investisseur aurait dû exprimer son consentement à l'arbitrage avant le 24 janvier 2014

¹⁰⁷⁸ *Ibidem*, p. 1281.

¹⁰⁷⁹ Walid BEN HAMIDA. La dénonciation de la Convention de Washington : un adieu ou un simple au revoir, *op. cit.*, p. 125-126. Roberto CASTRO DE FIGUEIREDO, *op. cit.*, p. 13. Damon VIS-DUNBAR, Fernando CABRERA DIAZ et Luke Eric PETERSON, *op. cit.*

¹⁰⁸⁰ *Venoklim Holding B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, aff. CIRDI n°ARB/12/22, enregistré le 15 août 2012. Résolution du 3 avril 2015.

– date de la notification – afin de voir ses droits préservés conformément à l’article 72 de la Convention de Washington¹⁰⁸¹. En revanche, selon la partie requérante l’article 72 ne pouvait être interprété d’une manière qui méconnaîtrait les droits acquis des investisseurs : au contraire, devait l’être en relation avec le traité néerlandais de façon à permettre aux investisseurs de présenter des requêtes à l’encontre du Venezuela pendant les six mois postérieurs à la notification de dénonciation ou jusqu’à la fin de la validité du TBI¹⁰⁸².

Le tribunal conclut que la dénonciation de la Convention n’avait pas un effet immédiat, car, pour lui, empêcher l’investisseur de manifester son consentement après la date de la notification de dénonciation contrariait le délai de six mois qu’accordait l’article 71¹⁰⁸³ de la Convention de Washington. Ainsi, l’interprétation étatique enfreignait les principes fondamentaux de la sécurité juridique, car aucun investisseur ne pouvait prévoir à l’avance la date à laquelle un État déciderait de dénoncer la Convention. Pour le tribunal, la Convention prévoyait le délai de six mois dans le but précis de sauvegarder la sécurité juridique des investisseurs en leur permettant d’agir encore sous sa protection durant cette période¹⁰⁸⁴. Le tribunal adopta finalement la doctrine selon laquelle l’article 72 faisait référence au consentement de l’État qui peut se manifester par une offre unilatérale d’arbitrage¹⁰⁸⁵, écartant donc la théorie du consentement « parfait » :

« Une fois qu'un État a fait une offre valable de l'arbitrage international, l'une de ses principales fonctions est de s'y conformer, même pendant la période de six mois prévue par la Convention du CIRDI pour que la dénonciation prenne effet. [...] [L]orsque le demandant présenta sa requête, le Venezuela était encore un État contractant de la Convention CIRDI et, en conséquence, était obligé de respecter son obligation de se soumettre à l'arbitrage de ce tribunal. »¹⁰⁸⁶

Que le consentement unilatéral de l’État soit valide selon les termes de l’article 72 de la Convention permet d’accepter comme valable le consentement de l’investisseur exprimé durant les six mois précédant la prise d’effet de la dénonciation. Cependant,

¹⁰⁸¹ *Ibidem*, §49-50.

¹⁰⁸² *Ibidem*, §52.

¹⁰⁸³ *Ibidem*, §62.

¹⁰⁸⁴ *Ibidem*, §63.

¹⁰⁸⁵ *Ibidem*, §65.

¹⁰⁸⁶ *Ibidem*, §66-67.

après cette période, l'offre unilatérale de l'arbitrage CIRDI ne pourra plus être acceptée puisqu'émanant d'un TBI, elle est en général conditionnée à l'appartenance des États à la Convention de Washington. L'investisseur pourra donc accepter l'offre d'arbitrage étatique, mais en optant pour l'une des autres méthodes de règlement des conflits du TBI, parmi lesquelles le mécanisme supplémentaire du CIRDI.

Finalement, du côté des investisseurs ressortissants des États qui ont dénoncé la Convention, le critère du tribunal CIRDI retenu dans l'affaire Venoklim devrait être appliqué, leur permettant ainsi d'accepter les offres unilatérales étatiques et donc d'engager des procédures arbitrales jusqu'avant la fin des six mois suivant la notification de dénonciation, ce qui préserverait leurs droits et obligations selon l'article 72 de la Convention. Cela permettrait d'établir un équilibre entre les investisseurs ressortissants de l'État dénonciateur de la Convention et les investisseurs étrangers installés dans ce pays¹⁰⁸⁷.

Section 2. Les perspectives : vers de nouveaux systèmes d'arbitrage.

La dénonciation de la Convention de Washington et de nombreux TPPIs ne signifie pas la fin de l'arbitrage dans le domaine des investissements étrangers : en effet, d'autres choix adaptés aux changements juridiques opérés dans les pays détracteurs du système CIRDI devraient voir le jour. Ainsi, les changements dans le cadre juridique interne de protection des investisseurs intervenus en Bolivie, en Équateur et au Venezuela seront ensuite abordés (§1) avant de traiter la possibilité d'établir un système régional d'arbitrage (§2).

¹⁰⁸⁷ Pour Walid BEN HAMIDA, seule la théorie du consentement parfait préserve l'équilibre et permet le traitement égalitaire des investisseurs de l'État qui cesse d'être membre du CIRDI et des investisseurs étrangers implantés dans ce pays. Walid BEN HAMIDA. La dénonciation de la Convention de Washington : un adieu ou un simple au revoir, *op. cit.*, p. 124.

Pour GARIBALDI, si l'investisseur ressortissant de l'État dénonciateur et un autre État perfectionnent le consentement à l'arbitrage CIRDI, le différend peut y être soumis mais uniquement avant la prise d'effet de la dénonciation, car après l'investisseur ne sera plus ressortissant d'un État contractant. D'après cette position, le consentement donné pendant les six mois suivant la notification de la dénonciation ne jouirait plus de la protection de l'article 72 de la Convention. Oscar M. GARIBALDI, *op. cit.*, p. 31.

§1. Un nouveau cadre juridique de protection des investissements.

A. La nouvelle loi de conciliation et arbitrage en Bolivie.

En Bolivie, une nouvelle Loi pour la promotion des investissements (LPI) fut promulguée en 2014 dans le but d'adapter le régime juridique des investissements au nouveau cadre économique et social défini par la Constitution de 2009¹⁰⁸⁸, orienté vers le « Bien Vivre » :

« Dans le Bien Vivre, nous vivons en harmonie avec tous et tout, dans une cohabitation où nous nous préoccupons de tout le monde et de tout autour de nous, ce qui importe ce n'est pas l'être humain, ni l'argent, mais la vie. Le Bien Vivre aspire à une vie simple qui réduise notre dépendance à la consommation et maintienne une production équilibrée sans détruire l'environnement. »¹⁰⁸⁹

Ainsi, d'un côté, les investissements doivent garantir l'harmonie et l'équilibre avec la Terre-Mère ainsi que la survie de la biodiversité¹⁰⁹⁰. D'un autre côté, l'État est chargé d'orienter les investissements vers des activités économiques qui impulsent le développement économique et social et contribuent à l'élimination de la pauvreté et à la réduction des inégalités économiques, sociales et régionales¹⁰⁹¹. La LPI réaffirme en effet le leadership économique de l'État chargé de contrôler et de diriger les secteurs considérés stratégiques par la Constitution¹⁰⁹².

Quant aux conflits découlant des investissements, l'article 26 de la LPI prévoit qu'ils soient résolus selon les formes et les conditions établies par les normes en vigueur, en l'occurrence par la nouvelle Loi de conciliation et arbitrage (LCA) du 25 juin

¹⁰⁸⁸ *Ley n°516 de promoción de inversiones*, 4 avril 2014.

¹⁰⁸⁹ « *En el Vivir Bien, nos desenvolvemos en armonía con todos y todo, en una convivencia donde todos nos preocupamos por todos y por todo lo que nos rodea, lo importante no es el ser humano ni el dinero, sino la vida. El Vivir Bien apunta a una vida sencilla que reduzca nuestra adicción al consumo y mantenga una producción equilibrada sin arruinar el entorno.* » Kantu ARKONADA (coord.). *Transiciones hacia el Vivir Bien o la construcción de un nuevo proyecto político en el Estado Plurinacional de Bolivia*. La Paz : Ministerio de Culturas, 2012, p. 130.

Par rapport au « Bien Vivre » voir aussi : Kepa ARTARAZ et Melania CALESTANI. Vivir bien, entre utopía y realidad. *Tabula Rasa*, 2013, n°18, p. 105-123. Cletus GREGOR BARIÉ. Nuevas narrativas constitucionales en Bolivia y Ecuador : el buen vivir y los derechos de la naturaleza. *Latinoamérica, revista de estudios latinoamericanos*, 2014, vol. 59, n°2, p. 9-40. Walter D. MIGNOLO. Democracia liberal, camino de la autoridad humana y transición al vivir bien. *Sociedade e Estado*, 2014, vol. 29, n°1, p. 36-40.

¹⁰⁹⁰ Article 3(f) LPI.

¹⁰⁹¹ Article 5 LPI

¹⁰⁹² Article 3(a) LPI.

2015¹⁰⁹³. La LCA reprend le contenu de l'article 320(II) de la Constitution bolivienne prévoyant que les différends en matière d'investissement – national ou étranger – seront soumis à la juridiction, aux lois et aux autorités boliviennes¹⁰⁹⁴. En plus de réaffirmer les principes communs à tout arbitrage – bonne foi, rapidité, culture de paix, souplesse, égalité, impartialité, indépendance, légalité¹⁰⁹⁵ – pour les différends d'investissement, la LCA met l'accent sur cinq principes : l'égalité des parties, la véracité prouvée des faits, la neutralité des arbitres, l'acceptation par les parties des effets de l'arbitrage et le caractère raisonnable des décisions¹⁰⁹⁶. À propos de ce dernier, la LCA impose aux arbitres l'obligation de trancher les différends d'investissement en protégeant la sécurité juridique des parties, les valeurs de la Constitution et d'agir avec prudence et dans le respect du principe de proportionnalité¹⁰⁹⁷.

Dans tout différend relatif à un investissement, les parties doivent essayer la conciliation avant de recourir à l'arbitrage¹⁰⁹⁸. Aussi, l'arbitrage et la conciliation sont « nationales », ayant comme siège le territoire de la Bolivie¹⁰⁹⁹. Concernant les dispositions particulières à la résolution des différends relatifs aux investissements étrangers, la LCA prévoit la formation obligatoire d'un tribunal de trois arbitres¹¹⁰⁰, lequel doit résoudre le conflit en droit¹¹⁰¹ en appliquant la Constitution, les lois et les

¹⁰⁹³ *Ley N°708 de Conciliación y Arbitraje*. Gaceta Oficial del Estado Plurinacional de Bolivia, édition n°770NEC, publiée le 25 juin 2015.

La nouvelle Loi de conciliation et arbitrage de la Bolivie prévoit dans son Titre IV trois régimes spéciaux : l'arbitrage des conflits avec l'État en matière d'investissement (articles 127-133), l'arbitrage testamentaire (article 134) et les résolutions amiables dans le cadre du système interaméricain des droits de l'homme (article 135).

¹⁰⁹⁴ Article 127(I) LCA.

¹⁰⁹⁵ Article 3 LCA.

¹⁰⁹⁶ « 1. Égalité. C'est la distribution et la redistribution des conditions pour assurer à toutes les personnes, individuelles et collectives, l'accès à l'exercice de leurs droits. 2. Véracité. Le conciliateur ou l'arbitre doit vérifier pleinement les faits en motivant ses décisions. Pour ce faire, il devra utiliser les moyens nécessaires et appropriés autorisés par la loi, en respectant le droit des parties à la défense. 3. Neutralité. Le conciliateur ou l'arbitre jouit d'une pleine liberté et autonomie pour exercer ses fonctions et doit rester impartial lors de la procédure sans entretenir une relation personnelle, professionnelle ou commerciale avec aucune des parties, ou des personnes intéressées, ou avoir un intérêt dans le différend. 4. Acceptation. Les parties acceptent de leur plein gré les conséquences de la conciliation ou de l'arbitrage. 5. Caractère raisonnable. Les décisions de l'arbitre doivent tendre à protéger la sécurité juridique, les valeurs de la Constitution Politique de l'État, ainsi qu'à la prudence et la proportionnalité. » Article 128 LCA.

¹⁰⁹⁷ *Ibidem*.

¹⁰⁹⁸ Article 127(III) LCA.

¹⁰⁹⁹ Article 129(1)(2) LCA.

¹¹⁰⁰ À la différence des investisseurs étrangers, les Boliviens peuvent choisir de se soumettre à un arbitre unique ou à un tribunal de trois arbitres. Voir les articles 131(II) et 133(1) LCA.

¹¹⁰¹ Article 133(8) LCA.

normes de l'État plurinational de la Bolivie¹¹⁰². Quant au règlement applicable à l'arbitrage, il peut être choisi par les parties ; à défaut d'accord, le règlement d'un Centre régional, dont la Bolivie fasse partie, peut être désigné :

« Le règlement ou la procédure d'arbitrage applicable sera choisi par les parties ; à défaut d'accord, le règlement ou la procédure d'arbitrage sera celui du centre de résolution des différends en matière d'investissement d'une organisation à laquelle l'État Plurinational de la Bolivie appartient dans le cadre des processus d'intégration. »

La LCA fait référence exclusivement au pouvoir des parties pour choisir n'importe quel règlement d'arbitrage. Cependant, un Centre d'arbitrage régional ou international ne possède pas la faculté d'administrer un arbitrage d'investissement.

B. Le Code organique de la production, du commerce et des investissements en Équateur.

En Équateur, le *Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones* (COPCI) fut publié le 29 décembre 2010¹¹⁰³, abrogeant l'ancienne *Ley de promoción y garantía de las inversiones* de 1997. Le COPCI régule les différentes étapes du processus de la production, (production, distribution, échange, commerce, consommation, gestion des externalités) et les investissements productifs¹¹⁰⁴ aspirant, comme la LPI de la Bolivie, au « Bien Vivre »¹¹⁰⁵. Ainsi, le COPCI garantit à la population ses droits à accéder, utiliser et jouir de biens et de services dans des conditions d'équité, de qualité et en harmonie

¹¹⁰² Article 133(3) LCA.

¹¹⁰³ *Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones*. Registro Oficial, órgano del gobierno del Ecuador, n°351, 29 décembre 2010.

¹¹⁰⁴ Article 3 COPCI.

¹¹⁰⁵ L'expression « *Buen Vivir* » utilisée dans la législation équatorienne équivalant à celle de « *Vivir Bien* » des normes boliviennes, nous avons donc choisi de traduire les deux par « Bien Vivre ». Concernant les politiques et la philosophie du « *Buen Vivir* » de l'Équateur voir : GOBIERNO NACIONAL DE LA REPUBLICA DE ECUADOR. *Buen Vivir, Plan Nacional 2013-2017*. Quito : Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo, 2013, 595 p. René RAMÍREZ GALLEGOS. *La felicidad como medida del Buen Vivir en Ecuador: entre la materialidad y la subjetividad*. Quito : SENPLADES, 2008, 60 p. Alberto ACOSTA. *Le buen vivir : pour imaginer d'autres mondes* (traduit par Marion BARAILLES). Paris : Ed. Utopia, 2014, 186 p. Alberto ACOSTA et Esperanza MARTÍNEZ (compilateurs). *El Buen Vivir: una vía para el desarrollo*. Quito : Abya-Yala, 2009, 184 p.

avec la nature¹¹⁰⁶ ; par ailleurs, il prévoit que les investissements privés devront être socialement souhaitables et acceptables pour l'environnement¹¹⁰⁷.

Par rapport à la résolution des conflits découlant des investissements, le COPCI contient un régime spécial pour les investisseurs étrangers. Son article 27 autorise l'État à inclure des clauses arbitrales dans ses contrats d'investissement¹¹⁰⁸. Rappelons que la Constitution n'interdit les clauses de juridiction arbitrale internationale que dans la conclusion des traités internationaux, ces derniers pouvant uniquement prévoir la soumission à un tribunal arbitral régional¹¹⁰⁹. La seule condition constitutionnelle est celle contenue dans l'article 190 CN qui exige l'accord préalable du Procureur Général de l'État pour que l'arbitrage puisse s'appliquer dans les contrats publics¹¹¹⁰.

Ainsi, le COPCI ne limite pas la volonté contractuelle de l'État qui peut soumettre ses conflits en matière d'investissement étranger à un tribunal arbitral national ou international. Néanmoins, l'accès à l'arbitrage international n'est possible que lorsqu'ont été épuisés la voie administrative, puis le recours aux instances de négociation amiable et de médiation¹¹¹¹. La voie administrative est considérée épuisée lorsque l'acte ou le fait à l'origine du différend est définitif, soit parce qu'il n'a pas été contesté – l'investisseur n'étant donc pas obligé de mettre en marche tous les recours administratifs –, soit parce qu'une résolution de la dernière instance administrative a été édictée¹¹¹².

Ensuite, les parties du conflit doivent essayer de régler le différend à l'amiable par un dialogue direct et pendant soixante jours. Si ces négociations échouent, elles recourront obligatoirement à la médiation durant les trois mois suivant la date du début des négociations directes¹¹¹³. D'après la clause arbitrale du « modèle de contrat

¹¹⁰⁶ Article 4(f) COPCI.

¹¹⁰⁷ Article 4(g) COPCI.

¹¹⁰⁸ Article 27, §1 COPCI.

¹¹⁰⁹ Article 422 de la Constitution équatorienne en vigueur.

¹¹¹⁰ Voir aussi l'article 11 de la *Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado*: « Pour se soumettre à l'arbitrage international, ils [les organismes et les entités publiques] nécessiteront également de l'autorisation du Procureur Général de l'État. » Traduction de l'auteur.

¹¹¹¹ Article 27 COPCI.

¹¹¹² *Contrato de inversión (aplicable a inversión extranjera en sector productivo)*, clause vingt-huitième, p. 19. In : MINISTERIO COORDINADOR DE PRODUCCIÓN, EMPLEO Y COMPETITIVIDAD. *Kit del inversionista* [en ligne]. Disponible sur : <<http://www.produccion.gob.ec/contrato-de-inversion>> (consulté le 19 mai 2015).

¹¹¹³ Article 27, §1 COPCI.

d'investissement » de l'Équateur, applicable aux investissements étrangers, la médiation doit aboutir en un mois ; après ce délai, si pour une raison quelconque les parties ne parviennent pas à un accord, elles peuvent recourir à l'arbitrage national ou international¹¹¹⁴.

Après que les démarches ci-dessus mentionnées sont épuisées, l'arbitrage international se voit soumis à d'autres conditions. Les décisions des tribunaux arbitraux seront toujours en droit – ce qui exclut l'arbitrage en équité –, appliquant la législation équatorienne au fond du différend¹¹¹⁵. Quant au délai pour initier la procédure arbitrale, le COPCI prévoit que si, six mois après que la voie administrative a été épuisée, les parties ne sont pas arrivées à un accord et n'ont pas soumis le différend à la juridiction arbitrale, sa résolution relèvera de la compétence de la justice ordinaire nationale¹¹¹⁶.

En plus des démarches préalables et des limitations imposées par le COPCI à l'arbitrage international des investissements, de nouvelles dispositions concernant la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales s'appliqueront avec l'entrée en vigueur du nouveau Code des procédures (COGP) – *Código Orgánico General de Procesos* –, publié le 22 mai 2015¹¹¹⁷. Celui-ci impose une double procédure pour homologuer les sentences arbitrales, la première pour sa reconnaissance et la seconde pour son exécution¹¹¹⁸.

¹¹¹⁴ *Contrato de inversión (aplicable a inversión extranjera en sector productivo)*, *supra*, clause 28.2.

Le modèle de contrat prévoit également pour les investissements étrangers, le recours à un arbitrage international administré par la Cour Permanente d'Arbitrage de la Haye, avec Santiago du Chili comme lieu de l'arbitrage, la langue de la procédure étant l'espagnol, et le règlement applicable celui de la CNUDCI (clause 28.3).

¹¹¹⁵ Article 27, §2 COPCI.

¹¹¹⁶ Article 27, §3 COPCI.

¹¹¹⁷ *Código Orgánico General de Procesos*. Registro Oficial, órgano del gobierno del Ecuador, n°506, 22 mai 2015. Le COGP entrera en vigueur douze mois après la date de sa publication dans le *Registro Oficial*, à l'exception de certaines dispositions réformatrices – qui n'incluent pas celles à propos de la reconnaissance et de l'exécution des sentences arbitrales –, entrées en vigueur dès la date de publication. Voir clause SEGUNDA des Dispositions Finales du COGP.

¹¹¹⁸ La Loi d'arbitrage et médiation (LAM) octroyait aux sentences arbitrales la force de chose jugée et prévoyait qu'elles devaient être exécutées de la même façon que les sentences judiciaires de dernière instance, sans que le juge de l'exécution accepte aucune exception (article 32 LAM). Les résolutions dérivées de procédures arbitrales internationales produisaient les mêmes effets et étaient exécutées de la même manière que les résolutions dictées dans les procédures arbitrales nationales (article 42 LAM).

Ainsi, selon le COGP, la reconnaissance d'une sentence arbitrale doit être demandée à la *Corte Provincial*¹¹¹⁹ qui devra vérifier : 1) que la sentence remplit les formalités requises pour sa validité dans l'État d'origine ; 2) que la sentence possède la qualité de « chose jugée » selon les lois du pays dans lequel elle a été édictée et que la documentation annexe soit légalisée ; 3) le cas échéant, que les documents soient traduits ; 4) qu'il soit accrédité, au moyen des documents concernant la procédure et des certifications pertinentes, que la partie demandée a été dûment notifiée et que le droit à la défense des parties a été garanti, et 5) que la demande de reconnaissance indique le lieu de citation de la personne contre laquelle le requérant veut faire valoir la sentence arbitrale étrangère¹¹²⁰.

Ainsi, les nouvelles règles imposent au requérant de prouver la légalité de la sentence, obligation disproportionnée, car, par exemple, prouver que le droit de la défense des parties a été respecté peut représenter un véritable obstacle à la reconnaissance de la sentence¹¹²¹. De plus, la procédure de reconnaissance est encore plus lourde lorsque la sentence arbitrale doit être exécutée contre l'État. Selon le dernier paragraphe de l'article 104 COGP :

« Aux fins de la reconnaissance des jugements et des sentences arbitrales contre l'État, qui ne concernent que des questions commerciales, il doit également être démontré qu'ils ne contredisent pas les dispositions de la Constitution et de la loi et qu'ils sont conformes aux traités et accords internationaux en vigueur. En l'absence de ces derniers, ils seront exécutés lorsqu'ils figurent dans la commission rogatoire respective ou que le droit national du pays d'origine reconnaît leur efficacité et leur validité. »

Cette disposition peut être interprétée de deux manières. La première, à supposer qu'aucune sentence édictée contre l'État ne peut être qualifiée de « commerciale », pour sa reconnaissance, le requérant doit toujours prouver qu'elle est conforme à la Constitution, aux lois nationales et aux accords internationaux. Selon la seconde, l'État peut être condamné par une sentence purement commerciale qui n'est pas concernée

¹¹¹⁹ Article 105 COGP.

¹¹²⁰ Article 104 COGP.

¹¹²¹ Hugo GARCIA. The new General Organic Code of Processes: a trojan horse for arbitration in Ecuador [en ligne]. *Kluwer Arbitration Blog*, publié le 24 juin 2015. Disponible sur : <<http://kluwarbitrationblog.com/blog/2015/06/24/the-new-general-organic-code-of-processes-a-trojan-horse-for-arbitration-in-ecuador>> (consulté le 17 juillet 2015).

par l'article en question, ce qui signifie que l'article de référence s'applique uniquement quand l'État agit dans le cadre de ses pouvoirs souverains¹¹²².

Quelle que soit l'interprétation de l'article 104 choisie, cela produit presque les mêmes effets en matière de différends d'investissement, car les sentences arbitrales dans ce domaine portent généralement sur des actes souverains pris au détriment des droits des investisseurs et nécessitant donc, selon la nouvelle disposition, la vérification de leur conformité avec la Constitution et les lois nationales. En outre, la personne contre laquelle la sentence prétend être exécutée – en l'occurrence l'État – peut s'opposer à la reconnaissance. Si l'opposition est dûment fondée et si la complexité de l'affaire le mérite, la Cour organise une audience dans laquelle elle donnera sa décision à propos de l'opposition¹¹²³. Finalement, une fois que la reconnaissance de la sentence arbitrale est obtenue, le requérant doit initier la procédure d'exécution prévue dans le COGP¹¹²⁴ devant un juge de première instance.

L'arbitrage d'investissement rencontra donc en Équateur des obstacles d'abord dans le COPCI pour sa mise en œuvre, et ensuite dans le COGP pour la reconnaissance et l'exécution de ses résolutions.

C. Le décret-loi relatif aux investissements étrangers au Venezuela.

Le 18 novembre 2014 le Président Nicolas MADURO édicta un décret-loi concernant les investissements étrangers¹¹²⁵. Le pouvoir du Président vénézuélien pour réguler en la matière trouve son fondement dans une loi promulguée en 2013 (Loi habilitante)¹¹²⁶ qui lui octroyait des pouvoirs spéciaux « de lutte contre la corruption, l'usure, le blanchiment d'argent et la guerre économique déclenchée ces derniers temps

¹¹²² *Ibidem*.

¹¹²³ Article 105 COGP.

¹¹²⁴ Article 362 et suivants COGP.

¹¹²⁵ NICOLÁS MADURO MOROS, PRÉSIDENT DE LA RÉPUBLIQUE. *Decreto con rango, valor y fuerza de ley de inversiones extranjeras*. Décret N° 1.438 du 17 novembre 2014. In : *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, n°6.152, 18 novembre 2014.

¹¹²⁶ ASAMBLEA NACIONAL DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA. *Ley que autoriza al Presidente de la República para dictar decretos con rango, valor y fuerza de ley en las materias que se delegan*, 19 novembre 2013, article 1.

contre le pays par l'oligarchie nationale »¹¹²⁷. Selon les termes de l'Exécutif, la Loi habilitante permettait d'une part de renforcer les valeurs fondamentales de l'exercice de la fonction publique et d'autre part de changer le modèle économique jusqu'alors imposé par une « bourgeoisie parasitaire » qui continuait à profiter des ressources de l'État¹¹²⁸.

Le Décret N°1.438 de 2014 concernant les investissements étrangers était donc en accord avec l'article premier de la Loi habilitante ¹¹²⁹, visant en particulier l'établissement de principes politiques et procédures régulant les investisseurs et les investissements étrangers afin d'atteindre un développement harmonieux et durable du pays¹¹³⁰. La requête d'arbitrage CIRDI de l'entreprise Exxon Mobil avait été en effet perçue comme une action de guerre économique contre le Venezuela et

¹¹²⁷ ASAMBLEA NACIONAL DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA. Seguimiento a la Ley habilitante 2013-2014 [en ligne]. Publié le 8 octobre 2013. Disponible sur : <<http://www.asambleanacional.gob.ve/documento/show/id/551>> (consulté le 19 mai 2015).

¹¹²⁸ Nicolás MADURO MOROS. *Palabras con motivo de la presentación del « Proyecto de ley mediante el cual la Asamblea Nacional autoriza al Presidente de la República para dictar decretos con rango, valor y fuerza de ley en las materias que se delegan », de conformidad con lo establecido en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.* Palacio Federal Legislativo, 8 octobre 2009, p. 16-17.

¹¹²⁹ Dans le domaine de la lutte contre la corruption les paragraphes cités par le Décret 1.438 furent les suivants : « 1[...] a) Édicter et/ou réformer des règles et des instruments pour renforcer les valeurs fondamentales de l'exercice de la fonction publique, telles que la solidarité, l'honnêteté, la responsabilité, le dévouement au travail, l'amour du prochain, le désir d'exceller, la lutte pour l'émancipation et le processus de libération nationale, inspiré de l'éthique et de la morale socialistes, la discipline consciente, la prise de conscience du devoir social et la lutte contre la corruption et la bureaucratie, et ce afin de garantir et de protéger les intérêts de l'État à tous les niveaux de gouvernement. [...] c) Établir des règles contre le blanchiment d'argent. d) Établir des mécanismes stratégiques pour lutter contre ces puissances étrangères qui cherchent à détruire le pays dans les domaines économique, politique et médiatique; et établir des règles qui punissent les actions qui menacent la sécurité et la défense de la nation, les institutions de l'État, les pouvoirs publics et la fourniture de services publics essentiels pour le développement et la qualité de vie des personnes. [...] f) Établir des règles pour prévenir et réprimer la fuite des devises. [...] »

En ce qui concernait la défense de l'économie, le Décret englobait les objectifs suivants : « 2. [...] b) Adopter et/ou réformer les règles établissant les lignes directrices et les stratégies pour la planification, la coordination, l'organisation et la coordination des procédures, en particulier dans la production, l'importation, la distribution et la commercialisation des aliments, des matières premières et des produits de première nécessité, qui doivent suivre les organismes et les entités étatiques impliqués, garantissant la sécurité et la souveraineté alimentaire. c) Adopter et/ou réformer les règles et/ou des mesures pour planifier, rationaliser et réguler l'économie afin d'impulser la transformation du système économique, de défendre la stabilité économique pour éviter la vulnérabilité de l'économie, d'assurer la stabilité monétaire et des prix ainsi que le développement harmonieux de l'économie nationale dans le but de créer des emplois, de la valeur ajoutée intérieure, d'élever le niveau de vie du peuple et de renforcer la souveraineté économique du pays, pour assurer ainsi la sécurité juridique, la force, le dynamisme, la durabilité, la permanence et l'équité dans la croissance économique, afin de parvenir à une distribution équitable des richesses pour satisfaire les exigences et les besoins les plus pressants du peuple vénézuélien. [...] e) Réguler les demandes de devises pour éviter une utilisation contraire à l'objet demandé. »

¹¹³⁰ NICOLÁS MADURO MOROS, PRÉSIDENT DE LA RÉPUBLIQUE. *Decreto con rango, valor y fuerza de ley de inversiones extranjeras, supra*, article 1.

donc, il n'est pas étonnant que le Décret du président vénézuélien vise le règlement des conflits avec les investisseurs étrangers.

En ce sens, l'article 5 du Décret impose la juridiction des tribunaux nationaux sur tous les investissements étrangers. L'État est autorisé à utiliser d'autres mécanismes de résolution de conflits mais uniquement lorsque ceux-là s'inscrivent dans le cadre de l'intégration de l'Amérique latine et de la Caraïbe. Cette disposition remplaça l'article 22 de la Loi d'investissement de 1999 dérogée, laquelle autorisait le recours à l'arbitrage CIRDI¹¹³¹.

Ainsi, avec certaines différences, les régimes des investissements de l'Équateur et du Venezuela acceptent la soumission de l'État à des mécanismes régionaux d'arbitrage. Le premier, l'admet comme seule exception à l'interdiction constitutionnelle de conclure des traités où l'État cède sa juridiction à des instances d'arbitrage international, et le second, l'autorise comme exception générale de la soumission des investisseurs étrangers

¹¹³¹ Le texte de l'article 22 de la *Ley de Promoción y Protección de Inversiones* (LPPI) de 1999 était rédigé de manière très ambiguë, ce qui rendait difficile de déterminer s'il contenait le consentement du Venezuela à l'arbitrage CIRDI dans les termes de l'article 25 de la Convention de Washington (voir Christoph SCHREUER, *The ICSID Convention*, *op. cit.*, p. 363). L'article prévoyait :

« Les différends entre un investisseur international dont le pays d'origine a en effet avec le Venezuela un traité ou un accord sur la promotion et la protection des investissements, ou les différends pour lesquels les dispositions de l'Accord portant création de l'Agence multilatérale de garantie des investissements (MIGA) ou de la Convention sur le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États (CIRDI) soient applicables, seront soumis à l'arbitrage international en vertu du traité ou de l'accord pertinent, si celui-ci ainsi le prévoit [...] » Hugo CHAVEZ FRIAS. *Decreto N°356 con rango y fuerza de ley de promoción y protección de inversiones*, 3 octobre 1999, article 22. Traduction de l'auteur.

Le Tribunal Suprême de Justice du Venezuela décida en 2008 que la LPPI ne contenait pas de manifestation unilatérale générale engageant l'État à se soumettre à l'arbitrage, mais qu'elle renvoyait au contenu des accords MIGA et CIRDI selon lesquels la recevabilité de l'arbitrage devait être analysée. SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA. *Action d'interprétation concernant le contenu et la portée de l'article 258 de la Constitution de la République Bolivarienne du Venezuela, résolution du 17 octobre 2008*, aff. n°08-0763.

Postérieurement, un tribunal CIRDI, prenant en compte les antécédents législatifs de l'article 22 de la LPPI, décida : « [...] *at the time of the adoption of the Investment Law, Venezuela had already signed and ratified seventeen BITs stating either that Venezuela gave "its unconditional consent to the submission of disputes" to ICSID arbitration or that its disputes with foreign investors "shall at the request of the national concerned be submitted to ICSID," or using both phrases. Comparable words were used in some national laws and in the ICSID model clauses. If it had been the intention of Venezuela to give its advance consent to ICSID arbitration in general, it would have been easy for the drafters of Article 22 to express that intention clearly by using any of those well known formulae.* » Dans ce sens, l'article 22 de la LPPI ne servait pas à fonder la juridiction du tribunal. *CEMEX Caracas Investments B.V. and CEMEX Caracas II Investments B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, aff. CIRDI n°ARB/08/15. Decision on jurisdiction, 30 décembre 2010, §137-138.

Voir aussi Guillaume LEMENEZ DE KERDELLEAU. State consent to ICSID arbitration : article 22 of the venezuelan investment law. *Transnational Dispute Management*, 2008, vol. 5, n°2, 9 p.

aux tribunaux nationaux. Un tel système d'arbitrage est proposé dans le cadre de l'UNASUR, sujet qui sera ensuite abordé.

§2. La création d'un centre d'arbitrage régional.

A. Intégration régionale et arbitrage des investissements, le choix d'une institution cadre.

Les nouveaux régimes juridiques internes de l'Équateur et du Venezuela restreignent en effet le recours à l'arbitrage international en matière d'investissement, acceptant la soumission de l'État à ce système de résolution de différends principalement dans le cadre des accords d'intégration régionale. La question se pose alors quant à la structure d'intégration qui serait susceptible d'accueillir et d'administrer un système qui cherche à concurrencer le CIRDI. La création d'un centre d'arbitrage régional solide et attractif pour les investisseurs de la région nécessite le soutien d'une institution qui regroupe l'Amérique latine ou, au moins, une majorité de pays latino-américains.

L'Équateur et le Venezuela, principaux moteurs de la création d'un centre régional d'arbitrage, ont d'abord envisagé de le mettre en place dans le cadre de l'ALBA-TCP, organisation à laquelle les deux pays appartiennent¹¹³². En 2009, lors du Sommet de Maracay au Venezuela, les pays membres de l'ALBA – après avoir salué la décision de la Bolivie et de l'Équateur de dénoncer la Convention de Washington – chargèrent le Conseil des Ministres de cette organisation de constituer un groupe de travail pour proposer la constitution d'une instance régionale de résolution de conflits à présenter lors d'un prochain sommet¹¹³³.

¹¹³² L'ALBA-TCP se définit comme « une plate-forme pour l'intégration de l'Amérique latine et des Caraïbes, qui met l'accent sur la solidarité, la complémentarité, la justice et la coopération, dans le but historique et fondamental d'unir les capacités et les forces des pays de la région, afin d'impulser les changements structurels et un système de relations essentiels pour atteindre le développement global nécessaire à notre existence en tant que nations souveraines et justes. [L'ALBA-TCP] est aussi une alliance politique, économique et sociale qui défend l'indépendance, l'autodétermination et l'identité des peuples qui la composent. » ALIANZA BOLIVARIANA PARA LOS PUEBLOS DE NUESTRA AMÉRICA – TRATADO DE COMERCIO DE LOS PUEBLOS. *Qué es el ALBA-TCP* [en ligne]. Disponible sur : <<http://alba-tcp.org/content/alba-tcp>> (consulté le 26 mai 2015).

¹¹³³ ALBA-TCP. *Declaración conjunta de la VI Cumbre Extraordinaria del ALBA – TCP*. Maracay, Venezuela : 24 juin 2009.

Cependant, cette initiative changea rapidement d'institution cadre lorsque l'Équateur prit la présidence pro tempore de l'UNASUR – deux mois après le Sommet de Maracay – et décida d'y proposer la création d'un centre d'arbitrage régional :

« Nous avons besoin, pour garantir nos intérêts, d'une instance régionale d'arbitrage véritablement impartiale et sécuritaire pour toutes les parties impliquées dans un conflit. Si au lieu de nous concurrencer les uns les autres, nous réussissons à mener cette action collective, en décidant tous de nous soumettre à ce centre régional d'arbitrage, nous vaincrons les entreprises transnationales ; si, en revanche, nous nous comportons en rivaux, les transnationales nous vaincront. J'insiste, les questions qui impliquent et concernent la région doivent être traitées dans le cadre de l'UNASUR et non de manière bilatérale. »¹¹³⁴

Pourtant, ce n'était pas la première fois qu'une telle proposition était entendue dans le cadre de l'UNASUR, appelée auparavant Communauté Sud-américaine des Nations¹¹³⁵. En 2006, suite à la déclaration de Brasilia¹¹³⁶, les secrétariats de l'ALADI, de la CAN et de MERCOSUR étudièrent différents sujets, dont les investissements et la résolution de conflits, dans le but de faire converger les processus d'intégration en Amérique du sud. Le document concernant la résolution des conflits mettait en avant la nécessité de construire un instrument capable de résoudre les conflits nés de l'application de tous les accords commerciaux de la région, dans différents domaines :

« Développer une Communauté sud-américaine nécessite, dans une perspective commerciale et productive, des soutiens institutionnels qui permettront d'accroître la confiance des entreprises régionales exportatrices et des investisseurs. À cette fin, en plus des normes régulant les échanges au niveau régional, il faut un mécanisme

¹¹³⁴ Rafael CORREA DELGADO. *Discurso de la ceremonia de traspaso de la presidencia pro tempore de la UNASUR*. Quito, 10 août 2009. Traduction de l'auteur.

¹¹³⁵ La Communauté Sud-américaine des Nations changea son nom en UNASUR en avril 2007. Voir COMUNIDAD SUDAMERICANA DE NACIONES. *Decisiones del Diálogo Político entre los Jefes de Estado y de Gobierno*. Premier Sommet sud-américain de l'énergie, Île de Margarita, 16 avril 2007.

¹¹³⁶ Les chefs d'État de la Communauté Sud-Américaine des Nations demandèrent aux secrétariats de l'ALADI, de la CAN et de MERCOSUR d'analyser différents sujets afin « de former progressivement une zone de libre-échange sud-américaine, de rendre complémentaires les économies des pays d'Amérique du Sud et de promouvoir la croissance et le développement, en tenant compte de la réduction des disparités existantes. » COMUNIDAD SUDAMERICANA DE NACIONES. *Declaración sobre la Convergencia de los Procesos de Integración en América del Sur*. Première réunion des chefs d'État de la Communauté Sud-Américaine des Nations, Brasilia, 30 septembre 2005.

fiable et assez dynamique permettant le règlement pacifique des différends entre les parties ou les entreprises concernées. »¹¹³⁷

L'UNASUR qui hérite des autres expériences de l'intégration régionale comme celles de la CAN et du MERCOSUR¹¹³⁸ vise des objectifs¹¹³⁹ très ambitieux et compte sur le soutien de douze États membres¹¹⁴⁰ : c'est donc l'organisation régionale la mieux positionnée pour accueillir un centre régional de résolution des différends en matière d'investissement¹¹⁴¹. En revanche, l'ALBA-TCP, qui se présente comme une initiative politique opposée au néolibéralisme¹¹⁴², est loin d'être considérée comme une institution

¹¹³⁷ ALADI, CAN, MERCOSUR. *Convergencia comercial de los países de América del Sur hacia la Comunidad Sudamericana de Naciones: Solución de controversias*. Document ALADI/MERCOSUR/ CAN/16/2006.

¹¹³⁸ UNASUR. *Tratado constitutivo de la Unión de Naciones Suramericanas*. Brasilia : 23 mai 2008 (entré en vigueur le 11 mars 2011).

¹¹³⁹ « L'Union des nations sud-américaines vise à instituer une méthode participative et consensuelle, un espace d'intégration et d'union dans les domaines culturel, social, économique et politique entre leurs peuples, privilégiant le dialogue politique, les politiques sociales, l'éducation, l'énergie, les infrastructures, le financement et l'environnement, entre autres, en vue d'éliminer les inégalités socio-économiques, de réussir l'intégration sociale et la participation des citoyens, de renforcer la démocratie et de réduire les disparités dans le cadre du renforcement de la souveraineté et de l'indépendance des États. » *Ibidem*, article 2.

¹¹⁴⁰ Argentine, Bolivie, Brésil, Chili, Colombie, Équateur, Guyane, Paraguay, Pérou, Suriname, Uruguay et Venezuela. Voir la liste des États membres sur le site web du secrétariat de l'UNASUR : <<http://www.unasursg.org/es/estados-miembros>> (consulté le 26 mai 2015).

¹¹⁴¹ La Communauté d'États latino-américains et caribéens (CELAC) est la seule organisation latino-américaine qui regroupe tous les pays de l'Amérique latine et des Caraïbes. Elle vise aussi des objectifs très ambitieux car elle réunit les engagements du Groupe de Rio et du Sommet de l'Amérique latine et des Caraïbes (CALC), dont celui « d'approfondir l'intégration politique, économique, sociale et culturelle de [la] région et d'établir des engagements efficaces pour promouvoir le développement durable en Amérique latine et dans les Caraïbes dans un cadre d'unité, de démocratie, de plein respect des droits de l'homme, de solidarité, de coopération, de complémentarité et de concertation politique » (voir CUMBRE DE LA UNIDAD. Declaración de Cancún. Cancun : 23 février 2010, §2). Cependant, la CELAC se définit surtout comme un « mécanisme » de concertation politique et de coopération, ce qui témoigne de sa grande flexibilité. En effet, la CELAC cherche le consensus de ses 33 pays membres sur des sujets sur lesquels ils n'ont pas de divergences importantes (pauvreté, intégration sociale, environnement, culture, infrastructures, etc.). Le domaine commercial est pour l'instant exclu car extrêmement controversé, les pays d'Amérique latine et des Caraïbes participant à des initiatives commerciales régionales ou bilatérales qui diffèrent les unes des autres. Ainsi, pour résoudre les conflits investisseur-État, il serait difficile de construire un mécanisme unifié dans le cadre de la CELAC, car le réseau des multiples accords en matière d'investissement dans la région est complexe et finalement le rejet de la juridiction du CIRDI n'est pas généralisé. Voir CELAC. *Declaración de Caracas "en el bicentenario de la lucha por la independencia hacia el camino de nuestros libertadores"*. Caracas : 3 décembre 2011. Carlos QUENAN. *L'intégration régionale dans les Amériques*. Paris : IHEAL, notes de cours, avril 2013. Oneida ALVAREZ FIGUEROA. La CELAC : nuevo actor regional en América latina y el Caribe. Avals y obstáculos para lograr su consolidación. *Anuario de la Integración Regional de América Latina y el Gran Caribe*, 2012, p. 177-205. SISTEMA ECONÓMICO LATINOAMERICANO Y DEL CARIBE. *Situación y desafíos de la actual arquitectura institucional de la integración en América Latina y el Caribe*. XXXVIII Réunion Ordinaire du Conseil Latino-américain. Caracas, Venezuela : SELA, 2012, p. 48-56.

¹¹⁴² Guy MAZET. La République bolivarienne du Venezuela et le droit. *Cahiers des Amériques latines*, 2008, n°53, p. 51-52. Rosalba LINARES et Edith GUERRERO LUGO. La iniciativa ALBA en la integración regional. *Geenseñanza*, 2008, vol. 13, n°2, p. 221-230. Christopher David ABSELL. El ALBA-TCP mirado con buenos ojos. *Revista Problemas del Desarrollo*, 2012, vol. 43, n°169, p. 73-95.

impartiale à laquelle les investisseurs recourraient pour résoudre leurs différends avec les États de la région à la place du CIRDI ou de toute autre institution arbitrale.

L'ALBA, dans une résolution spéciale concernant l'arbitrage et les entreprises transnationales – dans le cadre du Sommet de Guayaquil en 2013 – centra donc l'action de ses pays membres sur les aspects suivants : 1) la coordination d'actions effectives pour consolider de nouvelles instances d'arbitrage qui contribuent au renforcement d'un cadre juridique garantissant des procès justes et équilibrés pour les investisseurs et les États, 2) consolider les accords de la première « Conférence ministérielle des États latino-américains et des Caraïbes lésés par des intérêts transnationaux »¹¹⁴³ concernant la création d'un observatoire international¹¹⁴⁴ traitant ce sujet, celle d'un Comité Exécutif pour la Conférence et celle d'un centre régional de résolution des différends dans le cadre de l'UNASUR¹¹⁴⁵ et 3) soutenir les États dans leur action contre les résolutions dictées par des instances arbitrales¹¹⁴⁶.

Ainsi, l'ALBA décida de défendre les États affectés par les intérêts des transnationales¹¹⁴⁷ et soutint la proposition de l'Équateur qui comprenait la création de trois instruments au sein de l'UNASUR : un centre pour la résolution des différends, un centre de conseil juridique en matière d'investissements¹¹⁴⁸ et un code de conduite pour

¹¹⁴³ La première « Conférence ministérielle des États latino-américains et des Caraïbes affectés par des intérêts transnationaux » se tint à Guayaquil, Équateur le 22 avril 2013. Une deuxième Conférence fut organisée le 10 septembre 2014 à Caracas, Venezuela. L'objectif de ces réunions était de mettre en place une coordination régionale pour une défense commune et une assistance réciproque dans des procès d'arbitrage international. Voir Cecilia OLIVET. Conferencia Ministerial de Estados Latinoamericanos Afectados por Intereses Transnacionales : Reporte de Guayaquil, Ecuador [en ligne]. *Transnational Institute*, publié le 8 mai 2013. Disponible sur : <<http://www.tni.org/es/article/conferencia-ministerial-de-estados-latinoamericanos-afectados-por-intereses-transnacionales>> (consulté le 19 mai 2015).

¹¹⁴⁴ L'Observatoire des entreprises internationales évaluerait et surveillerait les impacts réels des traités bilatéraux d'investissement et des entreprises transnationales sur les économies des États latino-américains et des Caraïbes, dans le but d'entretenir une relation plus harmonieuse entre les capitaux transnationaux et les besoins de développement de la région. EMBAJADA DEL ECUADOR EN VENEZUELA, MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES Y MOVILIDAD HUMANA. Segunda Conferencia Ministerial de Estados Afectados por Intereses Transnacionales se realiza en Caracas [en ligne]. *Noticias*, publié le 10 septembre 2014. Disponible sur : <<http://venezuela.embajada.gob.ec/es/segunda-conferencia-ministerial-de-estados-afectados-por-intereses-transnacionales-se-realiza-en-caracas>> (consulté le 19 mai 2014).

¹¹⁴⁵ Cecilia OLIVET, *op. cit.*

¹¹⁴⁶ ALBA-TCP. *Anexo 2.3. Resolución especial sobre arbitraje y transnacionales*. XII^e Sommet de l'ALBA-TCP. Guayaquil, Équateur : 30 juillet 2013.

¹¹⁴⁷ Voir aussi ALBA-TCP. *Comunicado especial : Estados afectados por intereses transnacionales*, 26 septembre 2014.

¹¹⁴⁸ La création d'un Centre d'assistance juridique pour les pays en développement afin de rendre équitable l'arbitrage d'investissements est aussi proposée par Eric Gottwald. Voir Eric GOTTWALD. Leveling the playing field: is it time for a legal assistance center for developing nations in investment treaty arbitration? *American University International Law Review*, 2007, vol. 22, n°2, p. 264-275.

les membres des tribunaux arbitraux¹¹⁴⁹. Les dispositions proposées par l'Équateur concernant concrètement la création d'un centre pour la résolution des différends seront abordées ci-après.

B. La proposition de l'Équateur : un centre d'arbitrage dans le cadre de l'UNASUR.

Pour le président équatorien, Rafael Correa, la création d'un centre d'arbitrage au sein de l'UNASUR libérerait les États du joug du capital transnational qui domine les décisions des tribunaux CIRDI¹¹⁵⁰. Il s'agit donc de concevoir une instance régionale qui comblerait les failles du CIRDI en le remplaçant dans la résolution des différends en matière d'investissement. Ainsi, la proposition initiale de l'Équateur comprenait des changements dans différents domaines dont la juridiction du centre, la transparence des arbitrages, la participation de la société civile, la sécurité juridique des résolutions et la mise en place d'un mécanisme d'appel¹¹⁵¹.

Quant à la juridiction du Centre UNASUR, il ne serait pas compétent pour résoudre des différends concernant, *inter alia*, la santé, l'éducation, la fiscalité, l'énergie et l'environnement, sauf indication contraire expresse dans le traité ou le contrat concerné, et, en aucun cas, il n'aurait compétence sur des conflits relatifs aux lois internes d'un État¹¹⁵². La juridiction proposée du centre d'arbitrage UNASUR était donc extrêmement limitée, ce qui n'apporterait aucune solution au problème de la discordance entre les droits de l'homme et les droits environnementaux d'un côté et les droits des investisseurs de l'autre. Au contraire, les tribunaux arbitraux devraient pouvoir considérer les questions de santé, d'éducation, d'environnement et autres pour déterminer le degré réel de responsabilité de l'État et calculer le montant juste de l'indemnisation due à l'investisseur.

¹¹⁴⁹ Voir UNASUR. *Declaración del Consejo de Jefes y Jefes de Estado y de Gobierno de la Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR)*. IV^e Réunion ordinaire du Conseil des chefs d'État et de gouvernement de l'UNASUR. Georgetown, Guyane : 26 novembre 2010, §20.

¹¹⁵⁰ Rafael CORREA DELGADO. *Discours de la VI^e Réunion du Conseil des Chefs d'État et de gouvernement de l'UNASUR*. Lima, 30 novembre 2012, p. 10-11.

¹¹⁵¹ Les dispositions analysées furent tirées de l'article suivant : Silvia Karina FIEZZONI. The challenge of UNASUR member countries to replace ICSID arbitration. *Beijing Law Review*, 2011, n°2, p. 134-144. D'après Silvia FIEZZONI, contactée par courrier électronique le 26 mai 2015, le projet présenté par l'Équateur pour la création d'un centre d'arbitrage au sein de l'UNASUR a été modifié. Nous avons contacté par courrier électronique le secrétariat de l'UNASUR afin d'obtenir plus d'informations mais nous n'avons reçu aucune réponse.

¹¹⁵² Silvia Karina FIEZZONI, *op. cit.*, p. 140.

En ce sens, le tribunal CIRDI de l'affaire Perenco contre l'Équateur¹¹⁵³ accepta récemment la demande reconventionnelle de l'Équateur concernant la responsabilité de Perenco dans des dommages environnementaux. Selon le tribunal :

« La bonne gestion de l'environnement a pris une grande importance dans le monde d'aujourd'hui. Le Tribunal accepte que si la relation juridique entre un investisseur et l'État autorise le dépôt d'une réclamation par l'État pour les dommages causés à l'environnement par les activités de l'investisseur et si une telle demande est justifiée, l'État a droit à une réparation intégrale en conformité avec les exigences de la loi applicable.

Le Tribunal reconnaît en outre que l'État a une grande marge de manœuvre en vertu du droit international pour prescrire et ajuster ses lois sur l'environnement, ses normes et ses politiques en réponse à l'évolution des points de vue et à une compréhension plus profonde des risques causés par différentes activités, y compris celles des industries extractives telles que les champs pétroliers. Tout cela est incontestable et le Tribunal entre dans cette phase de la procédure conscient des impératifs fondamentaux de la protection de l'environnement en Équateur. »¹¹⁵⁴

Ainsi, le Tribunal refusa l'argument de Perenco selon lequel il n'avait aucune responsabilité environnementale parce que Petroamazonas – entreprise de l'État équatorien – était maintenant l'opératrice des blocs pétroliers concernés¹¹⁵⁵. Le Tribunal CIRDI décida donc de nommer un expert en environnement indépendant qui l'assistera dans la détermination des conditions environnementales des blocs¹¹⁵⁶. Bien que la demande reconventionnelle de l'Équateur ait trouvé son fondement dans les contrats de participation signés avec Perenco où ce dernier s'engageait à respecter les lois nationales et à préserver l'équilibre écologique dans la zone concernée par le contrat, rien n'empêche qu'une telle possibilité puisse être convenue au moyen des TPPIs. En fait, le problème principal ne réside pas dans la rédaction de la Convention de Washington ou de son règlement d'arbitrage, mais dans les lacunes existantes soit dans les normes internationales applicables, soit dans les contrats conclus avec les investisseurs.

¹¹⁵³ *Perenco Ecuador Limited v. Republic of Ecuador*, aff. CIRDI n°ARB/08/6, enregistré le 4 juin 2008.

¹¹⁵⁴ *Ibidem*, Interim Decision on the environmental counterclaim, 11 août 2015, §34-35.

¹¹⁵⁵ *Ibidem*, §611(7).

¹¹⁵⁶ *Ibidem*, §611(8).

En ce qui concerne la transparence, la proposition équatorienne l'établit comme principe. Or, à différence des tribunaux CIRDI qui ne peuvent accorder la transparence des arbitrages que conformément à l'accord des parties ou aux dispositions contenues dans le TPPI à la base du conflit, dans le cadre de l'UNASUR, tous les arbitrages seraient considérés publics à l'exception de ceux concernant les domaines de la défense et de la sécurité de l'État, ainsi que les cas spéciaux où les parties conviendraient leur confidentialité¹¹⁵⁷.

Quant à l'intervention d'*amici curiae* dans les arbitrages UNASUR, elle serait acceptée. Cependant, la proposition équatorienne était trop restreinte à ce sujet car les soumissions des *amici* devaient se présenter dans un délai de dix jours après la date de composition du tribunal¹¹⁵⁸. Ce délai était évidemment trop court, ne permettant pas aux organisations et/ou aux personnes intéressées dans la procédure d'avoir connaissance de tous les faits et des arguments des parties avant leur soumission écrite. En revanche, la Convention CIRDI – modifiée en 2006 pour permettre les soumissions écrites de parties non contestantes – n'impose aucun délai, laissant au tribunal arbitral la liberté d'autoriser une soumission toutefois en assurant que celle-ci « ne perturbe pas l'instance ou qu'elle n'impose pas une charge excessive à l'une des parties ou ne lui cause injustement un préjudice, et que les deux parties ont la faculté de présenter leurs observations sur la soumission de la partie non contestante. »¹¹⁵⁹ Or, dans ce domaine, la société civile aurait plus de chances de pouvoir participer à une procédure arbitrale régulée par la Convention de Washington que dans le modèle d'arbitrage régional proposé par l'Équateur. Cela confirme ce qui fut affirmé à propos des *amici curiae* : il s'agit bien d'une réclamation provenant purement de la société civile et non d'un désir étatique.

En outre, la proposition équatorienne prévoyait la création d'une jurisprudence arbitrale, car « [l]a consistance et la cohérence de la jurisprudence créent prévisibilité et renforcent la légitimité du système d'arbitrage en matière d'investissement »¹¹⁶⁰, caractéristiques manquant dans les arbitrages CIRDI. Les sentences édictées dans le cadre des arbitrages UNASUR seraient publiées et serviraient de précédent. Or, les

¹¹⁵⁷ *Ibidem*, p. 141.

¹¹⁵⁸ *Ibidem*.

¹¹⁵⁹ Article 37(2) du règlement d'arbitrage CIRDI.

¹¹⁶⁰ Silvia Karina FIEZZONI, *op. cit.*, p. 141.

tribunaux arbitraux pourraient consolider un critère retenu dans deux affaires, ou plus, concernant une question factuelle ou juridique¹¹⁶¹.

Autre aspect extrêmement critiqué des arbitrages CIRDI est l'impossibilité d'interposer un recours d'appel contre les sentences. La proposition équatorienne pour le Centre UNASUR comprend donc la possibilité de contester la sentence par différents moyens : la rectification, la révision, la nullité et le recours d'appel. Apparemment, la proposition ne prévoyait pas une Cour d'appel permanente, mais une instance éphémère composée de trois arbitres choisis parmi une liste de huit¹¹⁶².

Plus récemment, le délégué de l'Équateur pour le groupe de travail d'experts de haut niveau de l'UNASUR, Marco Albuja, a signalé que le Centre UNASUR se différencie du CIRDI par des délais plus courts pour les litiges et des coûts moindres. Les principes du Centre UNASUR seront donc : « l'efficacité, l'efficacé, la justice, l'équilibre, la transparence, avec une rigueur particulière concernant l'éthique, la probité morale et la volonté d'éviter tout conflit d'intérêts »¹¹⁶³.

Certes, la célérité des arbitrages et la réduction des coûts administratifs peuvent être des éléments attractifs pour les investisseurs. Néanmoins, le Centre UNASUR doit se présenter comme une véritable alternative neutre, et non comme un instrument de la région pour se défendre des entreprises étrangères. Autrement, il n'est pas certain que la création de ce Centre d'arbitrage remplacerait le CIRDI : la plupart des pays sud-américains sont encore engagés par la Convention de Washington et par de nombreux

¹¹⁶¹ *Ibidem*.

¹¹⁶² *Ibidem*, p. 142.

¹¹⁶³ Marco ALBUJA, interview dans AGENCIA PÚBLICA DE NOTICIAS DEL ECUADOR Y SURAMÉRICA. *Avanzan trabajos desde Ecuador para la creación de Centro de Solución de Controversias en Inversiones de UNASUR* [en ligne], publié le 11 juin 2015. Disponible sur : <<http://www.andes.info.ec/es/noticias/avanzan-trabajos-ecuador-creacion-centro-solucion-controversias-inversiones-unasur.html-0>> (consulté le 20 octobre 2015). Marco Albuja a déclaré que le Centre UNASUR pourrait être approuvé en janvier 2016. D'après lui, le document de constitution du Centre est prêt à 85% avec le consensus des 12 pays membres de l'UNASUR. Cependant, certaines questions n'ont pas encore été résolues : le pays où siègerait le Centre, la viabilité du recours d'appel contre les sentences, la liste des arbitres et des conciliateurs, entre autres. En effet, le Procureur Général de l'Équateur, Diego García Carrión, est moins optimiste. Il a récemment déclaré que parvenir à un consensus sur le Centre régional d'arbitrage était une tâche compliquée qui pouvait prendre plusieurs années car les pays devaient négocier, se mettre d'accord et manifester leurs opinions. Selon le Procureur Général un accord n'était pas encore réussi, mais il a assuré que l'Équateur continuerait à insister sur la création du Centre jusqu'à son aboutissement. Diego GARCÍA CARRIÓN. *Présentation de l'ouvrage "L'affaire Chevron : La Défense de l'Équateur face à l'usage inadéquat de l'arbitrage d'investissement"*. Paris, 21 octobre 2015.

TPPIs¹¹⁶⁴. Ces derniers donnent généralement à l'investisseur le choix de présenter sa requête d'arbitrage devant le CIRDI ou d'autres tribunaux arbitraux. Le Centre UNASUR risque donc de se limiter à la résolution des différends avec les pays non membres de la Convention : la Bolivie, l'Équateur, le Venezuela, le Brésil et le Suriname.

¹¹⁶⁴ Cf. Euyelit Adriana MORENO-PAREDES. El arbitraje de inversiones en América del Sur: propuesta de creación de un centro alternativo de arbitraje dentro de la estructura internacional de la Unión de Naciones Sudamericanas. *Inter-American Law Review*, 2010, vol. 42, p. 193-194.

CONCLUSION

Depuis les premières discussions sur le texte de la Convention de Washington, son adéquation avec les Constitutions latino-américaines provoqua des désaccords. Pourtant, tant le rejet initial de la Convention de Washington par l'Amérique latine que son adhésion postérieure à la Convention et aux traités relatifs à la protection des investissements ne sont pas liés exclusivement aux cadres juridiques nationaux mais plutôt à la convergence d'autres facteurs économiques et politiques qui influencèrent les processus d'adoption de ces accords internationaux.

La Convention de Washington, conçue dans les années soixante, se trouvait face à une Amérique latine dont le modèle économique était nationaliste et aut centré, focalisé sur le développement de l'industrie locale. L'État assumait les investissements dans les infrastructures, les services publics et l'exploitation des ressources naturelles car ces domaines étaient fermés aux capitaux privés. Le modèle économique ne priorisait pas l'encouragement des investissements étrangers et de ce fait l'État s'endettait afin de développer les services publics et les secteurs dont il détenait le monopole.

En outre, la relation entre l'Amérique latine et les États-Unis était fortement marquée par l'interventionnisme. Les constants débarquements militaires états-uniens dans différents pays latino-américains alimentaient un sentiment de rejet vis-à-vis des politiques que le voisin du Nord cherchait à imposer. Cela s'ajoutait au climat d'instabilité politique dû aux coups d'état militaires très courants dans la région durant les années soixante.

Quant au cadre juridique de l'Amérique latine lorsque la Convention de Washington fut initialement analysée, celui-ci correspondait, d'une part, au modèle économique protectionniste et, d'autre part, au besoin que ressentait la région de se proclamer souveraine et indépendante en dépit des interventions étrangères. Les Constitutions latino-américaines octroyaient donc le contrôle de l'économie et de certains secteurs ou activités à l'État et renforçaient le concept de souveraineté en rejetant toute forme d'intervention, y comprise celle des tribunaux internationaux. La doctrine de Carlos Calvo avait été incorporée dans certaines Constitutions : elle rejetait la protection diplomatique, contraignait les étrangers à se soumettre aux tribunaux

nationaux et appliquait le principe d'égalité de manière restrictive en tant que limite des droits des étrangers.

Les cadres économique, politique et juridique des années soixante n'étaient donc pas favorables aux investissements étrangers et les États latino-américains n'avaient pas la volonté de les changer car, d'une part, leur modèle économique donnait des bons résultats en termes de croissance et, d'autre part, la région cherchait à limiter la domination états-unienne. La Convention de Washington était donc aperçue comme étant bénéfique uniquement pour les États-Unis, pays exportateur des capitaux, contrairement aux petites économies latino-américaines purement importatrices.

Ce n'est que dans les années quatre-vingt-dix que la région engagea un processus d'ouverture vers l'extérieur et décida de conclure de multiples accords internationaux dans le but d'attirer des capitaux étrangers. Cette transformation fut autant la conséquence de la crise de dette des années quatre-vingt que de la démocratisation politique des pays latino-américains plus favorable aux relations avec les États-Unis. La libéralisation des échanges commerciaux et l'acceptation des aides économiques des États-Unis furent la voie pour sortir de la crise de la « décennie perdue ». Les États latino-américains étaient convaincus de l'importance de l'encouragement des investissements étrangers et ils s'engagèrent à créer un climat national favorable aux capitaux. La signature de la Convention de Washington et de nombreux traités de protection des investissements firent partie des nouvelles politiques libérales.

Un cadre législatif favorable aux investisseurs fut donc mis en place dans la plupart des États latino-américains. Les changements constitutionnels les plus significatifs furent liés à une nouvelle conception du droit international et son inclusion – dans le cas des traités relatifs aux droits de l'homme – au sommet de la pyramide normative. Les Constitutions de la Colombie, du Chili et du Paraguay accordaient une place importante au droit international et acceptaient désormais que la souveraineté étatique soit limitée par les engagements internationaux de l'État. Les Constitutions de l'Argentine, du Costa Rica, de la Colombie, de l'Équateur, du Salvador, du Nicaragua, du Paraguay, du Pérou et de l'Uruguay avaient constitutionnalisé le processus d'intégration régionale en admettant la restriction de leur souveraineté en raison des accords régionaux ou des décisions prises par des entités régionales.

En outre, l'arbitrage fut constitutionnalisé et ainsi intégré dans les systèmes de justice nationaux comme un moyen de résolution des conflits. Le but était de protéger les décisions arbitrales d'éventuelles demandes d'inconstitutionnalité fondées sur le principe du monopole étatique dans l'administration de la justice. Quant aux arbitrages entre l'État et les personnes, les Constitutions de l'Équateur, du Salvador, du Guatemala, du Panama et du Pérou reconnurent expressément la faculté de l'État de se soumettre à l'arbitrage. Les autres pays, n'ayant pas une disposition constitutionnelle contraire, incorporèrent cette faculté de l'État dans leurs lois relatives à l'arbitrage ou dans les lois sur les contrats publics. Ainsi, l'Amérique latine changea sa perception de l'arbitrage : ce moyen de résolution des conflits, ouvert aux entités étatiques, n'était plus une cession des pouvoirs juridictionnels de l'État ; ce dernier ne faisait que reconnaître la validité de l'accord des parties qui décidaient de renoncer à la juridiction nationale.

Concernant les principes de la doctrine Calvo, ils furent généralement conservés. Cependant, les clauses Calvo n'étaient guère contraires à l'adoption de la Convention de Washington. D'une part, la clause rejetant la protection diplomatique était conforme à l'article 27 de la Convention de Washington, et d'autre part, les Constitutions de la Bolivie, du Costa Rica, de l'Équateur, du Pérou et du Venezuela, qui contraignaient les étrangers à se soumettre aux tribunaux nationaux, contenaient des exceptions concernant les traités internationaux ou les dispositions constitutionnelles sur l'arbitrage. De même, l'interprétation du principe constitutionnel d'égalité changea et devint un principe de traitement minimal contrairement à son acception antérieure.

Quant au contrôle constitutionnel des traités internationaux, le contrôle *a priori* de la constitutionnalité des instruments internationaux en Amérique latine était assez faible à l'époque de l'adoption de la Convention : inexistant dans la plupart des pays, facultatif au Chili et au Guatemala, obligatoire uniquement en Colombie et au Costa Rica. En tout cas, les contrôles préventifs effectués sur la Convention de Washington et les TBIs en Costa Rica et en Colombie ne constituèrent pas une véritable confrontation des dispositions de ces instruments internationaux avec les Constitutions nationales. Certes, les Constitutions de ces deux pays étaient favorables aux investissements étrangers et au système d'arbitrage, mais les analyses des organes de contrôle constitutionnel répondirent surtout à la nécessité que les États éprouvaient de conclure des instruments internationaux qui assureraient le développement des investissements

étrangers et donc la reprise économique. Quant aux aspects juridiques, la Constitution de la Colombie ne contenait pas de clause Calvo ordonnant la soumission des étrangers aux tribunaux nationaux et la Constitution du Costa Rica y incorporait comme exception les conventions internationales. En Colombie, seules les dispositions concernant le paiement d'une indemnisation suite à une expropriation ou à des mesures équivalentes des TPPIs furent déclarées contraires à l'article 58CN qui réservait au législateur la possibilité de déterminer les cas dans lesquels l'expropriation pouvait être effectuée sans indemnisation. Comme la contradiction entre la Constitution colombienne et les dispositions des TPPIs était manifeste, ladite disposition constitutionnelle fut supprimée en 1999 afin de pouvoir conclure ce type d'accords internationaux.

Les systèmes de contrôle constitutionnel préventif, faibles ou inexistant, laissent la porte ouverte aux systèmes de contrôle correctif qui permettent de questionner la constitutionnalité des traités internationaux de manière abstraite ou concrète. Le Costa Rica, le Salvador, le Nicaragua, le Pérou, le Guatemala et le Venezuela admettent la contestation abstraite des traités internationaux, leurs organes de contrôle constitutionnel étant habilités à analyser le contenu des instruments internationaux en vigueur et à ordonner leur inapplicabilité lorsqu'ils sont qualifiés d'inconstitutionnels.

En outre, dans tous les pays latino-américains – qu'ils admettent ou non le contrôle constitutionnel abstrait –, la possibilité d'effectuer un contrôle concret reste possible. Le contrôle constitutionnel correctif peut donc être effectué en relation avec des cas concrets soit pour contester la juridiction d'un tribunal arbitral, soit pour empêcher l'exécution des sentences arbitrales. Dans ce genre de contrôle, les effets de la sentence constitutionnelle n'impliquent pas une inapplicabilité générale de l'instrument international en question mais uniquement *inter partes*.

À ce sujet, le cadre législatif et jurisprudentiel argentin fut abordé car, d'après certains juristes, il permettait de s'opposer à l'exécution des sentences arbitrales. Cependant, le cadre national lui-même renvoie à l'application des traités internationaux ; or, la Convention de Washington s'impose sur la législation nationale lorsqu'il s'agit d'exécuter des sentences CIRDI. En outre, les critères jurisprudentiels évoqués comme justification de l'inexécutabilité des résolutions CIRDI concernaient des

sentences judiciaires étrangères, soumises à un régime d'exécution différent. À la date de la rédaction de cette thèse, aucun recours national n'avait été interposé contre l'exécution d'une résolution d'un tribunal CIRDI.

Dans tous les cas – que les effets du contrôle soient *erga omnes* ou *inter partes* –, l'inapplication d'un instrument international dégage la responsabilité de l'État concerné. Même lorsqu'un contrôle constitutionnel correctif pourrait être justifié, par exemple suite à la promulgation d'une nouvelle Constitution, ce contrôle ne dispense pas l'État de respecter ses obligations internationales. En réalité, même si les systèmes juridiques latino-américains contiennent des mécanismes constitutionnels qui semblent être une porte ouverte à la possibilité de contester les résolutions des tribunaux arbitraux internationaux, les Constitutions nationales reconnaissent elles-mêmes la validité des normes internationales et la responsabilité internationale de l'État. Ainsi, en cas de contradiction entre la Constitution et une norme internationale, le pays en question devra utiliser les mécanismes prévus par le droit international pour remettre en ordre son système juridique. Les systèmes de contrôle constitutionnel serviraient donc uniquement comme une première étape dans un processus de dénonciation d'un traité international : une déclaration d'inconstitutionnalité aurait des effets uniquement à l'intérieur d'un pays, obligeant les entités pertinentes à engager la procédure de renégociation ou de dénonciation de l'instrument international déclaré inconstitutionnel.

Cependant, bien que l'Amérique latine ait incorporé à son système juridique les principes du droit international, cette « internationalisation » de la région, serait mise en question par certains secteurs sociaux suite aux premières affaires d'arbitrage qui touchèrent de nombreux domaines sensibles pour la population. En effet, le procès d'introspection, entendu comme un procès d'appropriation et de recréation du message extérieur – dans ce cas de la signification de l'arbitrage – n'a pas atteint la société latino-américaine¹¹⁶⁵. L'arbitrage est donc aperçu par cette dernière comme une imposition des pays développés aux pays en développement, avec le seul but de protéger les intérêts des investisseurs étrangers en détriment des intérêts collectifs.

¹¹⁶⁵ Leonel PEREZNIETO CASTRO et James GRAHAM. El arbitraje comercial internacional latinoamericano, en busca de una doctrina propia. *Arbitraje: revista de arbitraje comercial y de inversiones*, 2011, vol. IV, n°2, p. 456.

L'affaire *Aguas del Aconquija* contre la Bolivie où l'intervention d'*amici curiae* fut refusée, provoqua un rejet social des boliviens envers le système d'arbitrage CIRDI qui s'est répandu aux autres pays de l'Amérique du Sud ; pourtant, le CIRDI n'a pas tardé à faire des modifications dans son règlement d'arbitrage afin de donner aux tribunaux l'attribution d'admettre l'intervention de « parties non contestantes » dans les arbitrages. En outre, quant à la transparence des procédures arbitrales, lorsque le traité international à la base du différend le prévoit, le CIRDI publie les documents et organise des audiences publiques, parfois transmises en direct ou en différée sur son site internet. La Convention de Washington n'est donc pas, à l'origine de la plupart des problèmes concernant les domaines de participation, transparence et droits de l'homme ; d'une part, les traités relatifs à l'encouragement et à la protection des investissements restent souvent muets sur ce sujet et, d'autre part, la plupart des pays manquent de dispositions nationales en matière de transparence des affaires étatiques qui pourraient être appliquées par les tribunaux arbitraux. En effet, la législation nationale ne répond pas aux critiques effectuées par la société civile contre le système d'arbitrage CIRDI, ce qui confirme que dans ce domaine les États latino-américains ne s'opposent pas aux pratiques des tribunaux arbitraux.

En ce qui concerne les droits de l'homme, l'application des normes internationales dans la matière pourrait être accordée pour qu'elles soient considérées dans l'interprétation des dispositions concernant la protection des investissements, qui devraient donc être lues à la lumière du droit international des droits de l'homme. Les tribunaux arbitraux CIRDI statuent au cas par cas, conformément à l'affaire qui leur est confiée et suivant les règles matérielles et procédurales qui leur sont imposées.

La dénonciation de la Convention de Washington, tout comme son adoption, obéit surtout aux changements politiques opérés dans certains pays latino-américains, notamment en Bolivie, en Équateur et au Venezuela. Ces alternances conduisirent à de nombreuses transformations dans les politiques économiques et dans les cadres juridiques nationales, revenant aux idées protectionnistes des années soixante. Cependant, la reprise du protectionnisme n'est pas une tendance générale en Amérique latine et ne constitue pas un *Carlos Calvo redivivus*. Bien que certains gouvernements montrent publiquement leur méfiance envers le système d'arbitrage d'investissements, souvent les discours gouvernementaux n'obéissent qu'à des motivations politiques,

contrastant avec la réalité : d'une part les États latino-américains continuent à conclure des contrats incluant des clauses arbitrales et, d'autre part, ils restent soumis à leurs engagements internationaux, la plupart de ces pays n'ayant même pas fait l'effort d'y renoncer.

En revanche, en Bolivie et en Équateur, le rejet de l'arbitrage des investissements s'est imprimé dans leurs dernières Constitutions. Ils ont incorporé des restrictions à l'arbitrage dans la norme suprême nationale afin de se protéger ; d'une part, parce que la procédure de réforme constitutionnelle est plus sophistiquée que celui des autres normes et, d'autre part, car toutes les normes – les traités internationaux inclus – doivent se conformer à la Constitution, ce qui justifie la dénonciation de tout instrument contraire.

L'Équateur réalisa le contrôle constitutionnel de la Convention de Washington et des traités pour la protection des investissements. La première suivit uniquement le contrôle politique de l'Exécutif équatorien car le contrôle judiciaire préalable à la dénonciation d'un traité n'était pas encore prévu à la date de dénonciation de la Convention. Dans son décret de dénonciation, l'Exécutif déclara, la Convention, contraire à l'article 422 de la Constitution nationale qui interdisait la cession de la juridiction souveraine à une instance d'arbitrage international. Toutefois, l'interdiction constitutionnelle ne concerne que les TPPIs, non la Convention de Washington.

Les TPPIs furent en effet soumis au contrôle judiciaire constitutionnel préalable à leur dénonciation. Bien que la Cour Constitutionnelle se réfère dans ses décisions, à l'article 422 de la Constitution, pour les déclarer « inconstitutionnels », son raisonnement manquait pourtant de cohérence juridique. Laissant à penser qu'elle servait uniquement les intérêts du gouvernement dont l'objectif est de se libérer du joug de la juridiction du CIRDI. Néanmoins, la seule dénonciation de la Convention de Washington ne suffit pas pour écarter la juridiction du Centre. Les différends concernant un ancien État membre de la Convention n'excèdent pas manifestement – de ce seul fait – la compétence du Centre. Ainsi, le contrôle *prima facie* effectué par le Secrétaire du CIRDI, n'empêche pas l'enregistrement d'une affaire. L'article 72 de la Convention protège les droits des investisseurs découlant d'un consentement à

l'arbitrage du Centre ; ainsi, la question du consentement unilatéral de l'État fut abordée.

À ce sujet, que le consentement unilatéral de l'État soit valide aux propos de l'article 72 de la Convention, permet la recevabilité du consentement de l'investisseur manifesté durant la période de six mois avant la prise d'effets de la dénonciation. Cependant, après cette période, l'offre unilatérale ne peut plus être acceptée puisqu'elle est, en général, conditionnée par l'appartenance de l'État à la Convention de Washington. L'investisseur pourra donc accepter l'offre d'arbitrage étatique du TPPI mais uniquement en choisissant une autre méthode de règlement des conflits, tel que le mécanisme supplémentaire du CIRDI sous réserve qu'il soit prévu.

En outre, le rejet à l'arbitrage d'investissements n'est pas absolu. La limitation à l'arbitrage contenue dans la Constitution équatorienne concerne uniquement l'interdiction à l'État de donner son consentement général à l'arbitrage à travers des traités internationaux, pouvant donc le faire de manière contractuelle. En Bolivie, l'État peut être soumis à un arbitrage national, selon le règlement ou la procédure de n'importe quelle institution arbitrale, admettant, à défaut d'accord, que le règlement d'un Centre régional, dont la Bolivie fasse partie, puisse être désigné. Enfin, le Venezuela impose la juridiction des tribunaux nationaux avec la seule exception des mécanismes construits dans le cadre de l'intégration régionale latino-américaine.

Les pays détracteurs du CIRDI encouragent donc la création d'un centre régional d'arbitrage qui comblerait les défauts du système CIRDI, surtout en ce qui concerne les moyens de recours contre les résolutions arbitrales et la création d'une jurisprudence arbitrale qui apporterait de la cohérence aux résolutions des tribunaux. Pourtant, la proposition équatorienne présentée dans le cadre de l'UNASUR, en plus d'être conçue comme un moyen de protection contre les intérêts des investisseurs étrangers, contient des dispositions trop restrictives de la juridiction qui empêcheraient au Centre régional de remplacer le CIRDI, en tout cas pour les pays qui continuent à être membres de ce dernier. Le Centre régional risque donc de n'être utilisé que par les pays non membres de la Convention de Washington : la Bolivie, l'Équateur, le Venezuela, le Brésil et le Suriname. En effet, le Centre régional nécessiterait la mise en place d'une structure juridique d'une part moins restrictive et, d'autre part, qui garantirait la neutralité des

tribunaux, car il est certain que les investisseurs ne se soumettront pas à un Centre dont le but est de défendre la région des intérêts des capitaux transnationaux. Le développement d'un Centre régional dans le cadre de l'UNASUR est encore en discussion, si une telle instance régionale parvient à être finalement créée, elle fera sans doute l'objet de futures recherches en matière d'arbitrage des investissements.

BIBLIOGRAPHIE

Cette bibliographie ne prétend pas être exhaustive. Par ailleurs, elle ne reprend pas l'ensemble des références citées dans les notes de bas de pages.

I) Ouvrages généraux et spécialisés, thèses, traités, manuels, cours et ouvrages collectifs.

ACOSTA, Alberto, MARTÍNEZ, Esperanza (compilateurs). *El Buen Vivir: una vía para el desarrollo*. Quito : Abya-Yala, 2009, 184 p.

ACOSTA, Alberto. *Breve historia económica del Ecuador*. 2^{ème} éd. Quito : Corporación editora nacional, 2002, 406 p.

ACOSTA, Alberto. *Le buen vivir : pour imaginer d'autres mondes* (traduit par Marion BARAILLES). Paris : Éd. Utopia, 2014, 186 p.

AMNESTY INTERNATIONAL. *Les Normes des Nations unies sur la responsabilité des entreprises en matière des droits de l'homme : vers une responsabilité juridique*. Paris : les éditions francophones d'Amnesty International, 2004, 34 p.

ARAÚZ RAMOS, Juan Carlos. *Constitucionalización y justicia constitucional en el arbitraje comercial panameño*. Thèse de doctorat en droit. Madrid : Universidad Complutense de Madrid, 2013, 511 p.

ARKONADA, Kantu (coord.). *Transiciones hacia el Vivir Bien o la construcción de un nuevo proyecto político en el Estado Plurinacional de Bolivia*. La Paz : Ministerio de Culturas, 2012, 275 p.

BAKAN, Joel. *The corporation: the pathological pursuit of profit and power*. New York : Free Press, 2004, 228 p.

BANQUE SUDAMÉRIS. *Le Mercosur : situation actuelle et perspectives*. Paris : Banque Sudaméris, 1997, 87 p.

BARKER, Ernest. *Principles of social and political theory*. Oxford : Clarendon Press, 1951, 284 p.

BATAILLON, Gilles. *Dictatures militaires et réversibilité politique en Amérique latine*. Paris : Fondation Saint-Simon, 1984, 20 p.

BÉGUIN, Jacques. *L'arbitrage commercial international*. Montréal : Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, 1987, 279 p.

BIDART CAMPOS, Germán. *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*. México : UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, 529 p.

BOLIVAR, Simon. *Bolívar, pages choisies*. Paris : Institut des hautes études de l'Amérique latine, 1966, 239 p.

BOLIVAR, Simon. *La conscience de l'Amérique : lettres et discours politiques du Libertador*. Traduit de l'espagnol par Laurent TRANIER. Paris : Toute Latitude, 2008, 192 p.

BONOMO, Stéphane. *Les traités bilatéraux relatifs aux investissements : entre protection des investissements étrangers et sauvegarde de la souveraineté des États*. Aix-en-Provence : Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2012, 374 p.

BORN, Gary B. *International Commercial Arbitration*. Vol. 1. Alphen : Kluwer Law International, 2009, 1738 p.

BRANDS, Hal. *Latin America's cold war*. Cambridge : Harvard University Press, 2010, 385 p.

- BREWER CARIÁS, Allan R. *Estado de derecho y control judicial : justicia constitucional, contencioso-administrativo y derecho de amparo*. Madrid : Instituto Nacional de Administración Pública, 1987, 679 p.
- BROWN, Chester, MILES, Kate (éd.). *Evolution in investment treaty law and arbitration*. Cambridge : Cambridge University Press, 2011, 699 p.
- BROWNLIE, Ian. *Principles of public international law*. 7ème ed. Oxford : Oxford University Press, 2008, 784 p.
- CABALLERO JUÁREZ, José Antonio, GREGORIO, Carlos G. et al. (ed.). *El acceso a la información judicial en México: una visión comparada*. Mexico, D.F. : UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, 331 p.
- CALVO, Carlos. *Le droit international théorique et pratique précédé d'un exposé historique des progrès de la science du droit des gens*. Tomes I-IV. 3ème éd. Paris : Guillaumin, 1880, 2448 p.
- CAMILLERI, Joseph A., FALK, Jim. *The end of sovereignty ? : the politics of a shrinking and fragmenting world*. Aldershot ; Brookfield : Elgar, 1992, 312 p.
- CAMPUZANO VOLPE, Felipe. *Autoritarismo y democracia en América Latina : los retos de la transición*. México : Universidad Autónoma Metropolitana, 2007, 276 p.
- CARBONELL, Miguel, BUSTILLOS ROÑEQUÍ, Jorge (ed.). *Hacia una democracia de contenidos: la reforma constitucional en materia de transparencia*. Mexico, D.F. : UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, 174 p.
- CARBONELL, Miguel. *El régimen constitucional de la transparencia*. Mexico, D.F. : UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008, 96 p.
- CENTENO, Miguel A., LOPEZ-ALVES, Fernando (ed.). *The other mirror : grand theory through the lens of Latin America*. Oxford : Princeton University Press, 2001, 372 p.
- CENTRE INTERNATIONAL POUR LE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS RELATIFS AUX INVESTISSEMENTS. *Convention on the settlement of investment disputes between States and nationals of other States. Documents concerning the origin and the formulation of the Convention*. Tomes 1-3. Washington : ICSID, 1968, 2358 p.
- CHILLÓN MEDINA, José María et MERINO MERCHÁN, José Fernando. *Tratado de Arbitraje Privado Interno e Internacional*. 2ème éd. Madrid : Civitas S.A., 1991, 1380 p.
- CHINCHILLA HERRERA, Tulio Elí. *Constitución Política de Colombia comentada por la Comisión Colombiana de Juristas. Título V : de la organización del Estado*. Bogotá : Comisión Colombiana de Juristas, 1998, 118 p.
- CHINCHILLA HERRERA, Tulio Elí. *Constitución Política de Colombia comentada por la Comisión Colombiana de Juristas. Título VI : de la rama legislativa*. Bogotá : Comisión Colombiana de Juristas, 1998, 329 p.
- CHIRINOS ROJAS, Mariengracia. *El acceso a la información como derecho humano : el derecho a saber en Venezuela*. Universidad Católica Andrés Bello, octubre 2012.
- CIFUENTES MUÑOZ, Manuel. *Constitución Política de Colombia comentada por la Comisión Colombiana de Juristas. Título III : De los habitantes y del territorio*. Bogotá : Comisión Colombiana de Juristas, 1998, 117 p.
- COHEN, Jean L. *Globalization and sovereignty : rethinking legality, legitimacy and constitutionalism*. Cambridge : Cambridge University Press, 2012, 442 p.
- CONFÉRENCE DES NATIONS UNIES SUR LE COMMERCE ET LE DÉVELOPPEMENT. *Fair and equitable treatment : United Nations conference on trade and development*. New York : United Nations, 1999, 76 p.

- CONTRERAS OSORIO, Rodrigo (coord.). *La gauche au pouvoir en Amérique latine*. Paris : L'Harmattan, 2007, 230 p.
- COUFFIGNAL, Georges (dir.). *Réinventer la démocratie : le défi latino-américain*. Paris : Presses de la Fondation nationale des sciences politiques, 1992, 330 p.
- CRANDALL, Russell C.. *The United States and Latin America after the Cold War*. New York : Cambridge University Press, 2008, 260 p.
- DABÈNE, Olivier. *L'Amérique latine à l'époque contemporaine*. 7^{ème} éd. Paris : Armand Colin, 2011, 272 p.
- DAVID, René. *L'arbitrage dans le commerce international*. Paris : Economica, 1982, 613 p.
- DO ALTO, Hervé, STEFANONI, Pablo. *Nous serons des millions. Evo Morales et la gauche au pouvoir en Bolivie*. Paris : Éditions Raisons d'agir, 2008, 128 p.
- DOLZER, Rudolf, SCHREUER, Christoph. *Principles of international investment law*. 2^{ème} Édition. Oxford : Oxford University Press, 2012, 417 p.
- EGAS R., José María. *Ecuador y el gobierno de la Junta Militar*. Buenos Aires : Tierra Nueva, 1975, 87 p.
- ESCUELA SUPERIOR DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. *Constitución Política de Colombia 1991*. 2^{ème} éd. Santafé de Bogotá : ESAP, 1992, 300 p.
- FAVRE, Henri. *Amérique latine frente al desafío del Neoliberalismo*. Lima : Instituto Francés de Estudios Andinos : Lluvia Editores, 2002, 136 p.
- FAVRE, Henri. *L'Amérique latine*. Paris : Flammarion, 1998, 125 p.
- FORTÍN MAGAÑA, René. *Constituciones Iberoamericanas : El Salvador*. México, D.F. : UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, 158 p.
- FOUCHARD, Philippe, GAILLARD, Emmanuel et GOLDMAN, Berthold. *Traité de l'arbitrage commercial international*. Paris : Litec, 1996, 1225 p.
- FREEMAN, Alwyn. *The international responsibility of States for denial of justice*. Londres ; New York : Longmans, Green and Co., 1938, 758 p.
- GARCÍA BELAUNDE, Domingo, FERNANDEZ SEGADO, Francisco (ed.). *La Jurisdicción constitucional en Iberoamérica*. Madrid : Éd. Dykinson, 1997, 963 p.
- GARCIA, Jean-René. *La Bolivie : histoire constitutionnelle et ambivalence du pouvoir exécutif*. Paris : L'Harmattan, 2010, 284 p.
- GRAUX, Allain. *De Simón Bolívar à Hugo Chávez : un panorama sur la République Bolivarienne de Venezuela*. Paris : Les points sur les i éd., 2013, 327 p.
- GUZMAN PEREZ, Rosa Amilli. *L'intérêt des parties et l'intérêt public dans l'arbitrage transnational : l'exemple de l'ALENA*. Mémoire de master recherche, droit du commerce international. Nancy : Université de Nancy 2, 27 juin 2008, 71 p.
- HAMNETT, Brian R. *Histoire du Mexique*. Paris : Perrin, 2009, 380 p.
- HERNÁNDEZ MUÑOZ, Eladio. *Transición en democracia (Venezuela 1935-1999)*. Caracas : Facultad de Ciencias jurídicas y políticas, 2008, 291 p.
- HIRSCH, Moshe. *The arbitration mechanism of the International Centre for the Settlement of Investment Disputes*, Dordrecht ; Boston ; London : Nijhoff Publishers, 1993, 264 p.
- HOLDEN, Robert H., ZOLOV, Eric (éditeurs). *Latin America and the United States : A documentary history*. 2^{ème} éd. New York : Oxford University Press, 2011, 414 p.
- HUESA VINAIXA, Rosario, WELLENS, Karel (dir.). *L'influence des sources sur l'unité et la fragmentation du droit international : travaux du séminaire tenu à Palma, les 20-21 mai 2005*. Bruxelles : Bruylant, 2006, 280 p.

- IGLESIAS, Enrique V. *Reflections on economic development : toward a new Latin American consensus*. Washington : J. Hopkins University Press, 1992, 158 p.
- JACKSON, Robert. *Sovereignty : evolution of an idea*. Cambridge : Polity Press, 2007, 180 p.
- JACOB, Marc. *International investment agreements and human rights*. INEF Research Paper Series on Human Rights, Corporate Responsibility and Sustainable Development. Duisburg : Institute for Development and Peace, University of Duisburg Essen, 2010, 52 p.
- JACOB, Patrick, LATTY, Franck. Arbitrage transnational et droit international général. *Annuaire français de droit international*, 2012, p. 605-652.
- KIRKWOOD, Burton. *The history of Mexico*. 2^{ème} éd. Santa Barbara, Calif. ; Denver, Colo. ; Oxford : Greenwood Press/ABC-CLIO, 2010, 258 p.
- KLÄGER, Roland. *Fair and equitable treatment on international investment law*. Cambridge : Cambridge University Press, 2011, 361 p.
- KOROWICZ, Marek Stanislaw. *Some present aspects of sovereignty in international law*. Leiden : A. W. Sijthoff, 1961, 120 p.
- LANCHA, Charles. *Histoire de l'Amérique hispanique de Bolívar à nos jours*. Paris : L'Harmattan, 2003, 544 p.
- LAVIEC, Jean-Pierre. *Protection et promotion des investissements : étude de droit international économique*. Paris : Presses Universitaires de France, 1986, 331 p.
- LUNA PLA, Issa. *Movimiento social del derecho a la información en México*. Mexico, D.F. : UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009, 199 p.
- MACHICADO, Jorge. *Derecho Constitucional Boliviano*. Sucre : USFX Universidad San Francisco Xavier, 2009, 49 p.
- MALAMUD, Carlos. *América Latina, siglo XX : la búsqueda de la democracia*. Madrid : Editorial Síntesis, 1992, 170 p.
- MANCIAUX, Sébastien. *Investissements étrangers et arbitrage entre États et ressortissants d'autres États : trente années d'activité du Cirdi*. Paris : Litec-CREDIMI, 2004, 727 p.
- MANN, Howard. *Private Rights, Public Problems : a guide to NAFTA's controversial chapter on investor rights*. Winneipeg : IISD, 2001, 110 p.
- MAS, Mariana (ed.). *Venciendo la cultura del secreto : obstáculos en la implementación de políticas y normas de acceso a la información pública en siete países de América Latina*. Montevideo : Centro de Archivos y Acceso a la Información Pública, 2011, 110 p.
- MAZUYER, Emmanuelle (ed.). *Regards croisés sur le phénomène de la responsabilité sociale de l'entreprise*. Paris : la Documentation française, 2010, 273 p.
- MEADE, Teresa A. *A history of modern Latin America : 1800 to the present*. Oxford : Wiley-Blackwell, 2010, 389 p.
- MENEM, Carlos Saul. *Integración americana*. San Isidro (Argentina) : Ceyne, 1991, 239 p.
- MESA, José de, GISBERT, Teresa, MESA GISBERT, Carlos D. *Historia de Bolivia*. 4^{ème} éd. La Paz : Editorial Gisbert, 2001, 906 p.
- MONTÚFAR, César. *La reconstrucción neoliberal : Febres Cordero o la estatización del neoliberalismo en el Ecuador 1984-1988*. Quito : Ediciones Abya-Yala, 2000, 169 p.
- MORALES, Evo. *Pour en finir avec l'État colonial : discours d'investiture présidentielle*. Paris : L'Esprit frappeur, 2006, 87 p.
- MORALES, Waltraud Q. *A brief history of Bolivia*. 2^{ème} éd. New York : Facts On File, 2010, 338 p.

- MOTA, Carlos Guilherme, LOPEZ, Adriana. *Historia de Brasil, una interpretación*. Salamanca : Ediciones Universidad Salamanca, 2009, 724 p.
- MOURRA, Mary H., CARBONNEAU, Thomas E. (ed.). *Latin American investment treaty arbitration : the controversies and conflicts*. Austin : Wolters Kluwer, 2008, 210 p.
- MUCHLINSKI, Peter T. *Multinational enterprises and the law*. 2^{ème} éd. Oxford : Oxford University Press, 2007, 767 p.
- MULLERAT, Ramon (éd.). *Corporate social responsibility : the corporate governance of the 21st century*. 2nd éd. Alphen aan den Rijn : Wolters Kluwer, 2011, 570 p.
- NANTEUIL, Arnaud de. *Droit international de l'investissement*. Paris : Pedone, 2014, 431 p.
- NANTEUIL, Arnaud de. *L'expropriation indirecte en droit international de l'investissement*. Paris : Pedone, 2014, 650 p.
- NEWCOMBE, Andrew, PARADELL, Lluís. *Law and practice of investment treaties : standards of treatment*. Austin : Wolters Kluwer, 2009, 614 p.
- NIETO, Clara. *Los amos de la guerra : el intervencionismo de Estados Unidos en América latina, de Eisenhower a G.W. Bush*. Barcelona : Debate, 2005, 649 p.
- OLIVERA, Oscar. *¡Cochabamba! Water war in Bolivia*. Cambridge, Massachusetts : South End Press, 2004, 208 p.
- ORGANISATION DES TRAVAILLEURS RÉVOLUTIONNAIRES, OTR-UCI (ed.). *Haiti, 1986-2004 : de la chute de Duvalier à l'éviction d'Aristide : une histoire politique*. Pantin : les Bons caractères, 2005, 525 p.
- OSUNA PATIÑO, Néstor. *Constituciones iberoamericanas : Colombia*. Mexico : UNAM, Instituto de Investigaciones jurídicas, 2006, 117 p.
- PAULSSON, Jan. *Denial of justice in international law*. Cambridge : Cambridge University Press, 2005, 279 p.
- PETERSON, Luke Eric. *Droits humains et traités bilatéraux d'investissement : le rôle du droit relatif aux droits humains dans l'arbitrage des différends entre investisseurs et États*. Montréal : Droits et Démocratie, 2009, 45 p.
- PINEDA, Francisco. *Evo Morales : el cambio comenzó en Bolivia*. Cordoba : Almuzara, 2007, 173 p.
- QUIROGA LAVIÉ, Humberto. *Constitución de la nación argentina comentada*. 4^{ème} éd. Buenos Aires : Zavalia, 2003, 968 p.
- QUIROGA LAVIÉ, Humberto. *Derecho constitucional latinoamericano*. México, D.F. : Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1991, 537 p.
- RAMÍREZ GALLEGOS, René. *La felicidad como medida del Buen Vivir en Ecuador: entre la materialidad y la subjetividad*. Quito : SENPLADES, 2008, 60 p.
- RIADO, Pierre. *L'Amérique latine de 1945 à nos jours*. Paris : Masson, 1992, 405 p.
- ROJAS CARÓN, León. *La Constitución hondureña brevemente analizada*. Tegucigalpa : Litografía López, 2001, 622 p.
- ROUQUIÉ, Alain. *À l'ombre des dictatures : la démocratie en Amérique latine*. Paris : Albin Michel, 2009, 377 p.
- ROUQUIÉ, Alain. *Amérique latine: introduction à l'Extrême-Occident*. Paris : Éd. du Seuil, 1998, 484 p.
- ROUQUIÉ, Alain. *Guerres et paix en Amérique centrale*. Paris : Éd. du Seuil, 1992, 407 p.
- ROUQUIÉ, Alain. *L'État militaire en Amérique latine*. Paris : Éd. du Seuil, 1982, 475 p.

- SAGÜES, Néstor Pedro. *Constituciones iberoamericanas : Argentina*. México : UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, 184 p.
- SAINT-UPÉRY, Marc. *Le rêve de Bolivar : le défi des gauches sud-américaines*. Paris : La Découverte, 2007, 331 p.
- SALAMA, Pierre, TISSIER, Patrick. *L'industrialisation dans le sous-développement*. Paris : François Maspero, 1982, 218 p.
- SALAMA, Pierre, VALIER, Jacques. *L'Amérique latine dans la crise : l'industrialisation pervertie*. Paris : Nathan, 1991, 223 p.
- SALAMA, Pierre. *La dollarisation : essai sur la monnaie, l'industrialisation et l'endettement des pays sous développés*. Paris : La Découverte, 1989, 102 p.
- SALAMA, Pierre. *Les économies émergentes latino-américaines, entre cigales et fourmis*. Paris : Armand Colin, 2012, 225 p.
- SANCHEZ PARGA, José. *La pugna de poderes : análisis crítico del sistema político ecuatoriano*. Quito : Ediciones Abya-Yala, 1998, 245 p.
- SCHNEIDERMAN, David. *Constitutionalizing economic globalization : investment rules and democracy's promise*. Cambridge : Cambridge University Press, 2008, 326 p.
- SCHREUER, Christoph H. *The Icsid Convention : a commentary*. 2^{ème} éd. Cambridge : Cambridge University Press, 2009, 1524 p.
- SHAN, Wenhua, SIMONS, Penelope, SINGH, Dalvinder (ed.). *Redefining sovereignty in international economic law*. Oxford ; Portland : Hart Publishing, 2008, 470 p.
- SHEA, Donald R. *The Calvo clause : a problem of inter-american and international law and diplomacy*. Minneapolis : University of Minnesota Press, 1955, 323 p.
- SHINODA, Hideaki. *Re-examining sovereignty : from classical theory to the global age*. Houndmills ; New York : Macmillan Press LTD : St. Martin's Press Inc., 2000, 228 p.
- SORNARAJAH, Muthucumaraswamy. *The international law on foreign investment*. 3^{ème} éd. Cambridge : Cambridge University Press, 2010, 524 p.
- STATEN, Clifford L. *The history of Nicaragua*. Santa Barbara, Calif. : Greenwood, 2010, 175 p.
- SUBEDI, Surya P. *International investment law : reconciling policy and principle*. 2^{ème} édition. Oxford ; Portland : Hart Publishing, 2012, 232 p.
- TELESCA, Ignacio (dir.). *Historia del Paraguay*. Asunción : Taurus, 2010, 443 p.
- TITTO, Ricardo de. *Breve historia de la política argentina*. Buenos Aires : Editorial El Ateneo, 2009, 351 p.
- TORRE, Carlos de la. *Populist seduction in Latin America : the ecuadorian experience*. Ohio : Ohio University Press, 2000, 185 p.
- TOUSSAINT, Eric. *Banque mondiale, le coup d'État permanent : l'agenda caché du Consensus de Washington*. Paris : Syllepse, 2006, 310 p.
- URREGO, Miguel Angel. *Intelectuales, Estado y nación : de la guerra de los mil días a la constitución de 1991*. Bogotá : Siglo de Hombre Editores, 2002, 244 p.
- VARGAS SOLÍS, Luis Paulino. *Costa Rica, 1985-1997 : liberalización y ajuste estructural o la autodestrucción del neoliberalismo*. San Jose : Euned, 2002, 372 p.
- VAYSSIÈRE, Pierre. *L'Amérique latine de 1890 à nos jours*. 3^{ème} éd. Paris : Hachette, 2006, 287 p.
- VESCOVI, Enrique. *Elementos para una teoría general del proceso civil latinoamericano*. México, D.F. : UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1978, 103 p.

VILLANUEVA, Ernesto. *Derecho de acceso a la información pública en Latinoamérica, Estudio introductorio y compilación*. México, D.F. : UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, 547 p.

VILLANUEVA, Ernesto. *Temas selectos de derecho de la información*. Mexico, D.F. : UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004, 238 p.

WÄLDE, Thomas W. *Nouveaux horizons pour le droit international des investissements dans le contexte de la mondialisation de l'économie: études de questions spécifiques*. Paris : A. Pedone, 2004, 77 p.

WALKER, Thomas W. et WADE, Christine J. *Nicaragua : living in the shadow of the eagle*. 5^{ème} éd. Boulder, Colo. : Westview Press, 2010, 246 p.

WOOD, Bryce. *The dismantling of the good neighbor policy*. Austin, Texas : University of Texas Press, 1985, 290 p.

YOUNG, Margaret A. (éd.). *Regime interaction in international law : facing fragmentation*. Cambridge : Cambridge University Press, 2012, 334 p.

ZAMMIT, Nasser. *Human rights and State responsibility*. Paris : Connaissances et Savoirs, 2011, 680 p.

II) Articles et chapitres d'ouvrages collectifs.

ANAYA, Enrique S. La justicia constitucional en El Salvador. In : BOGDANDY, Armin von, FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, MORALES ANTONIAZZI, Mariela (coord.). *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitutionale commune en América latina?* México : UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010, p. 297-344.

ANDRADE A., Pablo. Negociando el cambio : fuerzas sociales y políticas en la Asamblea Constituyente ecuatoriana de 1998. In : VICIANO, Roberto et al. (éd.). *Estudios sobre la Constitución ecuatoriana de 1998*. Valencia : Éd. Tirant lo Blanch, 2005, p. 33-77.

ANDRADE UBIDIA, Santiago. La Constitución política y la administración de justicia. In : VICIANO, Roberto et al. (éd.). *Estudios sobre la Constitución ecuatoriana de 1998*. Valencia : Éd. Tirant lo Blanch, 2005, p. 261-338.

ARCHONDO, Rafael. La Bolivie : que peut-elle attendre d'Evo Morales ? In : CONTRERAS OSORIO, Rodrigo (coord.). *La gauche au pouvoir en Amérique latine*. Paris : L'Harmattan, 2007, p. 141-150.

ATIK, Jeffery. Legitimacy, transparency and NGO participation in the NAFTA Chapter 11 process. In : WEILER, Todd (ed.). *NAFTA Investment Law and Arbitration : past issues, current practice, future prospects*. New York : Transnational Publishers, 2004, p. 135-151.

BEN HAMIDA, Walid. La dénonciation de la Convention de Washington : un adieu ou un simple au revoir. In : HORCHANI, Ferhat (dir.). *CIRDI, quarante ans après : bilan d'un système*. Paris : Pedone, 2011, p. 109-138.

BREWER CARÍAS, Allan. La jurisdicción constitucional en América latina. In : GARCÍA BELAUNDE, Domingo, FERNANDEZ SEGADO, Francisco (ed.). *La Jurisdicción constitucional en Iberoamérica*. Madrid : Éd. Dykinson, 1997, p. 117-161.

BUSTILLOS ROÑEQUÍ, Jorge. Máxima publicidad y la reserva de información como excepción. In : CARBONELL, Miguel, BUSTILLOS ROÑEQUÍ, Jorge (ed.). *Hacia una democracia de contenidos: la reforma constitucional en materia de transparencia*. Mexico, D.F. : UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, p 37-69.

CHIRIBOGA ZAMBRANO, Galo. Algunos comentarios preliminares sobre la Constitución de 1998. In : CHIRIBOGA, Galo, QUINTERO, Rafael (éd.). *Alcances y limitaciones de la reforma política en Ecuador*. Quito : Asociación Americana de Juristas, 1998, p. 33-71.

- CONCHA CANTÚ, Hugo A. El acceso a la información de los poderes judiciales en México. In : CONCHA CANTÚ, Hugo A., LÓPEZ AYLLÓN, Sergio, TACHER EPELSTEIN, Lucy (ed.). *Transparencia al Estado : la experiencia mexicana de acceso a la información*. Mexico, D.F. : UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, p. 157-207.
- COUFFIGNAL, Georges, GOURDON, Hubert. Alternances politiques et nouvel ordre constitutionnel en Amérique latine. In : *Amérique latine : la nouvelle donne politique et économique*. Paris : La Documentation Française, 2009, p. 105-119.
- COUFFIGNAL, Georges. Les relations Union-Européenne-Amérique latine : simple routine ou prolégomènes d'une politique étrangère européenne ? In : *Amérique latine, une Amérique toujours plus diverse*. Paris : La Documentation Française, 2010, p. 99-112.
- CUAREZMA TERÁN, Sergio J. Introducción al control constitucional en Nicaragua. In : BAZÁN, Víctor (ed.). *Derecho procesal constitucional americano y europeo*. Vol. I. Buenos Aires : Abeledo Perrot, 2010, p. 605-626.
- DALLA VIA, Alberto Ricardo. Modelos, tribunales y sentencias constitucionales. In : BOGDANDY, Armin von, FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, MORALES ANTONIAZZI, Mariela (coord.). *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitutionale commune en América latina?* México : UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010, p. 445-466.
- DÁVILA ESCAREÑO, Ángel. La acción abstracta de inconstitucionalidad. In : FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, DANÉS ROJAS, Edgar (dir.). *La protección orgánica de la Constitución. Memorias del III Congreso mexicano de Derecho procesal constitucional*. México : UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, p. 189-210.
- DO ALTO, Hervé. La « révolution » d'Evo Morales ou les voies sinueuses de la refondation de la Bolivie. In : GAUDICHAUD, Frank (dir.). *Le volcan latino-américain : gauches, mouvements sociaux et néolibéralisme en Amérique latine*. Paris : Textuel, 2008, p. 205-224.
- DUPUY, Pierre-Marie. Unification rather than fragmentation of international law? The case of international investment law and human rights law. In : DUPUY, Pierre-Marie, FRANCIONI, Francesco, PETERSMANN, Ernst-Ulrich (éd). *Human rights in international investment law and arbitration*. Oxford : Oxford University Press, 2009, p. 45-62.
- FERRER, Aldo. Dette, souveraineté et démocratie en Amérique latine. In : ADDA, Jacques (ed.). *L'Amérique latine face à la dette : 1982-1989*. Paris : La documentation française, 1990, p. 111-132.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor. La justicia constitucional en América latina. In : INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS (ed.). *El constitucionalismo en las postrimerías del siglo XX*. Tome IV. Mexico : UNAM, 1989, p. 451-532.
- GALLUS, Nick. The 'fair and equitable treatment' standard and the circumstances of the host State. In : BROWN, Chester, MILES, Kate (éd.). *Evolution in investment treaty law and arbitration*. Cambridge : Cambridge University Press, 2011, p. 223-245.
- GARCÍA BELAUNDE, Domingo, FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. La jurisdicción constitucional en Guatemala. In : *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*. Madrid : Éd. Dykinson, 1997, p. 711-741.
- GHARAVI, Hamid. Le Secrétaire Général du CIRDI. In : Ferhat HORCHANI (dir.). *CIRDI, quarante ans après : bilan d'un système*. Paris : Pedone, 2011, p. 155-164.
- GLINSKI, Carola. Corporate codes of conduct: moral or legal obligation ? In : MCBARNET, Doreen, VOICULESCU, Aurora, CAMPBELL, Tom (éd). *The new corporate accountability: corporate social responsibility and the law*. Cambridge : Cambridge University Press, 2009, p. 119-147.

GOLDSTONE, Richard J. The role of law and justice in governance : regional and global. In : THAKUR, Ramesh, MALCONTENT, Peter (ed.). *From sovereign impunity to international accountability : the search for justice in a world of states*. Tokyo ; New York ; Paris : United Nations University Press, 2004, p. viii-xi.

HERNÁNDEZ VALLE, Rubén. La jurisdicción constitucional en Costa Rica. In : BOGDANDY, Armin von, FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, MORALES ANTONIAZZI, Mariela (coord.). *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitutionale commune en América latina?* México : UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010, p. 539-590.

HIGHTON, Elena I. Sistemas concentrado y difuso de control de constitucionalidad. In : BOGDANDY, Armin von, FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, MORALES ANTONIAZZI, Mariela (coord.). *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitutionale commune en América latina?* México : UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010, p. 107-173.

HITTERS, Juan Carlos. La jurisdicción constitucional en Argentina. In : GARCÍA BELAUNDE, Domingo, FERNANDEZ SEGADO, Francisco (ed.). *La Jurisdicción constitucional en Iberoamérica*. Madrid : Éd. Dykinson, 1997, p. 283-305.

HORCHANI, Ferhat. Les droits de l'homme et le droit des investissements internationaux. In : BOY, Laurence, RACINE, Jean-Baptiste, SIIRIAINEN, Fabrice (ed.). *Droit économique et droits de l'homme*. Bruxelles : Larcier, 2009, p. 139-165.

ISLAS L., Jorge. La información pública y la jurisprudencia internacional. In : CARBONELL, Miguel, BUSTILLOS ROÑEQUÍ, Jorge (ed.). *Hacia una democracia de contenidos: la reforma constitucional en materia de transparencia*. Mexico, D.F. : UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, p. 155-174.

KINLEY, David, NOLAN, Justine, ZERIAL, Natalie. 'The Norms are dead ! Long live the Norms !' The politics behind the UN Human Rights Norms for Corporations. In : MCBARNET, Doreen, VOICULESCU, Aurora, CAMPBELL, Tom (éd). *The new corporate accountability: corporate social responsibility and the law*. Cambridge : Cambridge University Press, 2009, p. 459-475.

KNOLL-TUDOR, Ioana. The fair and equitable treatment standard and human rights norms. In : DUPUY, Pierre-Marie, FRANCONI, Francesco, PETERSMANN, Ernst-Ulrich (éd). *Human rights in international investment law and arbitration*. Oxford : Oxford University Press, 2009, p. 310-343.

KRIEBAUM, Ursula. Privatizing human rights : the interface between international investment protection and human rights. In : REINISCH, August, KRIEBAUM, Ursula (éd.). *The law of international relations : liber amicorum Hanspeter Neuhold*. Utrecht : Eleven International Pub, 2007, p. 165-189.

LACUISSE, Marie-Esther. Équateur : la révolution citoyenne, des institutions pour le peuple à la personnification du pouvoir. In : DABÈNE, Olivier (dir.). *La gauche en Amérique latine*. Paris : Presses de la Fondation Nationale des Sciences Politiques, 2012, p. 147-173.

LOPEZ GUERRA, Luis. Protección de los derechos fundamentales por la jurisdicción constitucional en Centroamérica y Panamá. In : INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS (ed.). *Justicia constitucional comparada*. México : UNAM, 1993, p. 67-90.

LUNA TAMAYO, Milton. Bucaram, ¡¡fuera !!: la voz de los movimientos profundos. In : René BÁEZ (ed.). *¿Y ahora qué... ? : una contribución al análisis político-histórico actual*. Quito : Éd. Eskeletra, 1997, p. 197-228.

MAZET, Guy. Le caractère maginal du cadre juridique et institutionnel du Mercosur. In : VAN EEUWEN, Daniel, DUQUETTE, Michel (dir.). *Les nouveaux espaces de l'intégration : les Amériques et*

- l'Union Européenne*. Paris : Éd. Karthala ; Aix-en-Provence : CREALC ; Montréal (Québec) : Observatoire des Amériques-Centre Études internationales et mondialisation, 2005, p. 131-140.
- MONTECINOS, Verónica, MARKOFF, John. From the power of economic ideas to the power of economists. In : CENTENO, Miguel A., LOPEZ-ALVES, Fernando (ed.). *The other mirror : grand theory through the lens of Latin America*. Oxford : Princeton University Press, 2001, p. 105-150.
- MOREANO MORA, Alejandro. Los derechos y garantías en la nueva Constitución. In : CHIRIBOGA, Galo, QUINTERO, Rafael (éd.). *Alcances y limitaciones de la reforma política en Ecuador*. Quito : Asociación Americana de Juristas, 1998, p. 121-138.
- MOURRA, Mary H. The conflicts and controversies in Latin American treaty-based disputes. In : MOURRA, Mary H., CARBONNEAU, Thomas E. (ed.). *Latin American investment treaty arbitration : the controversies and conflicts*. Austin : Wolters Kluwer, 2008, p. 5-68.
- NEEDLER, Martin C. Ideas and interests in the struggle for democracy in Latin America. In : THOMPSON, Kenneth W. (ed.). *The U.S. Constitution and the Constitutions of Latin America*. Lanham ; New York ; Londres : University Press of America, 1991, p. 127-148.
- NEWCOMBE, Andrew. Investor misconduct : jurisdiction, admissibility or merits ? In : BROWN Chester, MILES, Kate (éd.). *Evolution in investment treaty law and arbitration*. Cambridge : Cambridge University Press, 2011, p. 187-200.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. El derecho a la información en el ámbito del derecho constitucional comparado en Iberoamérica y Estados Unidos. In : CARPIZO, Jorge, CARBONELL, Miguel (ed.). *Derecho a la información y derechos humanos. Estudios en homenaje al maestro Mario de la Cueva*. Mexico, D.F : UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, p. 3-143.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. La jurisdicción constitucional en Chile. In : GARCÍA BELAUNDE, Domingo, FERNANDEZ SEGADO, Francisco (ed.). *La Jurisdicción constitucional en Iberoamérica*. Madrid : Éd. Dykinson, 1997, p. 533-571.
- OBADIA, Eloïse, NITSCHKE, Frauke. Institutional arbitration and the role of the Secretariat. In : GIORGETTI, Chiara (éd.). *Litigating international investment disputes: a practitioner's guide*. Leiden : Martinus Nijhoff Publishers, 2014, p. 80-144.
- PACHANO, Simón. La reforma política en la nueva Constitución. In : CHIRIBOGA, Galo, QUINTERO, Rafael (éd.). *Alcances y limitaciones de la reforma política en Ecuador*. Quito : Asociación Americana de Juristas, 1998, p. 75-85
- PETRAS, James. Les nouvelles formes de l'Empire. États-Unis et Amérique latine : hiérarchie, réseaux et clients. In : Frank GAUDICHAUD (dir.). *Le volcan latino-américain : gauches, mouvements sociaux et néolibéralisme en Amérique latine*. Paris : Textuel, 2008, p. 47-63.
- PEZA ESCALANTE, Rodolfo. La jurisdicción constitucional costarricense. In : INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS. *Justicia constitucional comparada*. México : UNAM, 1993, p. 133-155.
- QUENAN, Carlos. Peut-on parler d'économies émergentes en Amérique latine ? In : COUFFIGNAL, Georges (dir.). *Amérique latine : tournant de siècle*. Paris : La Découverte, 1997, p. 35-56.
- REINER, Clara, SCHREUER, Christoph. Human Rights and international investment arbitration. In : DUPUY, Pierre-Marie, FRANCONI, Francesco, PETERSMANN, Ernst-Ulrich (ed.). *Human rights in international investment law and arbitration*. Oxford : Oxford University Press, 2009, p. 82-96.
- RIVERA SANTIVANEZ, José Antonio. Recurso de inconstitucionalidad en Bolivia. In : VEGA GÓMEZ, Juan, CORZO, Edgar. *Instrumentos de tutela y justicia constitucional. Memoria del*

VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. México, D.F.: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, p. 583-603.

ROBÉ, Jean-Phillipe. Multinational enterprises : the constitution of a pluralistic legal order. In : TEUBNER, Gunther (ed.). *Global law without a State*. Aldershot : Dartmouth, 1997, p. 45-77.

RODRÍGUEZ VILLAFANE Miguel Julio. La transparencia en el poder judicial de Argentina. In : CABALLERO JUÁREZ, José Antonio, GREGORIO, Carlos G. et al. (ed.). *El acceso a la información judicial en México : una visión comparada*. Mexico, D.F.: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, p. 3-34.

SALTOS GALARZA, Napoleón. Comentario a la ponencia “Alcances de la reforma constitucional”. In : CHIRIBOGA, Galo, QUINTERO, Rafael (éd.). *Alcances y limitaciones de la reforma política en Ecuador*. Quito : Asociación Americana de Juristas, 1998, p. 109-120.

SHAN, Wenhua. Calvo doctrine, State sovereignty and the changing landscape of international investment law. In : SHAN, Wenhua, SIMONS, Penelope, SINGH, Dalvinder (ed.). *Redefining sovereignty in international economic law*. Oxford ; Portland : Hart Publishing, 2008, p. 247-313.

SHINATA, Ibrahim F.I. Toward a greater depoliticization of investment disputes : the roles of ICSID and MIGA. In : LU, Kevin W., VERHEYEN, Gero, PERERA, Srilal M. (éditeurs). *Investing with confidence : understanding political risk management in the 21st century*. Washington : World Bank, 2009, p. 2-35.

SHULTZ, Jim. La guerra del agua en Cochabamba y sus secuelas. In : SHULTZ, Jim CRANE, Melissa (éd.). *Desafiando la globalización : historias de la experiencia boliviana*. La Paz : El Centro para la Democracia, 2008, p. 17-51.

SIMO, Juan Carlos. Argentina : a right without a law is a limited right. In : KNIGHT CENTER FOR JOURNALISM IN THE AMERICAS. *Transparency and accountability : journalism and access to public information in Latin America and the Caribbean*. Austin : Forum of journalism in the Americas, 2013, p. 13-14.

SORNARAJAH, Muthucumaraswamy. The neo-liberal agenda in investment treaty arbitration: its rise, retreat and impact on State sovereignty. In : SHAN, Wenhua, SIMONS, Penelope, SINGH, Dalvinder (ed.). *Redefining sovereignty in international economic law*. Oxford ; Portland : Hart Publishing, 2008, p. 199-223.

SVAMPA, Maristella. L'Argentine des Kirchner : des continuités au double discours. In : Frank GAUDICHAUD (dir.). *Le volcan latino-américain : gauches, mouvements sociaux et néolibéralisme en Amérique latine*. Paris : Textuel, 2008, p. 291-313.

SZARANGOWICZ, Gustavo A., TOLEDO, Sebastián D. Sobre la jurisdicción constitucional en Argentina. In : FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, ZALDÍVAR, Arturo (dir.). *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*. Tome III : Jurisdicción y control constitucional. Mexico : UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008, p. 591-636.

TEUBNER, Gunther. Global private regimes : neospontaneous law and dual constitution of autonomous sectors in world society. In : LADEUR, Karl-Heinz (éd.). *Public governance in the age of globalization*. Aldershot : Ashgate, 2004, p. 71-87.

THIELBÖRGER, Pierre. The human right to water versus investor rights : double-dilemma or pseudo conflict ? In : DUPUY, Pierre-Marie, FRANCONI, Francesco, PETERSMANN, Ernst-Ulrich (ed.). *Human rights in international investment law and arbitration*. Oxford : Oxford University Press, 2009, p. 487-510.

TIENHAARA, Kyla. Regulatory chill and the threat of arbitration: a view from political science. In : BROWN Chester, MILES, Kate (ed.). *Evolution in investment treaty law and arbitration*. Cambridge : Cambridge University Press, 2011, p. 606-627.

TRUJILLO VÁSQUEZ, Julio César. El Estado en la Constitución. In : VICIANO, Roberto et al. (éd.). *Estudios sobre la Constitución ecuatoriana de 1998*. Valencia : Éd. Tirant lo Blanch, 2005, p. 113-142.

III) Articles de périodiques.

ABBALLE, Vanessa. Globalisation de la justice : vers une remise en cause de la suprématie des États ? *Revue politique et parlementaire*, 2008, n°1049, p. 132-154.

ABSELL, Christopher David. El ALBA-TCP mirado con buenos ojos. *Revista Problemas del Desarrollo*, 2012, vol. 43, n°169, p. 73-95

ADEYEYE, Adefolake. Corporate Responsibility in International Law: which way to go? *Singapore Year Book of International Law and Contributors*, 2007, vol. 11, p. 141-161.

ALCALÁ, Juan M., BRIONES, Joshua. Arbitration in Latin America : a first look at the impact of legislative reforms. *Law and Business Review of the Americas*, 1997, vol. 13, n°4, p. 995-998.

ALFARO, Carlos E. ICSID arbitration and BITs challenged by the Argentine government. *Transnational Dispute Management*, 2004, vol. 1, n°4, 5 p.

ALFARO, Carlos E., LORENTI, Pedro. Argentina vs. ICSID : Unconstitutionality of the BITs and ICSID jurisdiction - the potential new Government defenses against the enforcement of ICSID arbitral. Issues that may subject the award to the revision of the judiciary. *Transnational Dispute Management*, 2005, vol. 2, n°3, 5 p.

ALTIMIR, Oscar. Industrialisation des pays d'Amérique latine : perspective historique. *Tiers Monde*, 1988, vol. 29, n°115, p. 584.

ALVAREZ FIGUEROA, Oneida. La CELAC : nuevo actor regional en América latina y el Caribe. Avales y obstáculos para lograr su consolidación. *Anuario de la Integración Regional de América Latina y el Gran Caribe*, 2012, p. 177-205

ANDRADE CADENA, Xavier. Las ventajas del arbitraje internacional : una perspectiva ecuatoriana. *Revista iberoamericana de arbitraje y mediación*, 5 décembre 2003.

ARAUJO, Facundo M., TORRES, María Carolina. Apostillas a la problemática de la prórroga de jurisdicción en tribunales extranjeros o arbitrales en materia de deuda soberana. *Revista Derecho Público*, 2012, n°3, p. 35-84.

ARTARAZ, Kepa, CALESTANI, Melania. Vivir bien, entre utopía y realidad. *Tabula Rasa*, 2013, n°18, p. 105-123.

AUROI, Claude. Tentatives d'intégration économique et obstacles politiques en Amérique latine du XXe siècle. *Relations internationales*, 2009, vol. 1, n° 137, p. 91-113.

BAER, Werner. Industrialization in Latin America: successes and failures. *Journal of Economic Education*, 1984, vol. 15, n° 2, p. 124-135.

BANETH, Jean. La dette du tiers monde. *Économie et statistique*, 1990, n°232, p. 9-24.

BARCESAT, Eduardo S. Ruptura de la dependencia de los TBI y el CIADI. *Revista Derecho Público*, 2012, n°3, p. 3-26.

BASTIN, Lucas. Amici curiae in investor-State arbitration : eight recent trends. *Arbitration International*, 2014, vol. 30, n°1, p. 125-143.

BAZÁN, Víctor. Amicus curiae, transparencia del debate judicial y debido proceso. *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, 2004, tome I, p. 251-280.

BAZÁN, Víctor. La tarea del control de constitucionalidad de los tratados y convenios internacionales por la jurisdicción constitucional. Un análisis en clave de Derecho comparado. *Anuario de Derecho Constitucional latinoamericano*, 2003, p. 109-162.

- BERRÍOS, Rubén. La experiencia del Pacto Andino en regular la inversión extranjera y los flujos de tecnología : un paso adelante, dos atrás. *Estudios latinoamericanos*, 1981, vol. 8, p. 117-128.
- BÖCKSTIEGEL, Karl-Heinz. Commercial and investment arbitration : how different are they today? *Arbitration International*, 2012, vol. 28, n°4, p. 577-590.
- BONILLA HERNÁNDEZ, Pablo Andrés. El control de constitucionalidad de los tratados internacionales : un breve análisis teórico-práctico de su posible operatividad. *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, 2010, p. 47-69.
- BRESSER PEREIRA, Luiz C. Amérique latine : de l'interprétation nationaliste à l'interprétation par la dépendance. *Tiers Monde*, 2009, vol. 3, no. 199, p. 533-546.
- BRESSER PEREIRA, Luiz C. Le sous-développement industrialisé. *Tiers Monde*, 1976, vol. 17, n° 68, p. 891-930.
- BREWER CARÍAS, Allan R. El control de la constitucionalidad de las leyes aprobatorias de tratados internacionales y la cuestión constitucional de la integración latinoamericana. *Revista de Derecho Público*, 1990, n°44, p. 225-229.
- BREWER CARÍAS, Allan R. La acción popular de inconstitucionalidad en Venezuela y su ilegítima restricción por el juez constitucional. *Estudios constitucionales*, 2011, vol. 9, n°2, p. 623-638.
- BREWER-CARÍAS, Allan R. Los procesos y procedimientos constitucionales ante la jurisdicción constitucional en Venezuela. *Anuario de Derecho Constitucional latinoamericano*, 2005, vol. 1, p. 301-330.
- BURN, George, PEARSALL, Alison. Les exceptions au principe de confidentialité en matière d'arbitrage international. *Bulletin de la Cour Internationale d'Arbitrage de la CCI*, 2009, supplément spécial, p. 25-41.
- BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. La constitucionalización del arbitraje en el Perú: algunas consideraciones en torno a la regulación del arbitraje con la Constitución, los derechos fundamentales y el estado de derecho. *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, 2013, n°71, p. 387-411.
- CASTRO DE FIGUEIREDO, Roberto. Euro Telecom v. Bolivia: the denunciation of the ICSID Convention and ICSID arbitration under BITs. *Transnational Dispute Management*, 2009, vol. 6, n°1, 21 p.
- CHOUDHURY, Barnali. Democratic implications arising from the intersection of investment arbitration and human rights. *Alberta Law Review*, 2008-2009, vol. 46, n°4, p. 983-1008.
- CHOUDHURY, Barnali. Evolution or Devolution?: Defining Fair and Equitable Treatment in International Investment Law. *Journal of World Investment and Trade*, 2005, vol. 6, n°2, p. 297-320.
- CHOUDHURY, Barnali. Recapturing public power: is investment arbitration's engagement of the public interest contributing to the democratic deficit? *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2008, vol. 41, n°3, p. 775-832.
- CLERC, Jean-Pierre. Amérique latine: vers des sorties de crise néolibérales. *Politique étrangère*, 1989, n°3, p. 477-486.
- COHEN SMUTNY, Abby, YOUNG, Kristen M. Confidentialité et États. *Bulletin de la Cour Internationale d'Arbitrage de la CCI*, 2009, supplément spécial, p. 79-86.
- COLLINS, Michael. Privacy and confidentiality in arbitration proceedings. *Arbitration International*, 1995, vol. 11, n°3, p. 321-336.
- CONSTANTE, Liliana B. Soberanía nacional vs CIADI : ¿Estados o mercados? *Revista Derecho Público*, 2012, n°2, p. 59-105.

- CORTI, Arístides H. Acerca de la nulidad absoluta de los laudos arbitrales del CIADI y vías procesales para su impugnación. *Revista Derecho Público*, 2012, n°3, p. 27-34.
- COUFFIGNAL, Georges. Construire des États producteurs de cohésion sociale. *Cahiers des Amériques latines*, 2010, n°62, p. 7-14.
- CREMADES, Bernardo M. Resurgence of the Calvo doctrine in Latin America. *Business Law International*, vol. 7, n°1, 2006, p. 53-72.
- DAGUM, Camilo. L'intégration et la croissance économique en Amérique latine. *Tiers Monde*, 1966, vol. 7, n°25, p. 113-138.
- DE JESUS O., Alfredo. La autonomía del arbitraje comercial internacional a la hora de la constitucionalización del arbitraje en América Latina. *Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, 2009, vol. 2, n°1, p. 29-80.
- DIMOLITSA, Antonias. Règlements institutionnels et régimes nationaux relatifs à l'obligation de confidentialité incombant aux parties en matière d'arbitrage. *Bulletin de la Cour Internationale d'Arbitrage de la CCI*, 2009, supplément spécial, p. 5-24.
- DOLZER, Rudolf, BLOCH, Felix. Indirect expropriation : conceptual realignments? *International law forum du droit international*, 2003, vol. 5, n°3, p. 155-165.
- DOLZER, Rudolf. Fair and equitable treatment : a key standard in investment treaties. *The International Lawyer*, 2005, vol. 39, n°1, p. 87-106.
- DUMBERRY, Patrick, DUMAS-AUBIN, Gabrielle. When and how allegations of human rights violations can be raised in investor-state arbitration. *The Journal of World Investment and Trade*, 2013, vol. 13, p. 349-372.
- EAGLETON, Clyde. Denial of justice in international law. *The American Journal of International Law*, 1928, vol. 22, n°3, p. 538-559.
- EGUIGUREN PRAELI, Francisco José. El nuevo Código Procesal Constitucional peruano. *Anuario de Derecho Procesal latinoamericano*, 2005, vol. 1, p. 331-351.
- EL BOUDOUHI, Saïda. L'intérêt général et les règles substantielles de protection des investissements. *Annuaire français de droit international*, 2005, vol. 51, p. 542-563.
- EUROPEAN CENTER FOR CONSTITUTIONAL AND HUMAN RIGHTS (éd.). Human rights inapplicable in international investment arbitration? A commentary on the non-admission of ECCHR and indigenous communities as amici curiae before the ICSID tribunal. *ECCHR*, juillet 2012, 10 p.
- FERNÁNDEZ MASÍA, Enrique. First cases where are applied the new ICSID rules on transparency and amicus curiae. *Transnational Dispute Management*, 2006, vol. 6, n°1, 21 p.
- FFRENCH-DAVIS, Ricardo. Dette extérieure, ajustement et développement en Amérique latine. *Tiers monde*, 1987, vol. 28, n°109, p. 79-94.
- FIEZZONI, Silvia Karina. The challenge of UNASUR member countries to replace ICSID arbitration. *Beijing Law Review*, 2011, n°2, p. 134-144.
- FOOTER, Mary E. BITs and pieces : social and environmental protection in the regulation of foreign investment. *Michigan State Journal of International Law*, 2009, vol. 18, n°1, p. 33-64.
- FOURET, Julien. Denunciation of the Washington Convention and Non-Contractual Investment Arbitration: "Manufacturing Consent" to ICSID Arbitration? *Journal of International Arbitration*, 2008, vol. 25, n°1, p. 71-87.
- FOURET, Julien. The World Bank and ICSID: family or incestuous ties? *International Organizations Law Review*, 2007, p. 121-144.
- FREEMAN, Alwyn V. Recent aspects of the Calvo doctrine and the challenge to international law. *The American Journal of International Law*, 1946, vol. 40, n°1, p. 121-147.

- FRUTOS-PETERSON, Claudia. El reconocimiento del arbitraje comercial internacional en América latina. *Revista de Derecho Privado de la Universidad Nacional Autónoma de México*, 1999, n°28, p. 53-82.
- FRY, James D. International human rights law in investment arbitration : evidence of international's law unity. *Duke Journal of Comparative and International Law*, 2007, vol. 18, n°1, p. 77-149.
- GAILLARD, Emmanuel. Centre International pour le règlement des différends relatifs aux investissements CIRDI. Chronique des sentences arbitrales. *Journal du Droit International*, 2002, n°1, p. 190-196.
- GAILLARD, Emmanuel. The denunciation of the ICSID Convention. *New York Law Journal*, 2007, vol. 237, n°122, 3 p.
- GARCÍA BELAUNDE, Domingo. Los tribunales constitucionales en América latina. *Revista Derecho Político*, 2004, n°61, p. 309-322.
- GARIBALDI, Oscar M. Carlos Calvo redivivus : the rediscovery of the Calvo doctrine in the era of investment treaties. *Transnational Dispute Management*, 2006, vol. 3, n°5, 58 p.
- GARIBALDI, Oscar M. On the denunciation of the ICSID Convention, consent to ICSID jurisdiction, and the limits of the contract analogy. *Transnational Dispute Management*, 2009, vol. 6, n°1, 40 p.
- GARTH, Bryan, DEZALAY, Yves. Le "Washington consensus". *Actes de la recherche en sciences sociales*, 1998, n°121, p. 3-22.
- GIESZE, Craig R. Helms-Burton in Light of the Common Law and Civil Law Legal Traditions: Is Legal Analysis Alone Sufficient to Settle Controversies Arising under International Law on the Eve of the Second Summit of the Americas. *The international lawyer*, 1998, vol. 32, n°1, p. 51-92.
- GONZALEZ, Javier M. et LOPEZ ACCOTTO, Ana Inés. Haití : los inciertos caminos hacia la democracia. *América latina hoy*, 1996, n°13, p. 27-34.
- GOTTWALD, Eric. Leveling the playing field: is it time for a legal assistance center for developing nations in investment treaty arbitration? *American University International Law Review*, 2007, vol. 22, n°2, p. 237-275.
- GRIGERA NAÓN, Horacio A. Arbitration in Latin America : overcoming traditional hostility (an update). *The University of Miami Inter-American Law Review*, 1991, vol. 22, n°2/3, p. 221-222.
- GROSS ESPIELL, Héctor. El constitucionalismo latinoamericano y la codificación en el siglo XIX. *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, 2002, n°6, p. 143-176.
- GUERRA, François-Xavier. Indépendances. *Problèmes d'Amérique latine*, 2010, vol. 3, n°77, p. 25-45.
- GUZMAN PEREZ, Rosa Amilli, EL HERFI, Racha. Constitutional court of Ecuador : decision on the constitutionality of the BIT Ecuador – France. *Transnational Dispute Management*, vol. 9, n°3, 2012, 27 p.
- GUZMÁN, Andrew T. Why LDC's sign treaties that hurt them : explaining the popularity of bilateral investment treaties. *Virginia Journal of International law*, 1998, vol. 38, p. 639-688.
- HARO, Ricardo. El control de constitucionalidad comparado y el rol paradigmático de las cortes y tribunales constitucionales. *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, 2004, vol. 1, p. 41-74.
- HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam Lorena. Improcedencia del control represivo de constitucionalidad de tratados internacionales. *Estudios Constitucionales*, 2007, vol. 5, n°1, p. 119-126.

- HERNÁNDEZ, Jorge Andrés. La Constitución de Colombia de 1991 y sus enemigos. El fracaso del consenso constitucional. *Colombia Internacional*, 2013, vol. 79, p. 49-76.
- HEY, Jeanne A. K. Ecuadorian foreign policy since 1979 : ideological cycles or a trend towards neoliberalism? *Journal of Interamerican Studies and World Affairs*, 1995, vol. 37, n°4, p. 57-88.
- HWANG, Michael et CHUNG, Katie. La confidentialité et ses exceptions – quelle voie suivre pour leur protection? *Bulletin de la Cour Internationale d'Arbitrage de la CCI*, 2009, supplément spécial, p. 43-61.
- ISHIKAWA, Tomoko. Third party participation in investment treaty arbitration. *The International and Comparative Law Quarterly*, 2010, vol. 59, n°2, p. 373-412.
- KESSLER, Veronique. La dette du tiers monde 1970-1990. *Revue d'économie financière*, 1990, n°14, p. 157-199.
- KOURIS, Steven. Confidentiality : is international arbitration losing one of its major benefits ? *Journal of international arbitration*, 2005, vol. 22, n°2, p. 127-140.
- KRIEBAUM, Ursula. Human rights and the population of the host State in international investment arbitration. *The Journal of World Investment and Trade*, 2009, vol. 10, n°5, p. 653-677.
- KUCZYNSKI, Pedro Pablo. L'Amérique latine et la crise de la dette. *Revue d'économie financière*, 1990, n°15, p. 171-178.
- LAYTON, Robert. Changing attitudes toward dispute resolution in Latin America. *Journal of International Arbitration*, 1993, vol. 10, n°2, p. 123-141.
- LAZAREFF, Serge. Confidentialité et arbitrage : approche théorique (et même philosophique). *Bulletin de la Cour Internationale d'arbitrage de la CCI*, 2009, supplément spécial, p. 87-101.
- LEMENEZ DE KERDELLEAU, Guillaume. State consent to ICSID arbitration : article 22 of the venezuelan investment law. *Transnational Dispute Management*, 2008, vol. 5, n°2, 9 p.
- LINARES, Rosalba, GUERRERO LUGO, Edith. La iniciativa ALBA en la integración regional. *Geoenseñanza*, 2008, vol. 13, n°2, p. 217-230.
- LOTBINIÈRE, Andrew de, SANTENS, Ank. ICSID tribunals apply new rules on amicus curiae [en ligne]. In : *Site White & Case*, 2007, 11 p. Disponible sur : <<http://www.whitecase.com>> (consulté le 14 août 2014).
- LOVE, Joseph L.. The rise and decline of economic structuralism in Latin America: new dimensions. *Latin American Research Review*, 2005, vol. 40, n°3, p. 100-125.
- MANCIAUX, Sébastien. La Bolivie se retire du CIRDI. *Transnational Dispute Management*, 2007, vol. 4, n°5, 6 p.
- MANN, Howard, COSBEY, Aaron, PETERSON, Luke, VON MOLTKE, Konrad. Comments on ICSID Discussion Paper, "Possible Improvements of the Framework for ICSID Arbitration". *IISD*, 15 décembre 2004, 20 p.
- MANNING-CABROL, Denise. The imminent death of the Calvo clause and the rebirth of the Calvo principle: equality of foreign and national investors. *Law and policy in international business*, 1995, vol. 26, n° 4, p. 1169-1200.
- MARELLA, Fabrizio. On the changing structure of international investment law : the human right to water and ICSID arbitration. *International Community Law Review*, 2010, vol. 12, p. 335-359.
- MARZORATI, Osvaldo J. Enforcement of treaty awards and national constitutions (the Argentine cases). *Transnational Dispute Management*, 2006, vol. 3, n°5, 9 p.
- MAZET, Guy. La République bolivarienne du Venezuela et le droit. *Cahiers des Amériques latines*, 2008, n°53, p. 49-65.

- MENÉTREY, Severine. La transparence dans l'arbitrage d'investissement. *Revue de l'arbitrage*, 2012, n°1, p. 33-64.
- MIGNOLO, Walter D. Democracia liberal, camino de la autoridad humana y transición al vivir bien. *Sociedade e Estado*, 2014, vol. 29, n°1, p. 21-44.
- MISTELIS, Loukas A. Confidentiality and third party participation : UPS v. Canada and Methanex Corporation v. United States. *Arbitration International*, 2005, vol. 21, n°2, p. 211-232.
- MORENO-PAREDES, Euyelit Adriana. El arbitraje de inversiones en América del Sur: propuesta de creación de un centro alternativo de arbitraje dentro de la estructura internacional de la Unión de Naciones Sudamericanas. *Inter-American Law Review*, 2010, vol. 42, p. 175-195.
- MOURRE, Alexis. Are amici curiae the proper response to the public's concerns on transparency in investment arbitration ? *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 2006, vol. 5, n°2, p. 257-271.
- MUCHLINSKI, Peter. 'Caveat investor'? The relevance of the conduct of the investor under the fair and equitable treatment standard. *International and Comparative Law Quarterly*, 2006, vol. 55, n°3, p. 527-558.
- MUCHLINSKI, Peter. Human rights and multinationals: is there a problem? *International affairs*, 2001, vol. 77, p. 31-47.
- NEGRETTO, Gabriel L. Paradojas de la reforma constitucional en América Latina. *Journal of democracy en español*, 2009, vol. 1, p. 38-54.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. La soberanía, las constituciones y los tratados en materia de derechos humanos : América latina y Chile. *Ius et praxis*, 2000, vol. 6, n°2, p. 227-279.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. Los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico chileno. *Ius et praxis*, 1997, n°2, p. 9-62.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. Reforma constitucional de 2005 y control de constitucionalidad de tratados internacionales. *Estudios constitucionales*, 2007, vol. 5, n°1, p. 59-88.
- NOUVEL, Yves. L'indemnisation d'une expropriation indirecte. *International law forum du droit international*, 2003, vol. 5, n°3, p. 198-204.
- NOUVEL, Yves. Les mesures équivalant à une expropriation dans la pratique récente des tribunaux arbitraux. *Revue générale de droit international public*, 2002, tome 106, vol. 1, p. 79-102.
- OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro. Control de constitucionalidad de los tratados internacionales en Colombia. *Estudios constitucionales*, 2006, vol. 4, n°2, p. 555-584.
- ORTEGA MEDINA, Claudia L. La función jurisdiccional del Estado. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 1990, n°172-173-174, p. 127-165.
- OYARTE MARTÍNEZ, Rafael. El control de la constitucionalidad de los tratados internacionales. *IurisDictio*, 2003, n°7, p. 34-44.
- PAGLIARI, Arturo Santiago. Reflexiones sobre la fragmentación del derecho internacional : aplicación y efectos. *Ars Boni et Aequi*, 2009, n°5, p. 11-38.
- PARRA, Antonio R. The screening power of the ICSID Secretary-General. *News for ICSID*, 1985, vol. 2, n°2, 16 p.
- PASTOR, Robert A. The Bush Administration and Latin America: The Pragmatic Style and the Regionalist Option. *Journal of Interamerican Studies and World Affairs*, 1991, vol. 33, n°3, p. 1-34.
- PAULSSON, Jan, RAWDING, Nigel. The trouble with confidentiality. *Arbitration International*, 1995, vol. 11, n°3, p. 303-320.
- PEREZNIETO CASTRO, Leonel, GRAHAM, James. El arbitraje comercial internacional latinoamericano, en busca de una doctrina propia. *Arbitraje: revista de arbitraje comercial y de inversiones*, 2011, vol. IV, n°2, p. 455-474.

PEROTTI, Javier. Consideraciones del caso argentino ante la jurisdicción del CIADI [en ligne]. In : *Site du Centro Argentino de Estudios Internacionales*, publication du 19 mars 2006, 11 p. Disponible sur : <<http://www.caei.com.ar>> (consulté le 31 juillet 2014).

PETERSMANN, Ernst-Ulrich. International rule of law and constitutional justice in international investment law and arbitration. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 2009, vol. 16, p. 513-533.

PRICE, Daniel M. Some observations on Chapter eleven of NAFTA. *Hastings international and comparative law review*, 2000, vol. 23, n°3, p. 421-429.

PRUJINER, Alain. L'arbitrage unilatéral : un coucou dans le nid de l'arbitrage conventionnel ? *Revue de l'arbitrage*, 2005, n°1, p. 63-99.

PUIG, Sergio, BROWN, Chester. The Secretary-General's power to refuse to register a request for arbitration under the ICSID Convention. *ICSID Review*, 2012, vol. 27, n°1, p. 172-191.

RAPOPORT, Mario. Mercosur : la construction historique d'un espace régional. *Cahiers des Amériques latines*, 1998, n°27, p. 89-100.

RIBERA NEUMANN, Teodoro. Los tratados internacionales y su control a posteriori por el Tribunal Constitucional. *Estudios Constitucionales*, 2007, vol. 5, n°1, p. 89-118.

RINKER, Bruce G. The future of arbitration in Latin America ; a study of its regional development. *Case Western Reserve Journal of International Law*, 1976, vol. 8, p. 480-495.

SALINAS, Cayo. Ejecución de laudos CIADI en Bolivia. *Revista Iberoamericana de Arbitraje y Mediación* [en ligne]. Disponible sur : <http://www.servilex.com.pe/info_arbitraje.php> (consulté le 31 juillet 2014).

SALMÓN, Elizabeth. Derecho internacional de los derechos humanos y derecho interno : Perú. *Cuadernos electrónicos de derechos humanos y democracia*, 2006, n°2, 6 p.

SCHADENDORF, Sarah. Human rights arguments in amicus curiae submissions : analysis of ICSID and NAFTA investor-State arbitration. *Transnational Dispute Management*, 2013, vol. 10, n°1, 23 p.

SCHLIEMANN, Christian. Requirements for amicus curiae participation in international investment arbitration : a deconstruction of the procedural wall erected in joint ICSID cases ARB/10/25 and ARB/10/15. *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 2013, vol. 12, n°3, p. 365-390.

SCHNABL, Marco E., BÉDARD, Julie. The wrong kind of interesting. *The National Law Journal*, 2007, 3 p.

SCHNEIDERMAN, David. Constitutional approaches to privatization : an inquiry into the magnitude of neo-liberal constitutionalism. *Law and contemporary problems*, 2000, vol. 63, n°4, p. 107-109.

SCHREUER, Christoph. Calvo's grandchildren: the return of local remedies in investment arbitration. *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 2005, vol. 4, n°1, p. 1-17.

SCHREUER, Christoph. Fair and equitable treatment in arbitral practice. *The Journal of World Investment and Trade*, 2005, vol. 6, n°3, p. 357-386.

SCHUYLER, George W. Perspectives on Venezuelan democracy. *Latin American Perspectives*, 1996, vol. 23, n°3, p. 10-29.

SEITENFUS, Ricardo. Acquis et dilemmes du Mercosur. *Cahiers des Amériques latines*, 1998, n°27, p. 101-112.

SHAN, Wenhua. From "North-South Divide" to "Private-Public Debate": Revival of the Calvo Doctrine and the changing landscape of International investment law. *Northwestern Journal of International Law and Business*, 2007, n°27, p. 631-664.

- SINGER, Matthew M. The presidential and parliamentary elections in Bolivia, december 2005. *Electoral studies*, 2007, vol. 26, n°1, p. 200-205.
- SINGER, Matthew M., MORRISON, Kevin M. The 2002 presidential and parliamentary elections in Bolivia. *Electoral studies*, 2004, vol. 23, n°1, p. 172-182.
- SMIT, Hans. Confidentiality in arbitration. *Arbitration International*, 1995, vol. 11, n°3, p. 337-340.
- SOMMER, Christian G. Implicancias de los tratados sobre inversión extranjera y los laudos arbitrales del CIADI en el sistema constitucional argentino. Una necesaria “interfaz” entre inversión extranjera y derechos humanos. *Ars boni et aequi*, 2013, n°1, p. 23-52.
- SPAR, Debora. Foreign investment and human rights. *Challenge*, 1999, vol. 42, n°1, p. 55-80.
- SPRAGUE, Michael T. A courageous course for Latin America : urging the ratification of the ICSID. *Houston Journal of International Law*, 1982, vol. 5, n°1, p. 157-178.
- STERN, Brigitte. L’entrée de la société civile dans l’arbitrage entre État et investisseur. *Revue de l’arbitrage*, 2002, n°2, p. 329-345.
- STERN, Brigitte. Un petit pas de plus : l’installation de la société civile dans l’arbitrage CIRDI entre État et investisseur. *Revue de l’arbitrage*, 2007, n°1, p. 3-43.
- STUMPE, Friederike. Participation of Amici curiae in investment treaty arbitration. *Transnational Dispute Management*, 2009, vol. 6, n°1, 19 p.
- SUTTON, Stephen D. Emilio Augustin Maffezini v. Kingdom of Spain and the ICSID Secretary General’s screening power. *Arbitration International*, 2005, vol. 21, n°1, p. 113-126.
- TAMBURINI, Francesco. Historia y destino de la doctrina Calvo : ¿actualidad u obsolescencia del pensamiento de Carlos Calvo ? *Revista de estudios histórico-jurídicos*, 2002, n°24.
- TERCIER, Pierre. La légitimité de l’arbitrage. *Revue de l’arbitrage*, 2011, n°3, p. 653-668.
- TIETJE, Christian, NOWROT, Karsten, WACKERNAGEL, Clemens. Once and forever? The legal effects of a denunciation of ICSID. *Transnational Dispute Management*, 2009, vol. 6, n°1, 37 p.
- TIRANO, Moïse S. Mass politics and the democratic challenge. The prospects of Democratic Consolidation in Haiti. *Pouvoirs dans la Caraïbe*, 1998, n°10, p. 191-216.
- TIRONI, Ernesto. La decisión 24 sobre capitales extranjeros en el grupo Andino. *Estudios internacionales*, 1977, vol. 10, n°38, p. 12-26.
- TRONCOSO REPETTO, Claudio. Control de constitucionalidad de los tratados. Análisis y comentarios del fallo del Tribunal Constitucional de 25 de agosto de 2009. *Anuario de derechos humanos*, 2010, n°6, p. 149-157.
- VELA ORBEGOZO, Bernardo. La Constitución de 1991 y la política exterior colombiana. *Revista Derecho del Estado*, 2008, n°21, p. 247-260.
- WAI, Robert. Countering, branding, dealing : using economic and social rights in and around the international trade regime. *European Journal of International Law*, 2003, vol. 14, n°1, p. 35-84.
- WÄLDE, Thomas. Investment arbitration under the Energy Charter Treaty: from dispute settlement to treaty implementation. *Arbitration International*, 1996, vol. 12, n°4, p. 429-466.
- WEHR, Paul, LEDERACH, John Paul. Mediating conflict in Central America. *Journal of peace research*, 1991, vol. 28, n°1, p. 85-98.
- WEINER, Allen S. Indirect expropriations the need for a taxonomie of legitimate regulatory purposes. *International law forum du droit international*, 2003, vol. 5, n°3, p. 166-175.
- WILLIAMSON, John. The strange history of the Washington consensus. *Journal of post keynesian economics*, 2004-2005, vol. 27, n°2, p. 195-206.

WYTHES, Annika. Investor-State arbitrations : can the 'fair and equitable treatment' clause consider international human rights obligations ? *Leiden Journal of International Law*, 2010, vol. 23, n°1, p. 241-256.

IV) Publications électroniques.

AMIGOS DE LA TIERRA INTERNACIONAL et al. CIADI : fallo contra el pueblo de Tucumán [en ligne]. In : *Site Red por la abolición de la deuda externa y la restitución de la deuda ecológica*, publié le 7 septembre 2007. Disponible sur : <<http://www.quiendebeaquien.org/spip.php?article597>> (consulté le 14 août 2014).

ARGENTINA TRANSPARENTE. Proyecto de ley de transparencia en la función pública [en ligne]. In : *Site d'Argentina Transparente*, publié le 22 mai 2013. Disponible sur : <<http://argentinatransparente.org/propuesta-de-ley-de-jorge-albertsen>> (consulté le 14 août 2014).

ARTICULACIÓN NACIONAL DE ORGANIZACIONES URBANAS. *Propuesta para el debate del anteproyecto de Ley marco de Participación y Control Social* [en ligne]. Bolivia : CEDIB, 2011, 12 p. Disponible sur : <<http://www.gobernabilidad.org.bo/desarrollo-legislativo/841-anteproyecto-de-ley-de-participacion-y-control-social>> (consulté le 14 août 2014).

ASOCIACIÓN CIVIL POR LA IGUALDAD Y LA JUSTICIA. Secretive World Bank tribunal confronts calls to open up [en ligne]. In : *Site Bretton Woods Project*, publié le 13 juin 2005. Disponible sur : <<http://www.brettonwoodsproject.org/art-236015>> (consulté le 14 août 2014).

ATTAC-URUGUAY. Bolivia inicia campaña internacional contra el CIADI : Renegociará 24 tratados de protección a las inversiones [en ligne]. In : *Site Attac-Uruguay*, publié le 11 mai 2007. Disponible sur : <<http://www.uruguay.attac.org/Documentos/varios/ciadi.htm>> (consulté le 14 août 2014).

BARÓN, María. El laberinto de la transparencia en Argentina. In : *Site Freedominfo*, publié le 13 avril 2004. Disponible sur : <<http://www.freedominfo.org/documents/baronesp.pdf>> (consulté le 14 août 2014).

CABRERA DIAZ, Fernando. South American Alternative to ICSID in the works as governments create an energy treaty [en ligne]. *Investment Treaty News*, publié le 6 août 2008. Disponible sur : <<http://www.iisd.org/itn/2008/08/06/south-american-alternative-to-icsid-in-the-works-as-governments-create-an-energy-treaty/>> (consulté le 9 avril 2015).

CADTM. Bolivia, Venezuela y Nicaragua deciden retirarse y denunciar el CIADI [en ligne]. In : *Site Comité pour l'Annulation de la Dette du Tiers Monde*, publié le 2 mai 2007. Disponible sur : <http://www.cadtm.org/IMG/article_PDF/article_2619.pdf> (consulté le 23 juillet 2015).

CENTRO DE ARCHIVOS Y ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA. El 74% de la población desconoce la existencia de la ley de acceso a la información pública [en ligne]. In : *Site Cainfo*, publié le 26 mai 2014. Disponible sur : <<http://www.cainfo.org.uy/2014/05/poblacion-desconoce-ley-de-acceso>> (consulté le 14 août 2014).

CORPWATCH. Bolivia : Citizens, Media Excluded from Bechtel Trial by World Bank Tribunal [en ligne]. In : *Site CorpWatch*, publié le 25 février 2003. Disponible sur : <<http://www.corpwatch.org/article.php?id=5728>>.

CORREA, Rafael. Discours d'investiture présidentielle du 10 août 2009 [en ligne]. In : *Site Presidencia, República del Ecuador*. Disponible sur : <<http://www.presidencia.gob.ec/discursos>> (consulté le 18 février 2015).

EARTHJUSTICE. Secretive World Bank Tribunal Bans Public and Media Participation in Bechtel Lawsuit over Access to Water [en ligne]. In : *Site d'Earthjustice*, publié le 12 février 2003. Disponible sur : <<http://earthjustice.org>> (consulté le 14 août 2014).

FERRANDO, Tomaso. Investment arbitration : restricted area [en ligne]. In : *Site Critical Legal Thinking*, publié le 16 juillet 2012. Disponible sur :

<<http://criticallegalthinking.com/2012/07/16/investment-arbitration-restricted-area>>
(consulté le 19 novembre 2014).

GARCIA, Hugo. The new General Organic Code of Processes: a trojan horse for arbitration in Ecuador [en ligne]. In : *Kluwer Arbitration Blog*, publié le 24 juin 2015. Disponible sur : <<http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2015/06/24/the-new-general-organic-code-of-processes-a-trojan-horse-for-arbitration-in-ecuador>> (consulté le 17 juillet 2015).

INTERNATIONAL INSTITUTE FOR SUSTAINABLE DEVELOPMENT. *Investment Treaty News* [en ligne], publié le 9 mai 2007. Disponible sur : <http://www.iisd.org/itn/wp-content/uploads/2010/10/itn_may9_2007.pdf> (consulté le 18 février 2015).

JOHNSON, Lise, VOLKOV, Oleksandr. State liability for regulatory change : how international investment rules are overriding domestic law [en ligne]. *Investment Treaty News*, publié le 6 janvier 2014. Disponible sur : <<http://www.iisd.org/itn/2014/01/06/state-liability-for-regulatory-change-how-international-investment-rules-are-overriding-domestic-law/>> (consulté le 29 janvier 2015).

MORALES ROMERO, Raúl. Análisis de ley de transparencia y acceso a la información. In : *Site La Razón, la Gaceta Jurídica* [en ligne], publié le 13 août 2013. Disponible sur : <http://www.la-razon.com/suplementos/la_gaceta_juridica/Analisis-Ley-Transparencia-Acceso-Informacion_0_1886811386.html> (consulté le 14 août 2014).

ORELLANA LOPEZ, Aldo, MC DONAGH, Thomas. Bolivia denuncia sus tratados bilaterales de inversión : entrevista a Walter Clarems Endara Vera, Viceministro de Comercio Exterior e Integración del Estado Plurinacional de Bolivia [en ligne]. In : *Red por la Justicia Social en la Inversión Global*, publié le 15 juin 2014. Disponible sur : <<http://es.justinvestment.org/wp-content/uploads/2014/07/Entrevista-a-Walter-Clarems-Endara-Vera-Viceministro-de-Comercio-Exterior-e-Integraci%C3%B3n-del-Estado-Plurinacional-de-Bolivia..pdf>> (consulté le 18 février 2015).

ORELLANA LÓPEZ, Aldo. No hay pausa en la campaña contra el CIADI y en solidaridad con Bolivia [en ligne]. In : *Site Rebelión*, publié le 25 février 2008. Disponible sur : <<http://www.rebelion.org/noticia.php?id=63652>> (consulté le 14 août 2014).

PETERSON, Luke Eric. Uruguay hints at compromise in arbitration with Philip Morris [en ligne]. In : *Kluwer Arbitration Blog*, publié le 28 juillet 2010. Disponible sur : <<http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2010/07/28/uruguay-hints-at-compromise-in-arbitration-with-philip-morris/>> (consulté le 29 janvier 2015).

PUBLIC AFFAIRS TELEVISION et WASHINGTON MEDIA ASSOCIATES FOR « BILL MOYERS REPORTS » (compilateurs). Trading democracy ? Documents from NAFTA secret tribunals [en ligne]. In : Thomas BLANTON et Michael L. EVANS (ed.). *National Security Archive Electronic Briefing Book n°65*, 5 février 2002. Disponible sur : <<http://www.gwu.edu/~nsarchiv/NSAEBB/NSAEBB65>> (consulté le 14 août 2014).

PUBLIC CITIZEN. NAFTA Chapter 11 Investor-to-State cases : bankrupting democracy. Lessons for fast track and the free trade area of the americas [en ligne]. In : *Site de l'organisation Public Citizen*, septembre 2001, 54 p. Disponible sur : <<http://www.citizen.org/documents/ACF186.PDF>> (consulté le 14 août 2014).

REDES-AMIGOS DE LA TIERRA URUGUAY. *¿Soberanía de los pueblos o intereses empresariales? : los mecanismos de arreglos de diferencias inversor-estado y sus impactos sobre los derechos humanos y el medio ambiente* [en ligne]. Disponible sur : <http://209.62.67.242/wp-content/uploads/2008/08/suplemento_diaria.pdf> (consulté le 14 août 2014).

VIS-DUNBAR, Damon, CABRERA DIAZ, Fernando, PETERSON, Luke Eric. ICSID registers arbitration claim in face of Bolivian objections [en ligne]. *Investment Treaty News*, publié le 15 novembre 2007. Disponible sur : <http://www.iisd.org/itn/wp-content/uploads/2010/10/itn_nov15_2007.pdf> (consulté le 15 avril 2015).

VIS-DUNBAR, Damon. Norway shelves its draft model bilateral investment treaty [en ligne]. *Investment treaty news*, publié le 8 juin 2009. Disponible sur : <<http://www.iisd.org/itm/2009/06/08/norway-shelves-its-proposed-model-bilateral-investment-treaty>> (consulté le 22 octobre 2014).

V) Articles de presses.

COSTA, William. Ecuador : Constitutional Court says 'no' to referendum on Correa's amendments [en ligne]. *Pulsamerica*, publié le 3 novembre 2014. Disponible sur : <<http://www.pulsamerica.co.uk/2014/11/03/ecuador-constitutional-court-says-no-to-referendum-on-correas-amendments>> (consulté le 31 mars 2015).

EDITORIAL. The secret trade courts [en ligne]. *The New York Times*, publié le 27 septembre 2004. Disponible sur : <<http://www.nytimes.com/2004/09/27/opinion/27mon3.html>> (consulté le 14 août 2014).

EL UNIVERSO. Para oposición los fallos de la Corte Constitucional favorecen al gobierno [en ligne]. *El Universo*, publié le 28 décembre 2014. Disponible sur : <<http://www.eluniverso.com/noticias/2014/12/28/nota/4382796/oposicion-fallos-corte-favorecen-gobierno>> (consulté le 31 mars 2015).

EMBAJADA DEL ECUADOR EN VENEZUELA, MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES Y MOVILIDAD HUMANA. *Segunda Conferencia Ministerial de Estados Afectados por Intereses Transnacionales se realiza en Caracas* [en ligne]. Publié le 10 septembre 2014. Disponible sur : <<http://venezuela.embajada.gob.ec/es/segunda-conferencia-ministerial-de-estados-afectados-por-intereses-transnacionales-se-realiza-en-caracas>> (consulté le 19 mai 2014).

HUMANISTAS DE BOLIVIA. Santiago de Chile. CIADI. Acto frente a la embajada de Holanda [en ligne]. *Humanistas de Bolivia*, publié le 19 janvier 2008. Disponible sur : <<http://mhbolivia.blogspot.fr/2008/01/santiago-de-chile-ciadi-acto-frente-la.html>> (consulté le 14 août 2014).

KHOR, Martin. 863 ONG presentan petición al líder del Banco Mundial contra el tribunal de inversiones [en ligne]. *IFIs Latin American Monitor*, publié le 18 janvier 2008. Disponible sur : <<http://ifis.choike.org/esp/informes/837.html>> (consulté le 14 août 2014).

LA HORA. PAIS tiene el control sobre la nueva CC [en ligne]. *La Hora*, publié le 31 octobre 2012. Disponible sur : <<http://www.lahora.com.ec/index.php/noticias/show/1101415584#.VRqKgmbYekE>> (consulté le 31 mars 2015).

MAYERS, Matthew L. Nations support Uruguay against threat by Philip Morris International, declare Governments have right to implement effective tobacco control policies [en ligne]. *Campaign for tobacco-free kids*, publié le 18 novembre 2010. Disponible sur : <http://www.tobaccofreekids.org/press_releases/post/id_1305> (consulté le 13 janvier 2015)

NALVARTE, Paola. En Bolivia, periodistas rechazan proyecto de ley de acceso a la información [en ligne]. *Journalism in the Americas*, publié le 9 novembre 2013. Disponible sur : <<https://knightcenter.utexas.edu/es/blog/00-14741-en-bolivia-periodistas-rechazan-proyecto-de-ley-de-acceso-la-informacion-en-peru-hace->>> (consulté le 14 août 2014).

NUEVO HUMANISMO. Conferencia sobre la trampa del CIADI en Rosario [en ligne]. *Nuevo Humanismo*. Le document n'est plus disponible sur le site : <http://www.humanistas.com.ar/c39/index.php?option=com_content&task=view&id=139&Itemid=1> (consulté le 14 août 2014). Le document est consultable sur la bibliographie Zotero de l'auteur.

NUEVO HUMANISMO. Humanistas argentinos marchan en apoyo a Evo y en contra el CIADI [en ligne]. *Nueva Región*, publié le 28 janvier 2008. Disponible sur : <<http://www.nuevaregion.com/humanistas-argentinos-marchan-en-apoyo-a-evo-y-en-contra-del-ciadi>> (consulté le 23 juillet 2015).

NUÑEZ SALMERON, Luis. Posible salida de Nicaragua de Ciadi [en ligne]. *La Prensa*, publié le 14 avril 2008. Disponible sur : <<http://archivo.laprensa.com.ni/archivo/2008/abril/14/noticias/economia/253728.shtml>> (consulté le 9 avril 2015).

OLIVET, Cecilia. Conferencia Ministerial de Estados Latinoamericanos Afectados por Intereses Transnacionales : Reporte de Guayaquil, Ecuador [en ligne]. *Transnational Institute*, publié le 8 mai 2013. Disponible sur : <<http://www.tni.org/es/article/conferencia-ministerial-de-estados-latinoamericanos-afectados-por-intereses-transnacionales>> (consulté le 19 mai 2015).

PARISH FLANNERY, Nathaniel. Concerns arise over new Constitutional Court judges in Ecuador [en ligne]. *Americas Society / Council of the Americas*, publié le 10 octobre 2012. Disponible sur : <<http://www.as-coa.org/articles/concerns-arise-over-new-constitutional-court-judges-ecuador>> (consulté le 31 mars 2015).

REUTERS. Ecuador podría nacionalizar o expropiar petroleras [en ligne]. *Reuters*, publié le 21 avril 2010. Disponible sur : <<http://www.reuters.com/article/2010/04/21/ecuador-repsolidESLDE63K0BA20100421>> (consulté le 29 janvier 2015).

RFI. Corte Constitucional abre la vía a la reelección de Correa [en ligne]. *Radio Francia Internacional en español*, publié le 2 novembre 2014. Disponible sur : <<http://www.espanol.rfi.fr/americas/20141101-la-corte-constitucional-abre-la-la-reeleccion-indefinida-de-correa>> (consulté le 31 mars 2015).

SECCOMBE, Mike. Big tobacco's plan to stub out plain packaging [en ligne]. *The Saturday Paper*, publié le 8 mars 2014. Disponible sur : <<https://www.thesaturdaypaper.com.au>> (consulté le 13 janvier 2015).

THE AMERICAS. Come and get me: Argentina is putting international arbitration to the test [en ligne]. *The Economist*, publié le 18 février 2012. Disponible sur : <<http://www.economist.com/node/21547836>> (consulté le 15 avril 2015).

VI) Conférences et discours.

CHAVEZ, Hugo. *Discours à la 61ème Assemblée Générale de l'ONU*, 20 septembre 2006.

CORREA DELGADO, Rafael. *Discours d'investiture présidentielle*. Quito, 10 août 2009.

CORREA DELGADO, Rafael. *Discours de la VIe Réunion du Conseil des Chefs d'État et de gouvernement de l'UNASUR*. Lima, 30 novembre 2012, p. 10-11.

CORREA DELGADO, Rafael. *Discurso de la ceremonia de traspaso de la presidencia pro tempore de la UNASUR*. Quito, 10 août 2009.

CORREA DELGADO, Rafael. *Discurso inaugural de la XII Cumbre de la Alianza Bolivariana para los Pueblos de Nuestra América - Tratado de Comercio de los Pueblos (ALBA-TCP)*. Guayaquil, 30 juillet 2013.

FERNANDEZ DE KIRCHNER, Cristina. *Mensaje en el acto del Día de la Bandera*. Rosario, 20 juin 2014.

GARCÍA CARRIÓN, Diego. *Présentation de l'ouvrage "L'affaire Chevron : La Défense de l'Équateur face à l'usage inadéquat de l'arbitrage d'investissement"*. Paris, 21 octobre 2015.

LIBERTI, Lahra. The policy framework for investment : the social and environmental dimensions. In : *Global Forum VII on International Investment, 27-28 mars 2008*. Paris : OCDE, 2008, p. 791-852.

MADURO MOROS, Nicolás. *Palabras con motivo de la presentación del « Proyecto de ley mediante el cual la Asamblea Nacional autoriza al Presidente de la República para dictar decretos con rango, valor y fuerza de ley en las materias que se delegan », de conformidad con lo establecido en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*. Palacio Federal Legislativo, 8 octobre 2009, 51 p.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. El bloque constitucional de derechos : la confluencia del derecho internacional y del derecho constitucional en el aseguramiento y garantía de los

derechos fundamentales en América latina. In : PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO. *Trigésimo séptimas jornadas chilenas de Derecho público, 8-9 décembre 2007*, Valparaíso.

VII) Rapports.

ALADI, CAN, MERCOSUR. *Convergencia comercial de los países de América del Sur hacia la Comunidad Sudamericana de Naciones : Solución de controversias*. Document ALADI/MERCOSUR/CAN/16/2006.

ALIANZA REGIONAL POR LA LIBRE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN. *Saber más III : informe regional sobre acceso a la información pública y protección de datos personales* [en ligne], 28 septembre 2011. Disponible sur : <[http:// www.proacceso.org.ve/Publicaciones/Estudios-%281%29/2011.aspx](http://www.proacceso.org.ve/Publicaciones/Estudios-%281%29/2011.aspx)> (consulté le 14 août 2014).

BOHOSLAVSKY, Juan Pablo, JUSTO, Juan Bautista. *Protección del derecho humano al agua y arbitrajes de inversión*. CEPAL, 2011, 43 p.

CALCAGNO, Alfredo Eric. *Informe sobre las inversiones directas extranjeras en América Latina*. 2^{ème} éd. Santiago de Chile : CEPAL, 1980, 114 p.

CENTRE INTERNATIONAL POUR LE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS RELATIFS AUX INVESTISSEMENTS. *Affaires du Cirdi : statistiques* [en ligne], n°2014-2. Disponible sur : <<https://icsid.worldbank.org>> (consulté le 29 janvier 2015).

CENTRE INTERNATIONAL POUR LE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS RELATIFS AUX INVESTISSEMENTS. *Liste des États contractants et signataires de la Convention (au 11 avril 2014)* [en ligne]. Disponible sur : <<https://icsid.worldbank.org>> (consulté le 6 février 2015).

COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN, LEGISLACIÓN, JUSTICIA Y REGLAMENTO. *Segundo informe recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que modifica la ley N°17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional*, 15 janvier 2007, 213 p.

GALLAGHER, Kevin P., SHRESTHA, Elen. *Investment treaty arbitration and developing countries : a re-appraisal*. Global Development and Environment Institute. Working paper n°11-01. Medford : Tufts University, 2011, 17 p.

INTERNATIONAL BANK FOR RECONSTRUCTION AND DEVELOPMENT, INTERNATIONAL DEVELOPMENT ASSOCIATION. *Annual Report 1963-64*, World Bank and IDA, 91 p.

INTERNATIONAL BANK FOR RECONSTRUCTION AND DEVELOPMENT, INTERNATIONAL DEVELOPMENT ASSOCIATION. *Annual Report 1965-66*, World Bank and IDA, 84 p.

KNIGHT CENTER FOR JOURNALISM IN THE AMERICAS. *Transparency and accountability : journalism and access to public information in Latin America and the Caribbean*. Austin : Forum of journalism in the Americas, 2013, 85 p.

LOWE, Vaughan. *Changing Dimensions of International Investment Law*. *Oxford Legal Studies Research Paper No. 4/2007*, 2007, 123 p.

NATIONS UNIES, CONSEIL ÉCONOMIQUE ET SOCIAL, COMMISSION DES DROITS DE L'HOMME. *Rapport intérimaire du Représentant spécial du Secrétaire général chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises*. E/CN.4/2006/97, 24 p.

NATIONS UNIES, CONSEIL ÉCONOMIQUE ET SOCIAL, COMMISSION DES DROITS DE L'HOMME. *Droits de l'homme, commerce et investissement*. *Rapport du Haut-Commissaire aux droits de l'homme*. U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/2003/9, 2 juillet 2003, 37 p.

OCDE. *L'“expropriation indirecte” et le “droit de règlementer” dans le droit international de l'investissement*. Éditions OCDE, 2004, 24 p.

OCDE. *Transparence et participation de tierces parties aux procédures de règlement des différends entre investisseurs et états*. Éditions OCDE, 2005, 27 p.

SELECT COMMITTEE TO STUDY GOVERNMENTAL OPERATIONS WITH RESPECT TO INTELLIGENCE ACTIVITIES. UNITED STATES SENATE. *Covert Action in Chile 1963-1973, Staff report*. Washington : U.S. Government Printing, 62 p.

SISTEMA ECONÓMICO LATINOAMERICANO Y DEL CARIBE. *Situación y desafíos de la actual arquitectura institucional de la integración en América Latina y el Caribe*. XXXVIII Réunion Ordinaire du Conseil Latino-américain. Caracas, Venezuela : SELA, 2012, p. 48-56.

TIETJE, Christian, BAETENS, Freya. *The impact of investor-State dispute settlement (ISDS) in the transatlantic trade and investment partnership. Study prepared for the Minister for Foreign Trade and Development Cooperation*. Pays-Bas : Ministry of Foreign Affairs, 2014, 153 p.

U.N. COMMISSION ON HUMAN RIGHTS. *Human rights as the primary objective of international trade, investment and finance policy and practice*. U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/1999/11, 17 juin 1999.

U.N. OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS, SUB-COMMISSION ON PREVENTION OF DISCRIMINATION AND PROTECTION OF MINORITIES. *Résolution de la Sous-Commission 1998/12*. U.N. Doc. E/CN.4/SUB.2/RES/1998/12, 20 août 1998.

U.N. OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS. *Human rights and trade*. 5th WTO Ministerial Conference, Cancún, Mexique, 10-14 septembre 2003, 23 p.

U.S. DEPARTMENT OF STATE. *Letter of submittal of the Treaty between the United States of America and the Argentine Republic concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investment, with Protocol, signed at Washington on November 14, 1991*. Washington, 13 janvier 1993.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Bilateral Investment Treaties : 1959-1999*. New York ; Genève : United Nations, 2000, 136 p.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Denunciation of the ICSID Convention and BITs: impact on investor-State claims*. *IIA Issues Note*, 2010, n°2, 10 p.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Fair and equitable treatment*. UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II. New York, Genève : United Nations, 2012, 141 p.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *World Investment Report 2003 : FDI Policies for Development : National and International Perspectives*. New York ; Genève : UNCTAD, 2003, 303 p.

VIII) Cadre juridique.

1. National

1.1. Argentine

CARLOS MENEM, PRÉSIDENT DE LA NATION ARGENTINE. *Decreto 1161/94 du 15 juillet 1994*.

Código Procesal Civil y Comercial de la Nación de l'Argentine, publié le 27 août 1981.

Constitución Nacional de la República Argentina (1853).

Constitución Nacional de la República Argentina (1994).

1.2. Bolivie

CARLOS D. MESA GISBERT, PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA RÉPUBLICA. *Decreto Supremo n°28168*, 17 mai 2005.

Código de Procedimiento Civil, 2 avril 1976.

Código Procesal Constitucional, 5 juillet 2012.

COMISIÓN DE JUSTICIA PLURAL, MINISTERIO PÚBLICO Y DEFENSA LEGAL DEL ESTADO. *Rapport CJPMDLE N°021/2015-2016*, 13 mai 2015.

Constitución de la República de Bolivia (1967 avec les reformes de 1994-95).

Constitución Política de la República de Bolivia (1947).

Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia (2009). *Gaceta Oficial del Estado Plurinacional de Bolivia*, n°NCPE, 7 février 2009.

EVO MORALES AYMA, PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DEL ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA. Decreto Presidencial n°0577 du 23 juillet 2010. *Gaceta Oficial del Estado Plurinacional de Bolivia*, édition 156NEC, 26 juillet 2006.

HUGO BANZER SUÁREZ, PRÉSIDENT DE LA RÉPUBLIQUE. Décret Suprême N°25730 du 7 avril 2000. *Gaceta Oficial del Estado Plurinacional de Bolivia*, édition n°2210, 7 avril 2000.

Ley de agua potable y alcantarillado sanitario, 29 octobre 1999.

Ley de transparencia y acceso a la información pública, projet de loi.

Ley n°027 del Tribunal Constitucional Plurinacional, 6 juillet 2010.

Ley n°1455 Ley de Organización Judicial, 18 février 1993.

Ley n°1770 Arbitraje y otros procedimientos alternativos de solución de controversias, 10 mars de 1997.

Ley n°1836 del Tribunal Constitucional, 1^{er} avril 1998.

Ley No. 1182, Ley de inversiones. *Gaceta Oficial de Bolivia*, n°1662, 17 septembre 1990.

Ley n°341 de participación y control social, 5 février 2013.

Ley n°516 de promoción de inversiones, 4 avril 2014.

Ley N°708 de Conciliación y Arbitraje. *Gaceta Oficial del Estado Plurinacional de Bolivia*, édition n°770NEC, 25 juin 2015.

Projet de Loi de conciliation et arbitrage (2015), PL-009-15.

VICTOR PAZ ESTENSSORO, PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA. *Decreto Supremo n°21060*, 29 août 1985.

1.3. Brésil

Constituição dos Estados Unidos do Brasil (1946).

Lei n°9.307, dispõe sobre a arbitragem, 23 septembre 1996.

Lei n°13.129, altera la lei 9.307, 26 mai 2015.

1.4. Chili

Constitución Política de la República de Chile (1925).

Constitución Política de la República de Chile (1980 avec la reforme de 1989).

Constitución Política de la República de Chile (1980).

Constitución Política de la República de Chile (2005).

Ley n°19.971 sobre arbitraje comercial, 29 septembre 2004.

Ley orgánica constitucional del Tribunal Constitucional, 10 août 2010.

Ley orgánica constitucional del Tribunal Constitucional, 19 mai 1981.

1.5. Colombie

Acto Legislativo n°1 por el cual se reforma el artículo 58 de la Constitución Política, 30 juillet 1999.

Constitución Política de Colombia (de 1886 avec les reformes de 1957).

Constitución Política de Colombia (1991).

Ley 1563 por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones, 12 juillet 2012.

Ley 315 por la cual se regula el arbitraje internacional y se dictan otras disposiciones, 12 septembre 1996.

Ley 80 por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, 28 octobre 1993.

1.6. Costa Rica

Código Procesal Civil du Costa Rica (1989).

Constitución Política de la República de Costa Rica (1949).

Ley n° 7727 sobre resolución alterna de conflictos y promoción de la paz social, 9 décembre 1997.

Ley n°7135 Ley de la jurisdicción constitucional, 11 octobre 1989.

Ley n°7494 de Contratación Administrativa, 1^{er} mai 1996.

Ley n°7715, Autorización del Convenio entre la República de Costa Rica y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte suscrito el 7 de setiembre de 1982, 30 octobre 1997.

Reglamento de la Asamblea Legislativa, Acuerdo legislativo n°399, 29 novembre 1961, version au 15 mars 2011.

Reglamento de orden, dirección y disciplina interior de la Asamblea legislativa de la República de Costa Rica (1993).

1.7. Équateur

ASAMBLEA CONSTITUYENTE. *Mandato Constituyente N°23 de Conformación de la Comisión Legislativa y de Fiscalización*, 25 octobre 2008.

Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones. Registro Oficial, órgano del gobierno del Ecuador, n°351, 29 décembre 2010.

Código Orgánico General de Procesos. Registro Oficial, órgano del gobierno del Ecuador, n°506, 22 mai 2015.

COMISIÓN ESPECIALIZADA N°5 DE SOBERANÍA, INTEGRACIÓN, RELACIONES INTERNACIONALES Y SEGURIDAD INTEGRAL. *Informe sobre el pedido del Presidente de la República, de aprobar la denuncia de trece acuerdos bilaterales de protección recíproca de inversiones, suscritos por el Ecuador*, 4 décembre 2009.

Ley del control constitucional, 18 juin 1997.

CONGRESO NACIONAL DEL ECUADOR. *Resolución legislativa n°R-22-053*, 7 février 2001.

Constitución de la República del Ecuador (2008). Registro Oficial, órgano del Gobierno del Ecuador, n°449, 20 octobre 2008, 80 p.

Constitución Política de la República de Ecuador (1979 avec la reforme de 1984).

Constitution Política de la República del Ecuador (1946).

Constitution Política de la República del Ecuador (1998).

GOBIERNO NACIONAL DE LA REPÚBLICA DE ECUADOR. *Buen Vivir, Plan Nacional 2013-2017*. Quito : Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo, 2013, 595 p.

GUSTAVO NOBOA BEJARANO, PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA. *Decreto No. 1412-C*, 5 avril 2001. Registro Oficial, órgano del Gobierno del Ecuador, n°309, 19 avril 2001.

GUSTAVO NOBOA BEJARANO, PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA. *Decreto No. 1756*, 13 août 2001. *Registro Oficial*, órgano del gobierno del Ecuador, n°395, 22 août 2001.

GUSTAVO NOBOA BEJARANO, PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA. *Decreto No. 2135*, 28 novembre 2001. *Registro Oficial*, órgano del gobierno del Ecuador, n°467, 4 décembre 2001.

GUSTAVO NOBOA BEJARANO, PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA. *Decreto No. 1417-B*, 6 avril 2001. Registro Oficial, órgano del gobierno del Ecuador, n°309 du 19 avril 2001.

Ley de arbitraje y otros procedimientos alternativos de solución de controversias comerciales, 4 septembre 1997.

RAFAEL CORREA DELGADO. *Oficio N° T.4766-SG7-09-2216*, 28 septembre 2009.

RAFAEL CORREA DELGADO. *Reglamento a la estructura e institucionalidad de desarrollo productivo, de la inversión y de los mecanismos e instrumentos de fomento productivo, establecidos en el Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones*. Décret du 6 mai 2011.

1.8. Salvador

Constitución Política de El Salvador (1962).

Constitución de la República de El Salvador (1983).

Ley de Procedimientos Constitucionales, 22 janvier 1960.

Ley Orgánica de la Función Legislativa, 8 juillet 2009. Registro Oficial, órgano del gobierno del Ecuador, n°642, 27 juillet 2009.

RAFAEL CORREA DELGADO, PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA. *Decreto n°1823*, 2 juillet 2009. Registro Oficial, órgano del gobierno del Ecuador, n°632 du 13 juillet 2009.

1.9. Guatemala

Constitución de la República de Guatemala (1956).

Constitución Política de la República de Guatemala (1985 avec la réforme de 1993).

Ley de Amparo, exhibición personal y de constitucionalidad, 8 janvier 1986.

1.10. Honduras

Constitución de Honduras (1957).

Constitución de la República de Honduras (1982).

Constitución de la República de Honduras (1982 avec la réforme de 2004).

Ley sobre justicia constitucional, 30 août 2004.

1.11. Mexique

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (1917).

Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, 11 juin 2002.

1.12. Nicaragua

Constitución Política de Nicaragua (1950).

Constitución Política de la República de Nicaragua (1987 avec la reforme de 1995).

Ley de Amparo, 30 novembre 1995.

Ley n°540, Ley de mediación y arbitraje, 25 mai 2005.

1.13. Panama

Constitución Política de la República de Panamá (1946).

Constitución Política de la República de Panamá (1972 avec la reforme de 1994).

Constitución Política de la República de Panamá (1972 avec la reforme de 2004).

1.14. Paraguay

Constitución de la República de Paraguay (1940). In : MENDOÇA, Juan Carlos (ed.) *Constitución de la república de Paraguay y sus antecedentes. Constituciones de 1844, 1870 y 1940, proyectos de Constitución de los partidos políticos y proyecto de la Comisión redactora de la Convención Nacional Constituyente*. Asunción : EMASA, 1967, p. 59-84.

Constitución de la República de Paraguay (1967).

Constitución de la República de Paraguay (1992).

1.15. Pérou

Código Procesal Constitucional, 31 mai 2004

Constitución Política del Perú (1933).

Constitución para la República del Perú (1979).

Constitución Política del Perú (1993).

1.16. Uruguay

Constitución de la República Oriental del Uruguay (1952).

Constitución de la República Oriental del Uruguay (1967 avec la reforme de 1996).

1.17. Venezuela

ASAMBLEA NACIONAL DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA. *Acuerdo sobre la campaña de la transnacional Exxon Mobil contra Petróleos de Venezuela S.A.* Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, n°38.869, 13 février 2008, p. 1-2.

ASAMBLEA NACIONAL DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA. *Ley que autoriza al Presidente de la República para dictar decretos con rango, valor y fuerza de ley en las materias que se delegan*, 19 novembre 2013.

CHAVEZ FRIAS, Hugo. *Decreto N°356 con rango y fuerza de ley de promoción y protección de inversiones*, 3 octobre 1999

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE VENEZUELA. *Ley aprobatoria del Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados*. Gaceta Oficial de la República de Venezuela, n°35.685, 3 avril 1995.

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999).

Constitución de la República de Venezuela (1961 avec la reforme de 1983).

Constitución de la República de Venezuela (1961).

Ley de arbitraje comercial, 7 avril 1998.

Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia du Venezuela, 20 mai 2004.

NICOLÁS MADURO MOROS, PRÉSIDENT DE LA RÉPUBLIQUE. *Decreto con rango, valor y fuerza de ley de inversiones extranjeras*. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, n°6.152, 18 novembre 2014.

REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA, MINISTERIO DEL PODER POPULAR PARA RELACIONES EXTERIORES. *Comunicado*, 25 janvier 2012.

2. Régional

ALIANZA BOLIVARIANA PARA LOS PUEBLOS DE NUESTRA AMÉRICA, TRATADO DE COMERCIO DE LOS PUEBLOS. *Anexo 2.3. Resolución especial sobre arbitraje y transnacionales*. XII^e Sommet de l'ALBA-TCP. Guayaquil, Équateur : 30 juillet 2013.

ALIANZA BOLIVARIANA PARA LOS PUEBLOS DE NUESTRA AMÉRICA, TRATADO DE COMERCIO DE LOS PUEBLOS. *Comunicado especial : Estados afectados por intereses transnacionales*, 26 septembre 2014.

ALIANZA BOLIVARIANA PARA LOS PUEBLOS DE NUESTRA AMÉRICA, TRATADO DE COMERCIO DE LOS PUEBLOS. *Declaración conjunta de la VI Cumbre Extraordinaria del ALBA – TCP*. Maracay, Venezuela : 24 juin 2009.

COMUNIDAD ANDINA. *Decisión 291 du 4 avril 1991, Régimen Común de Tratamiento a los Capitales Extranjeros y sobre Marcas, Patentes, Licencias y Regalías*.

COMUNIDAD ANDINA. *Decisión n°220 du 18 mai 1987 Sustitución de las Decisiones 24 y conexas, sobre el Régimen Común de Tratamiento a los Capitales Extranjeros y sobre Marcas, Patentes, Licencias y Regalías*.

COMUNIDAD ANDINA. *Decisión n°24 du 31 décembre 1970, Régimen común de tratamiento a los capitales extranjeros y sobre marcas, patentes, licencias y regalías*.

COMUNIDAD ANDINA. *Tratado de creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina*. Cochabamba, Bolivia : 1996.

COMUNIDAD SUDAMERICANA DE NACIONES. *Decisiones del Diálogo Político entre los Jefes de Estado y de Gobierno*. Premier Sommet sud-américain de l'énergie, Île de Margarita, 16 avril 2007.

COMUNIDAD SUDAMERICANA DE NACIONES. *Declaración sobre la Convergencia de los Procesos de Integración en América del Sur*. Première réunion des chefs d'État de la Communauté Sud-Américaine des Nations, Brasília, 30 septembre 2005.

NAFTA FREE TRADE COMMISSION. *Déclaration de la Commission du libre-échange sur la participation d'une tierce partie*, 7 octobre 2003.

NAFTA FREE TRADE COMMISSION. *Notes d'interprétation de certaines dispositions du Chapitre 11*, 31 juillet 2001.

UNASUR. *Declaración del Consejo de Jefas y Jefes de Estado y de Gobierno de la Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR)* [en ligne]. IV^e Réunion ordinaire du Conseil de chefs d'État et de gouvernement de l'UNASUR. Georgetown, Guyane : 26 novembre 2010.

UNASUR. *Tratado constitutivo de la Unión de Naciones Suramericanas*. Brasília : 23 mai 2008 (entré en vigueur le 11 mars 2011).

3. International

Accord entre le gouvernement de la République française et le gouvernement de la République du Costa Rica sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements. Paris : 8 mars 1984.

Accord entre le Gouvernement du Canada et le Gouvernement de la République du Costa Rica et pour l'encouragement et la protection des investissements. San José : 18 mars 1998.

Acuerdo entre el Gobierno de la República de Costa Rica y el Gobierno de la República de Argentina para la promoción y protección recíproca de inversiones. Buenos Aires : 21 mai 1997.

Acuerdo entre la República de Chile y la República de Costa Rica para la promoción y protección recíproca de las inversiones. San José : 11 juillet 1996.

Acuerdo entre la República de Chile y la República de Venezuela para la promoción y protección recíproca de las inversiones. Caracas : 17 mars 1997.

Acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones entre la República de Costa Rica y el Reino de España. San José : 8 juillet 1997.

ASSEMBLÉE GÉNÉRALE DES NATIONS UNIES. *Résolution concernant le droit fondamental à l'eau et à l'assainissement n°A/RES/64/292*, 28 juillet 2010.

CENTRE INTERNATIONAL POUR LE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS RELATIFS AUX INVESTISSEMENTS.

- *Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États.*
- *Règlement du Mécanisme supplémentaire.*
- *Règlement de procédure relatif aux instances d'arbitrage en vigueur depuis le 10 avril 2006.*
- *Règlement de procédure relatif aux instances d'arbitrage en vigueur du 1er janvier 2003 au 9 avril 2006.*
- *Règlement de procédure relatif aux instances d'arbitrage en vigueur du 26 septembre 1984 au 31 décembre 2002.*

Convenio entre la República de Costa Rica y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte. San José : 7 septembre 1982.

NATIONS UNIES, COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL. *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite.* Nations Unies, 2001.

OCDE. *Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales.* Éditions OCDE, 2011.

ORGANISATION DES ÉTATS AMÉRICAINS. *Convention américaine relative aux droits de l'homme.*

Tratado de libre comercio entre los gobiernos de Estados Unidos Mexicanos, la República de Colombia y la República de Venezuela. Cartagena de Indias : 13 juin 1994.

Tratado entre Alemania y Costa Rica sobre fomento y recíproca protección de inversiones y su Protocolo. San José : 13 septembre 1994.

IX) Résolutions.

1. Tribunaux nationaux.

1.1. Argentine

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL. *Sentence du 18 août 2015, aff. 8030/2015, CCI Compañía de Concesiones de Infraestructura S.A. s/Pedido de quiebra (por República de Perú).*

CÁMARA NACIONAL EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL.

- *Résolution en recours d'appel du 30 décembre 2010, aff. Claren Corporation c. Estado Nacional.*
- *Résolution en recours d'appel du 20 décembre 2011, aff. Crostelli Fernando et autres.*

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN.

- *Sentence du 7 juillet 1975, aff. Cooperativa eléctrica y Anexos de General Acha Ltda. In : CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. Fallos de la*

Corte Suprema de Justicia de la Nación con la relación de sus respectivas causas. Tome 292. Buenos Aires : Tall. Gráf. Mundial S.R.L., 1975, p. 223-226.

- *Sentence du 17 novembre 1994 concernant la demande de nullité d'une sentence arbitrale, aff. C.950.XXIV.REX.*
- *Sentence du 1^{er} juin 2004, aff. J.87.XXXVII.ROR, José Cartellone Construcciones Civiles S.A. vs Hidroeléctrica Norpatagónica S.A. o Hidronor S.A.*
- *Sentence du 6 mars 2014, aff. C.462.XLVII, Claren Corporation c. Estado Nacional.*
- *Sentence du 26 mars 2014, aff. C.830.XLVI.*

1.2. Bolivie

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE BOLIVIA.

- *Sentence No. 111/99-R du 6 septembre 1999, aff. N°99-00143-01-RAC.*
- *Sentence No. 322/99-R du 12 novembre 1999, aff. N°99-00370-01-RAC.*
- *Sentence 504/01-R du 29 mai 2001, aff. 2001-02469-06-RAC.*
- *Sentence No. 1138/2004-R 21 du juillet 2004, aff. 2004-09051-19-RAC.*
- *Sentence constitutionnelle 0051/2005 du 18 août 2005, aff. 2005-11149-23-RDI.*
- *Sentence constitutionnelle 0031/2006 du 10 mai 2006, aff. 2005-13011-27-RDI.*

1.3. Chili

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE CHILE. *Sentence du 25 août 2009, aff. 1288-08.*

1.4. Colombie

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA.

- *Sentence C-027/93 du 5 février 1993, aff. D-018, D-116 et D-136.*
- *Sentence C-276/93 du 22 juillet 1993, aff. L.A.T. 013.*
- *Sentence C-179/94 du 13 avril 1994, aff. P.E. 002.*
- *Sentence C-178/95 du 24 avril 1995, aff. L.A.T. 041.*
- *Sentence C-358/96 du 14 août 1996, aff. L.A.T. 062.*
- *Sentence C-379/96 du 22 août 1996, aff. L.A.T. 061.*
- *Sentence C-442/96 du 19 septembre 1996, aff. L.A.T. 073.*
- *Sentence C-008/97 du 23 janvier 1997, aff. L.A.T. 074.*
- *Sentence C-468/97 du 25 septembre 1997, aff. L.A.T. 097.*
- *Sentence C-494/98 du 15 septembre 1998, aff. L.A.T. 117.*
- *Sentence C-160/99 du 17 mars 1999, aff. D-2155.*
- *Sentence C-385/00 du 5 avril 2000, aff. D-2561.*
- *Sentence C-1436 du 25 octobre 2000, aff. D-2952.*
- *Sentence C-059/01 du 24 janvier 2001, aff. D-3210.*
- *Sentence C-540/01 du 22 mai 2001, aff. D-3256 et D-3257.*
- *Sentence C-294/02 du 23 avril 2002, aff. L.A.T. 209.*
- *Sentence C-1074/02 du 4 décembre 2002, aff. D-4062.*
- *Sentence C-961/03 du 21 octobre 2003, aff. L.A.T. 235.*
- *Sentence C-309/07 du 3 mai 2007, aff. L.A.T. 291.*
- *Sentence C-150/09 du 11 mars 2009, aff. L.A.T. 328.*
- *Sentence C-377/10 du 19 mai 2010, aff. L.A.T. 348.*
- *Sentence C-169/12 du 7 mars 2012, aff. L.A.T. 377.*

1.5. Costa Rica

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.

- *Sentence 1079-93 du 2 mars 1993, aff. 93-000593-0007CO. I*
- *Sentence 4205-96 du 20 août 1996, aff. 0282-E-92.*
- *Sentence 4708-97 du 19 août 1997, aff. 97-004732-0007-CO.*
- *Sentence 4726-97 du 20 août 1997, aff. 97-004734-0007-CO.*
- *Sentence 0019-98 du 6 janvier 1998, aff. 97-008669-0007-CO.*

SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. *Résolution 001363-C-S1-2013 du 9 octobre 2013, aff. 13-000008-0004-AR.*

1.6. Salvador

SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. *Résolution du 15 mars 2013, aff. n°43-2011.*

1.7. Équateur

CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR.

- *Décision n°020-10-DTI-CC du 24 juin 2010 concernant l'Accord pour l'encouragement et la protection des investissements conclu avec le Royaume-Uni et l'Irlande, aff. 0008-10-TI.*
- *Décision n°023-10-DTI-CC du 24 juin 2010 concernant l'Accord pour l'encouragement et la protection des investissements conclu avec l'Allemagne, aff. 0006-10-TI.*
- *Décision n°026-10-DTI-CC du 29 juillet 2010 concernant l'Accord pour l'encouragement et la protection des investissements conclu avec la Finlande, aff. 0001-10-TI.*
- *Décision n°027-10-DTI-CC du 29 juillet 2010 concernant l'Accord pour l'encouragement et la protection des investissements conclu avec la Chine, aff. 0004-10-TI.*
- *Décision n°029-10-DTI-CC du 16 septembre 2010 concernant l'Accord pour l'encouragement et la protection des investissements conclu avec la Suède, aff. 0002-10-TI.*
- *Décision n°030-10-DTI-CC du 16 septembre 2010 concernant l'Accord pour l'encouragement et la protection des investissements conclu avec les Pays-Bas, aff. 0005-10-TI.*
- *Décision n°031-10-DTI-CC du 16 septembre 2010 concernant l'Accord pour l'encouragement et la protection des investissements conclu avec la France, aff. 0007-10-TI.*
- *Décision n°035-10-DTI-CC du 7 octobre 2010 concernant l'Accord pour l'encouragement et la protection des investissements conclu avec le Canada, aff. 0003-10-TI.*
- *Décision n°038-10-DTI-CC du 11 novembre 2010 concernant l'Accord pour l'encouragement et la protection des investissements conclu avec le Chili, aff. 0010-10-TI.*
- *Décision n°040-10-DTI-CC du 11 novembre 2010 concernant l'Accord pour l'encouragement et la protection des investissements conclu avec la Suisse, aff. 0012-10-TI.*
- *Décision n°041-10-DTI-CC du 25 novembre 2010 concernant l'Accord pour l'encouragement et la protection des investissements conclu avec le Venezuela, aff. 0011-10-TI.*
- *Décision n°043-10-DTI-CC du 25 novembre 2010 concernant l'Accord pour l'encouragement et la protection des investissements conclu avec les États-Unis, aff. 0013-10-TI.*
- *Décision n°0003-013-DTI-CC du 17 janvier 2013 concernant l'Accord pour l'encouragement et la protection des investissements conclu avec l'Argentine, aff. 0009-10-TI.*
- *Décision n°010-13-DTI-CC du 25 avril 2013 concernant l'Accord pour l'encouragement et la protection des investissements conclu avec l'Espagne, aff. 0010-11-TI.*
- *Décision n°022-13-DTI-CC du 17 juillet 2013 concernant l'Accord pour l'encouragement et la protection des investissements conclu avec l'Italie, aff. 0015-13-TI.*
- *Décision n°032-13-DTI-CC du 26 novembre 2013 concernant l'Accord pour l'encouragement et la protection des investissements conclu avec le Pérou, aff. 0016-13-TI.*

- *Décision n°001-14-DTI-CC du 15 janvier 2014 concernant l'Accord pour l'encouragement et la protection des investissements conclu avec la Bolivie, aff. 0014-13-TI.*

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR. Résolution n°171-2000-TP du 26 septembre 2000, *aff. 008-2000-CI. Registro Oficial, órgano del gobierno del Ecuador, n°180, 5 octobre 2000.*

1.9. Paraguay

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA CONSTITUCIONAL. *Résolution N°981 du 30 septembre 2014, aff. « Acción de inconstitucionalidad : Kansol S.A. y Roswell Company S.A. c/ la ley n° 5194 que declara de interés social y expropiación a favor del Instituto Paraguayo del Indígena (INDI) ».*

1.8. Pérou

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE PERÚ.

- *Sentence du 18 février 2005, aff. 3179-2004-AA/TC.*
- *Sentence du 5 novembre 2009, aff. 03939-2009-PA/TC.*
- *Sentence du 25 mars 2011, aff. 03730-2010-PA/TC.*
- *Sentence du 7 juin 2011, aff. 01053-2011-PA/TC.*
- *Sentence du 15 octobre 2011, aff. 03758-2011-PA/TC.*
- *Sentence du 18 octobre 2011, aff. 03571-2011-PA/TC.*
- *Sentence du 3 novembre 2011, aff. 03469-2011-PA/TC.*
- *Sentence du 13 décembre 2011, aff. 03578-2011-PA/TC.*
- *Sentence du 22 mai 2013, aff. 04004-2012-PA/TC.*

1.9. Venezuela

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. *Sentence 29-4-65, cité dans : Allan BREWER CARÍAS. Estado de derecho y control judicial : justicia constitucional, contencioso-administrativo y derecho de amparo. Madrid : Instituto Nacional de Administración Pública, 1987, p. 72-74.*

TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, SALA CONSTITUCIONAL.

- *Sentence 3132 du 15 décembre 2004, aff. 04-2077.*
- *Demande de révision de la résolution 00832 du 14 juillet 2014 édicté par la Salle Politico-Administrative, résolution du 28 octobre 2005, aff. 04-2562.*
- *Action d'interprétation concernant le contenu et la portée de l'article 258 de la Constitution de la République Bolivarienne de Venezuela, résolution du 17 octobre 2008, aff. n°08-0763.*
- *Action d'interprétation concernant le contenu et la portée des articles 1 et 151 de la Constitution de la République Bolivarienne de Venezuela, résolution du 11 février 2009, aff. n°08-0306.*
- *Décision n°745 du 15 juillet 2010, aff. n° 09-1003.*
- *Décision n°782 du 5 juin 2012, aff. n°12-0281.*

TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, SALA POLÍTICO ADMINISTRATIVA. *Résolution N°00832 du 14 juillet 2004, aff. 2002-0464.*

2. Tribunaux arbitraux et internationaux.

2.1. Affaires Cirdi

Agua del Tunari S.A. v. Republic of Bolivia, aff. CIRDI n°ARB/02/3, enregistré le 25 février 2002.

Azurix Corp. v. Argentine Republic, aff. CIRDI n°ARB/01/12, enregistré le 23 octobre 2001.

Bernhard von Pezold and others v. Republic of Zimbabwe, aff. CIRDI n°ARB/10/15, enregistré le 8 juillet 2010.

Border Timbers limited and others v. République of Zimbabwe, aff. CIRDI n°ARB/10/25, enregistré le 20 décembre 2010.

Bewater Gauff v. United Republic of Tanzania, aff. CIRDI n°ARB/05/22, enregistré le 2 novembre 2005.

CEMEX Caracas Investments B.V. and CEMEX Caracas II Investments B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela, aff. CIRDI n°ARB/08/15, enregistré le 30 octobre 2008.

Commerce Group Corp. et San Sebastian Gold Mines, Inc. v. Republic of El Salvador, aff. CIRDI n°ARB/09/17, enregistré le 21 août 2009.

Compañía Aguas del Aconquija S.A. et Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic, aff. CIRDI n°ARB/97/3, enregistré le 19 février 1997.

Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. v. The Republic of Costa Rica, aff. CIRDI n°ARB/96/1, enregistré le 22 mars 1996.

Loewen Group Inc. et Raymond Loewen v. United States of America, aff. CIRDI n°ARB(AF)/98/3, enregistré le 19 novembre 1998.

Mondev International Ltd v. United States of America, aff. CIRDI n°ARB(AF)/99/2, enregistré le 20 septembre 1999.

Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v. Republic of Ecuador, aff. CIRDI n°ARB/06/11, enregistré le 13 juillet 2006.

Pac Rim Cayman LLC v. Republic of El Salvador, aff. CIRDI n°ARB/09/12, enregistré le 15 juin 2009.

Philip Morris Brand Sàrl (Switzerland), Philip Morris Products S.A. (Switzerland) and Abal Hermanos S.A. (Uruguay) v. Oriental Republic of Uruguay, aff. CIRDI n°ARB/10/7, enregistré le 26 mars 2010.

Railroad Development Corporation v. Republic of Guatemala, aff. CIRDI n°ARB/07/23, enregistré le 20 août 2007.

Repsol YPF Ecuador S.A. v. Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (PETROECUADOR), aff. CIRDI n°ARB/08/10, enregistré le 8 août 2008.

Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and Interagua Servicios Integrales de Agua S.A. v. Argentine Republic, aff. CIRDI n°ARB/03/17, enregistré le 17 juillet 2003.

Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic, aff. CIRDI n°ARB/03/19, enregistré le 17 juillet 2003.

Vanessa Ventures Ltd. vs. Bolivarian Republic of Venezuela, aff. CIRDI n°ARB(AF)/04/6, enregistré le 28 octobre 2004.

Venoklim Holding B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela, aff. CIRDI n°ARB/12/22, enregistré le 15 août 2012.

2.2. Affaires NAFTA.

Methanex corporation v. United States of America.

- Decision of the Tribunal on petitions from third persons to intervene as amici curiae, 15 janvier 2001.
- Final award of the tribunal on jurisdiction and merits, 3 août 2005.

S.D. Myers Inc. v. Government of Canada. Résolution partielle, 13 novembre 2000.

UPS v. Government of Canada. Decision of the Tribunal on petitions for intervention and participation as amici curiae, 17 octobre 2001.

Pope & Talbot Inc. v. Government of Canada. Decision and order by the arbitral tribunal, 11 mars 2002.

2.3. Affaires de la Cour Interaméricaine des droits de l'homme

Affaire Claude Reyes et autres c. le Chili. Résolution, 19 septembre 2006.

Comunidad indígena Sawhoyamaya v. Paraguay.

- Résolution, 29 mars 2006.
- Allégations finales écrites présentées par l'État, 16 février 2006.

Comunidad indígena Yakye Axa v. Paraguay. Résolution (fondo, reparaciones y costas), 17 juin 2005.

X) Sites Internet.

ASAMBLEA NACIONAL, REPÚBLICA DEL ECUADOR. *Trámite general de los tratados e instrumentos internacionales*. <<http://www.asambleanacional.gob.ec/es/tramite-general-tratados-instrumentos-internacionales-agosto2009>> (consulté le 31 mars 2015).

BIBLIOTECA VIRTUAL MIGUEL DE CERVANTES. *Constituciones hispanoamericanas*. <<http://www.cervantesvirtual.com/bib/portal/constituciones>> (consulté le 30 juillet 2014).

CÁMARA DE DIPUTADOS, H. CONGRESO DE LA UNIÓN. <<http://www.diputados.gob.mx>> (consulté le 30 juillet 2014).

CENTRE INTERNATIONAL POUR LE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS RELATIFS AUX INVESTISSEMENTS. <<https://icsid.worldbank.org>> (consulté le 30 juillet 2014).

CENTRO ARGENTINO DE ESTUDIOS INTERNACIONALES. <<http://www.caei.com.ar>> (consulté le 31 juillet 2014).

CENTRO DE DOCUMENTACIÓN JUDICIAL, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - EL SALVADOR. <<http://www.jurisprudencia.gob.sv>> (consulté le 31 juillet 2014).

COMMISSION DES NATIONS UNIES POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL. <<http://www.uncitral.org>> (consulté le 30 juillet 2014).

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD, REPÚBLICA DE GUATEMALA. <<http://www.cc.gob.gt>> (consulté le 31 juillet 2014).

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, REPÚBLICA DEL PARAGUAY. <<http://www.csj.gov.py/jurisprudencia>> (consulté le 28 novembre 2014).

COUR INTERAMÉRICAINNE DES DROITS DE L'HOMME. <<http://www.corteidh.or.cr>> (consulté le 31 juillet 2014).

ECUADOR TV. <<http://www.ecuadortv.ec>> (consulté le 30 juillet 2014).

GACETA OFICIAL DEL ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA. <<http://www.gacetaoficialdebolivia.gob.bo>> (consulté le 28 juillet 2015).

INVESTMENT POLICY HUB (UNCTAD DIVISION ON INVESTMENT AND ENTERPRISE). <<http://investmentpolicyhub.unctad.org>> (consulté le 28 juillet 2015)

NAFTA CLAIMS. <<http://www.naftalaw.org>> (consulté le 14 août 2014)

OFFICE OF THE UNITED STATES TRADE REPRESENTATIVE. *Free Trade Agreements*. <<http://www.ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements>> (consulté le 14 août 2014).

ORGANIZATION OF AMERICAN STATES. <<http://www.oas.org>> (consulté le 30 juillet 2014).

PODER JUDICIAL, REPÚBLICA DE COSTA RICA. *Jurisprudencia y legislación*. <<http://www.poder-judicial.go.cr>> (consulté le 31 juillet 2014).

POLITICAL DATA BASE OF THE AMERICAS. *Constitutions and comparative constitutional study*. <<http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/constudies.html>> (consulté le 30 juillet 2014).

RED DE REVISTAS CIENTÍFICAS DE AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE, ESPAÑA Y PORTUGAL. <<http://redalyc.org>> (consulté le 30 juillet 2014).

REGISTRO OFICIAL, ÓRGANO DEL GOBIERNO DEL ECUADOR. <<http://www.registroficial.gob.ec>> (consulté le 30 juillet 2014).

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA. <<http://www.infojus.gov.ar>> (consulté le 31 juillet 2014).

SISTEMA BOLIVARIANO DE COMUNICACIÓN E INFORMACIÓN. *Aló presidente*. <<http://www.alopresidente.gob.ve>> (consulté le 28 juillet 2015).

SISTEMA COSTARRICENSE DE INFORMACIÓN JURÍDICA. <<http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/pj/scij>> (consulté le 30 juillet 2014).

SISTEMA DE INFORMACIÓN LEGISLATIVA DU PARAGUAY. <<http://silpy.congreso.gov.py>> (consulté le 28 novembre 2014).

SISTEMA DE INFORMACIÓN SOBRE COMERCIO EXTERIOR. <<http://www.sice.oas.org>> (consulté le 31 juillet 2014).

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE BOLIVIA. <<http://www.tcpbolivia.bo>> (consulté le 31 juillet 2014).

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. <<http://www.tribunalconstitucional.cl>> (consulté le 31 juillet 2014).

U.S. DEPARTMENT OF STATE. *Nafta investor-state arbitrations*. <<http://www.state.gov/s/l/c3439.htm>> (consulté le 14 août 2014).

XI) Émissions TV.

Aló Presidente.

- Programme n°303, diffusé le 13 février 2008.
- Programme n°376, diffusé le 8 janvier 2012.

Enlace ciudadano.

- Diffusé le 20 juin 2009, Ecuador TV.
- Diffusé le 27 juin 2009, Ecuador TV.
- Diffusé le 17 juillet 2009, Ecuador TV.

TABLE DES ANNEXES

ANNEXE I. Liste des États latino-américains signataires de la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États (par ordre chronologique, au 15 janvier 2014).

ANNEXE II. Constitutions latino-américaines en vigueur avant 1964.

ANNEXE III. Constitutions latino-américaines en vigueur à la date de ratification de la Convention de Washington et changements constitutionnels postérieurs.

ANNEXE IV. Résolutions du Tribunal constitutionnel du Chili (du 25 janvier 1991 au 24 septembre 1991).

ANNEXE V. Résolution de la Salle constitutionnelle du Costa Rica concernant la Convention de Washington.

ANNEXE VI. Résolutions prononcées par la Salle constitutionnelle du Costa Rica concernant les traités relatifs à la protection et l'encouragement des investissements et de traités de libre-échange.

ANNEXE VII. Résolution concernant le contrôle constitutionnel du Traité pour l'encouragement et la protection des investissements signé entre le Costa Rica et l'Allemagne.

ANNEXE VIII. Résolution concernant le contrôle constitutionnel de l'Accord pour l'encouragement et la protection des investissements signé entre le Costa Rica et la France.

ANNEXE IX. Résolution concernant le contrôle constitutionnel de l'Accord pour l'encouragement et la protection des investissements signé entre le Costa Rica et le Chili.

ANNEXE X. Résolution concernant le contrôle constitutionnel de l'Accord pour l'encouragement et la protection des investissements signé entre le Costa Rica et le Royaume-Uni.

ANNEXE XI. Résolution concernant le contrôle constitutionnel de l'Accord pour l'encouragement et la protection des investissements signé entre le Costa Rica et l'Espagne.

ANNEXE XII. Résolution concernant le contrôle constitutionnel de l'Accord pour l'encouragement et la protection des investissements signé entre le Costa Rica et le Venezuela.

ANNEXE XIII. Diez cosas que nunca le dijeron sobre el Banco Mundial en Bolivia.

ANNEXE XIV. Résolution concernant le contrôle constitutionnel de la Convention de Washington selon la Constitution équatorienne de 1998.

ANNEXE I. Liste des États latino-américains signataires de la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États (par ordre chronologique, au 15 janvier 2014).

Pays	Signature	Ratification	Entrée en vigueur	Notification de dénonciation	Prise d'effet de la dénonciation
Paraguay	27 juill. 1981	7 janv. 1983	6 fév. 1983		
Costa Rica	29 sept. 1981	27 avril 1993	27 mai 1993		
El Salvador	9 juin 1982	6 mars 1984	5 avr. 1984		
Équateur	15 janv. 1986	15 janv. 1986	14 fév. 1986	6 juill. 2009	7 janv. 2010
Honduras	28 mai 1986	14 fév. 1989	16 mars 1989		
Chili	25 janv. 1991	24 sept. 1991	24 oct. 1991		
Bolivie	3 mai 1991	23 juin 1995	23 juill. 1995	2 mai 2007	3 nov. 2007
Argentine	21 mai 1991	19 oct. 1994	18 nov. 1994		
Guatemala	9 nov. 1995	21 janv. 2003	20 fév. 2003		
Pérou	4 sept. 1991	9 août 1993	8 sept. 1993		
Uruguay	28 mai 1992	9 août 2000	8 sept. 2000		
Colombie	18 mai 1993	15 juill. 1997	14 août 1997		
Venezuela	18 août 1993	2 mai 1995	1 ^{er} juin 1995	24 janv. 2012	25 juill. 2012
Nicaragua	4 fév. 1994	20 mars 1995	19 avr. 1995		
Panama	22 nov. 1995	8 avr. 1996	8 mai 1996		

ANNEXE II. Constitutions latino-américaines en vigueur avant 1964.

Pays	Constitution	Jurisdiction de l'État sur les étrangers	Clauses Calvo et/ou à propos de réclamations étrangères	Principe d'égalité nationaux-étrangers	Régime économique et /ou qui concerne les investissements étrangers
Argentine	1853 ¹¹⁶⁶ (reformée en 1956)	Art. 100. Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales interiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación, con la reserva hecha en el inciso 11 del artículo 67; y por los tratados con las naciones extranjeras: de las causas concernientes a embajadores, ministros públicos y cónsules extranjeros de las causas de almirantazgo y jurisdicción marítima: de los asuntos en que la Nación sea parte: de las causas que se susciten entre dos o más provincias; entre una provincia y los vecinos de otra; entre los vecinos de diferentes provincias; y entre una	-	Art. 16. La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas. Art. 20. Los extranjeros gozan en el territorio de la Nación de todos los derechos civiles del ciudadano; pueden ejercer su industria, comercio y profesión; poseer bienes raíces, comprarlos y enajenarlos; navegar los ríos y costas; ejercer libremente su culto; testar y casarse conforme a las leyes. No están obligados a admitir la	<i>*Pas de disposition spéciale.</i> Art.25. El Gobierno federal fomentará la inmigración europea; y no podrá restringir, limitar ni gravar con impuesto alguno la entrada en territorio argentino de los extranjeros que traigan por objeto labrar la tierra, mejorar la industrias, e introducir y enseñar las ciencias y las artes.

¹¹⁶⁶ La Constitution argentine de 1949 fut dérogé après le coup d'État de 1955 qui a rétablit la vigueur de la Constitution de 1853.

		provincia o sus vecinos, contra un Estado o ciudadano extranjero.	ciudadanía ni a pagar contribuciones extraordinarias. [...]
Bolivia	1947	Art. 137. El Poder Judicial se ejerce por la Corte Suprema, las Cortes de Distrito y demás tribunales y juzgados que las leyes establecen. La administración de justicia en los tribunales y juzgados es gratuita.	Art. 108.- Son del dominio originario del Estado, a más de los bienes a los que actualmente la ley da esa calidad, todas las sustancias del reino mineral, las tierras baldías con todas sus riquezas naturales, las aguas lacustres, fluviales y medicinales, así como todas las fuerzas físicas susceptibles de aprovechamiento económico. Las leyes establecerán las condiciones de este dominio así como las de adjudicación a los particulares.
		Art. 139. No pueden establecerse Tribunales de excepción.	Art. 109.- El Estado podrá regular, mediante ley, el ejercicio del comercio y de la industria, cuando así lo requieran, con carácter imperioso, la seguridad o necesidad públicas. Podrá también en estos casos, asumir la dirección superior de la economía nacional. Esta intervención se ejercerá en forma de control, de estímulo o de gestión directa.
Brasil	1946	Art. 141. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: [...]	Art. 141. [...] § 1º - Todos são iguais perante a lei.
		Art. 141. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: [...]	Art. 146. A União poderá, mediante lei especial, intervir no domínio econômico e monopolizar determinada indústria ou atividade. A intervenção terá por base o interesse público e por limite os direitos fundamentais assegurados nesta Constituição.
		§ 4º. A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de	Art. 148. A lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso do poder econômico, inclusive as uniões ou

direito individual.

agrupamentos de empresas individuais ou sociais, seja qual for a sua natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros.

Art.151. A lei disporá sobre o regime das empresas concessionárias de serviços públicos federais, estaduais e municipais.

Parágrafo Único - Será determinada a fiscalização e a revisão das tarifas dos serviços explorados por concessão, a fim de que os lucros dos concessionários, não excedendo a justa remuneração do capital, lhes permitam atender as necessidades de melhoramentos e expansão desses serviços. Aplicar-se-á a lei às concessões feitas no regime anterior, de tarifas estipuladas para todo o tempo de duração do contrato.

Art.152. As minas e demais riquezas do subsolo, bem como as quedas d'água, constituem propriedade distinta da do solo para o efeito de exploração ou aproveitamento industrial.

Art.153. O aproveitamento dos recursos minerais e de energia hidráulica depende de autorização ou concessão federal na forma da lei.

§ 1º - As autorizações ou concessões serão conferidas exclusivamente a brasileiros ou a sociedades organizadas no País, assegurada ao

			proprietário do solo preferência para a exploração. Os direitos de preferência do proprietário do solo, quanto às minas e jazidas, serão regulados de acordo com a natureza delas.
Chile	1925	Art. 80. La facultad de juzgar las causas civiles y criminales pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley. Ni el Presidente de la República, ni el Congreso, pueden, en caso alguno, ejercer funciones judiciales, avocarse causas pendientes o hacer revivir procesos fencidos.	
			Art. 10. La Constitución asegura a todos los habitantes de la República: 1.º La igualdad ante la ley. En Chile no hai clase privilegiada. [...]
			Art. 10. [...] Cuando el interés de la comunidad nacional lo exijan, la ley podrá reservar al Estado el dominio exclusivo de recursos naturales, bienes de producción u otros, que declare de importancia preeminente para la vida económica, social o cultural del país. Propondrá, asimismo, a la conveniente distribución de la propiedad y a la constitución de la propiedad familiar.
Colombie	1886	Art. 10. Es deber de todos los nacionales y extranjeros en Colombia vivir sometidos a la Constitución y a las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades. Art. 58. La Corte Suprema, los Tribunales Superiores de Distrito y demás Tribunales y Juzgados que establezca la ley, administran justicia. El Senado ejerce determinadas funciones judiciales. La justicia es un servicio	Art. 11. Los extranjeros disfrutaran en Colombia de los mismos derechos civiles que se concedan a los colombianos. Pero la ley podrá, por razones de orden público, subordinar a condiciones especiales o negar el ejercicio de determinados derechos civiles a los extranjeros. Gozarán asimismo los extranjeros en el territorio de la República de las garantías concedidas a los nacionales.
			Art. 32. Se garantizaran la libertad de empresa y la iniciativa privada dentro de los límites del bien común, pero la dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá por mandato de la ley, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes y en los servicios públicos y privados para racionalizar y planificar la economía a fin de lograr el desarrollo integral. Intervendrá también el Estado, por mandato de la ley, para dar pleno empleo a los recursos humanos y

	público de cargo de la Nación.	salvo las limitaciones que establezcan la Constitución o las leyes. Los derechos políticos se reservarán a los nacionales.	naturales, dentro de una política de ingresos y salarios, conforme a la cual el desarrollo económico tenga como objetivo principal la justicia social y el mejoramiento armónico e integrado de la comunidad, y de las clases proletarias en particular.
Costa Rica	1949	<p>Art. 152. El Poder Judicial se ejerce por la Corte suprema de Justicia y por los demás tribunales que establezca la ley.</p> <p>Art. 153. Corresponde al Poder Judicial, además de las funciones que esta Constitución le señala, conocer de las causas civiles, penales, comerciales, de trabajo y contencioso-administrativas así como de las otras que establezca la ley, cualquiera que sea su naturaleza y la calidad de las personas que intervengan, resolver definitivamente sobre ellas y ejecutar las resoluciones que pronuncie, con la ayuda de la fuerza pública si fuere necesario.</p>	<p>Art. 19. Los extranjeros tienen los mismos deberes y derechos individuales y sociales que los costarricenses, con las excepciones y limitaciones que esta Constitución y las leyes establecen.</p> <p>No pueden intervenir en los asuntos políticos del país, y están sometidos a la jurisdicción de los tribunales de justicia y de las autoridades de la República, sin que puedan ocurrir a la vía diplomática, salvo lo que dispongan los convenios internacionales.</p>
		Art. 33. Todo hombre es igual ante la ley.	Art. 121. Además de las otras atribuciones que le confiere esta Constitución, corresponde exclusivamente a la Asamblea Legislativa: [...] 14. Decretar la enajenación o la aplicación a usos públicos de los bienes propios de la Nación. No podrán salir definitivamente del dominio del Estado: a. Las fuerzas que puedan obtenerse de las aguas del dominio público en el territorio nacional; b. Los yacimientos de carbón, las fuentes y depósitos de petróleo, y cualesquiera otras sustancias hidrocarbúridas, así como los depósitos de minerales radioactivos existentes en el territorio nacional; c. Los servicios inalámbricos. Los bienes mencionados en los apartes a), b), y c) anteriores sólo podrán ser explotados por la administración pública o por particulares, de acuerdo con la ley o mediante concesión especial otorgada por tiempo limitado y con arreglo a

		<p>las condiciones y estipulaciones que establezca la Asamblea Legislativa. Los ferrocarriles, muelles y aeropuertos nacionales - estos últimos mientras se encuentran en servicio- no podrán ser enajenados, arrendados ni gravados, directa o indirectamente, ni salir en forma alguna del dominio y control del Estado.</p>
<p>Equateur</p>	<p>1946</p> <p>Art. 113. La Función Judicial se ejerce por la Corte Suprema, las Cortes Superiores y los demás Tribunales, Juzgados y funcionarias que la Constitución y las leyes establecen.</p> <p>Art. 177. Todo contrato que un extranjero o una compañía extranjera celebraren con el Gobierno del Ecuador o cualquiera persona natural o jurídica ecuatoriana, llevará siempre, expresa o tácita la condición de renuncia a toda reclamación diplomática.</p> <p>Art. 169. Para obtener el amparo de la Ley, todas las personas son iguales ante ella. A nadie se le pueden conceder derechos ni imponer obligaciones que le hagan de mejor o peor condición que a los demás. [...]</p> <p>Art. 180. Los extranjeros gozan en el Ecuador, en los términos en que exija la Ley, de los mismos derechos que los ecuatorianos, con excepción de los derechos políticos y de las garantías que la Constitución establece a favor de solo los ecuatorianos.</p>	<p><i>*Pas de disposition spéciale.</i></p>
<p>El Salvador</p>	<p>1962</p> <p>Art. 81. El Poder Judicial será ejercido por la Corte Suprema de Justicia, las Cámaras de Segunda Instancia y los demás tribunales que establezcan las leyes secundarias.</p> <p>Art. 20. Los extranjeros no podrán ocurrir a la vía diplomática sino en los casos de denegación de justicia y después de agotadas los recursos legales que tengan expedidos.</p>	<p>Art. 18. Los extranjeros, desde el instante en que llegaren al territorio de la República, estarán estrictamente obligados a respetar a las autoridades y a obedecer las leyes, y acrecentar la riqueza nacional y para el interés social. El Estado fomentará y protegerá la iniciativa privada, dentro de las condiciones necesarias para</p>

	<p>Corresponde a este Poder la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en materias constitucional, civil, penal, mercantil y laboral, así como en las otras que determine la ley.</p>	<p>No se entiende por denegación de justicia el que un fallo ejecutoriado sea desfavorable al reclamante. Los que contravengan esta disposición perderán el derecho de habitar en el país.</p>	<p>ser adquirirá derecho a ser protegidos por ellas. Art. 19. Ni los salvadoreños ni los extranjeros podrán en ningún caso reclamar al Gobierno indemnización alguna por daños o perjuicios, que a sus personas o a sus bienes causaren las facciones. Sólo podrán hacerlo contra los funcionarios o particulares culpables. Art. 22. Los extranjeros estarán sujetos a una ley especial.</p>
<p>Guatemala</p>	<p>1956</p>	<p>Art. 187. La función judicial se ejerce por la Corte Suprema de Justicia, la Corte de Apelaciones, los Jueces de Primera instancia y Jueces menores y por los demás Tribunales de jurisdicción ordinaria y privativa que establece las leyes. Corresponde a los Tribunales de justicia, con exclusividad absoluta, la potestad de juzgar y ejecutar lo juzgado. La administración de justicia es obligatoria, gratuita e</p>	<p>Art. 59. Toda persona tiene libre acceso a los Tribunales para ejercer sus acciones de conformidad con la ley. Los extranjeros sólo podrán acudir a la vía diplomática en caso de denegación de justicia. No se estimará como tal un fallo contrario a sus intereses.</p> <p>Art. 14. Los extranjeros, desde que ingresen al territorio de la República, están obligados a respetar a la autoridades, pagar las contribuciones y cumplir las leyes y reglamentos y adquieren derecho de ser protegidos por ellas.</p> <p>Art. 15. Ni los guatemaltecos ni los extranjeros podrán reclamar al gobierno indemnización, por daños y perjuicios que a sus personas o a sus bienes causaren los</p> <p>Art. 212. Es obligación del Estado orientar la economía nacional para lograr el pleno desarrollo y utilización de los recursos naturales y del potencial humano, para incrementar la riqueza nacional, y para procurar que todo guatemalteco tenga los medios que le permitan llevar una existencia digna y útil a la colectividad. Para tales fines el Estado actuará por medio del organismo ejecutivo, complementando la iniciativa y la actividad privadas, cuando ello fuere necesario.</p>

		independiente. Será pública cuando la moral o el interés nacional no exijan reserva. [...]	movimientos armados o los disturbios civiles.	Art. 218. Se declara de utilidad y necesidad públicas la explotación de hidrocarburos, minerales y demás recursos naturales. Los derechos de exploración y explotación de hidrocarburos y minerales podrán adquirirse de conformidad con la ley, por un término no mayor de cuarenta años, prorrogables hasta por veinte años más. Los derechos de transformación y transporte de estas sustancias se adquirirán en la forma que la ley establezca. Art. 219. Para celebrar contratos y otorgar concesiones de corte de maderas, deberá hacerse previamente licitación pública. En todo caso y en igualdad de circunstancias, deberá preferirse a postores guatemaltecos, quienes no podrán transferir a ningún título, salvo sucesión hereditaria a favor de guatemaltecos, el derecho que adquirieran. [...] Art. 222. El Ejecutivo podrá celebrar contratos para el establecimiento creación de servicios públicos, por plazos prorrogables. Cuando por medio de tales contratos se otorguen concesiones, deberán someterse a la aprobación del Congreso, [...]	
Honduras	1957	Art. 226. Es facultad privativa de las Cortes y demás tribunales de justicia	Art. 27. No podrán hacer reclamaciones, ni exigir alguna del deberes individuales y sociales	Art. 31. Los extranjeros tienen los mismos derechos y deberes individuales y sociales	Art. 6. [...] Pertencen a Honduras: 3. También pertenecen al Estado de

juzgar y ejecutar lo juzgado. A ellos corresponde la aplicación de las leyes en casos concretos que legalmente se sometan a su conocimiento.

Estado, sino en la forma y en los casos en que pudieran hacerlo los hondureños.

Los extranjeros no podrán ocurrir a la vía diplomática, sino en los casos de denegación de justicia. Para este efecto no se entenderá por denegación de justicia que un fallo no sea favorable al reclamante. Los que contravinieren esta disposición perderán el derecho de habitar en el país.

que los hondureños, con las excepciones y limitaciones que esta Constitución y las leyes establecen.

Art. 33. Los extranjeros estarán sujetos a una ley especial.

Art. 260.- El capital privado extranjero estará sujeto a las mismas obligaciones y limitaciones que la ley establezca para el capital nacional, y gozará de los mismo derechos y privilegios.

La ley podrá, sin embargo, conceder un tratamiento preferencial o reservar determinados campos de inversión al capital hondureño o centroamericano, en atención al interés nacional.

Honduras y están sujetos a su jurisdicción y control: el subsuelo, el espacio aéreo, la estratosfera, el mar territorial, y el lecho y el subsuelo de la plataforma submarina, zócalo continental e insular y otras áreas submarinas adyacentes (...)

En los casos a que se refieren los tres Párrafos anteriores, el dominio de la nación es inalienable e imprescriptible, y sólo podrán hacerse concesiones por el Gobierno de la República a los particulares o sociedades civiles o mercantiles constituidas o incorporadas conforme a las leyes hondureñas, con la condición de que se establezcan trabajos regulares para la explotación de los elementos de que se trata y se cumpla con los requisitos que prevengan las leyes. Tratándose del petróleo y de los carburos de hidrógeno sólidos, líquidos o gaseosos, una ley especial determinará la forma en que podrá llevarse a cabo la explotación de esos productos, y de otros similares; [...]

Artículo 255.- El Estado reconoce y garantiza las libertades de consumo, ahorro, e inversión, ocupación, iniciativa, comercio contratación y empresa.

La enunciación de estas libertades no excluye el reconocimiento de cualesquiera otras que emanen de los principios democrático-liberales que

informan esta Constitución.

Art. 256. El Estado, por razones de orden público y de interés social, podrá reservarse el ejercicio de determinadas industrias básicas, explotaciones y servicios de interés público, y dictar leyes y medidas económicas, fiscales y de seguridad pública, para encausar, estimular y suplir la iniciativa privada, con fundamento en una racional y sistemática planeación económica.

Art. 257. La intervención del Estado en la economía tendrá por base el interés público y por límite los derechos y libertades fundamentales reconocidas por la Constitución.

Art. 258.- El objetivo principal del Estado en el fomento de la actividad económica será el de contribuir a promover un reciente y ordenado nivel de producción, empleo e ingreso, distribuido equitativamente este último entre los factores que contribuyen a su formación, en condiciones de razonable estabilidad monetaria, con el objeto de proporcionar a toda la población una existencia digna y decorosa.

Art. 259.- El Estado ordenará sus relaciones económicas externas sobre las bases de la cooperación internacional, la integración económica centroamericana y el respeto de los tratados y convenios que suscriba, en lo que no se opongan

México	1917	
<p>Art. 94. Se deposita el ejercicio del Poder Judicial de la Federación en una Suprema Corte de Justicia, en Tribunales de Circuito, Colegiados en materia de amparo y unitarios en materia de apelación y en juzgados de Distrito.</p>	<p>Art. 27. La capacidad para adquirir el dominio de las tierras y aguas de la Nación se regirá por las siguientes prescripciones:</p> <p>I. Sólo los mexicanos por nacimiento o por naturalización y las sociedades mexicanas tienen derecho para adquirir el dominio de las tierras, aguas y sus acciones, o para obtener concesiones de explotación de minas o aguas. El Estado podrá conceder el mismo derecho a los extranjeros siempre que convengan ante la Secretaría de Relaciones y considerarse como nacionales respecto de dichos bienes y en no invocar por lo mismo la protección de sus gobiernos por lo que se refiere a aquéllos; bajo la pena, en caso de faltar al convenio, de perder en beneficio de la Nación los bienes que hubieren adquirido en virtud del mismo. [...]</p>	<p>Art. 33. Son extranjeros los que no posean las calidades determinadas en el artículo 30. Tienen derecho a las garantías que otorga el Capítulo I, Título Primero, de la presente Constitución; pero el Ejecutivo de la Unión tendrá la facultad exclusiva de hacer abandonar el territorio nacional, inmediatamente y sin necesidad de juicio previo, a todo extranjero cuya permanencia juzgue inconveniente. Los extranjeros no podrán de ninguna manera inmiscuirse en los asuntos políticos del país.</p> <p>Art. 27. [...] En los casos a que se refieren los dos párrafos anteriores, el dominio de la Nación es inalienable e imprescriptible, y la explotación, el uso o el aprovechamiento de los recursos de que se trata por lo particulares o por sociedades constituidas conforme a las leyes mexicanas, no podrá realizarse sino mediante concesiones, otorgadas por el Ejecutivo Federal, de acuerdo con las reglas y condiciones que establezcan las leyes. (...) Tratándose del petróleo y de los carburos de hidrógeno sólido, líquidos o gaseosos, no se otorgarán concesiones ni contratos ni subsistirán los que se hayan otorgado y la Nación llevará a cabo la explotación de esos productos en los términos que señale la ley reglamentaria respectiva. La capacidad para adquirir el dominio de las tierras y aguas de la Nación, se regirá por las siguientes prescripciones:</p> <p>I.- Sólo los mexicanos por nacimiento o por naturalización y las sociedades mexicanas, tienen derecho para adquirir el dominio de las tierras, aguas y sus accesiones, o para obtener concesiones de explotación de minas y aguas. El Estado podrá conceder el mismo derecho a los extranjeros al interés nacional.</p>
<p>Art. 104. Corresponde a los tribunales de la Federación conocer:</p> <p>I.- De todas las controversias del orden civil o criminal que se susciten sobre cumplimiento y aplicación de leyes federales, o con motivo de los tratados celebrados con las potencias extranjeras. Cuando dichas controversias sólo afecten a intereses particulares, podrán conocer también de ellas, a elección del actor, los jueces y tribunales locales del orden común de los Estados, del Distrito Federal y Territorios. [...]</p>		

	<p>siempre que convengan ante la Secretaría de Relaciones en considerarse como nacionales respecto de dichos bienes y en no invocar, por lo mismo, la protección de sus Gobiernos, por lo que se refiere a aquéllos; bajo la pena, en caso de faltar al convenio, de perder en beneficio de la Nación, los bienes que hubieren adquirido en virtud del mismo. [...]</p> <p>Corresponde exclusivamente a la Nación generar, conducir, transformar, distribuir y abastecer energía eléctrica que tenga por objeto la prestación de servicio público. En esta materia no se otorgarán concesiones a los particulares y la Nación aprovechará los bienes y recursos naturales que se requieran para dichos fines.</p>
<p>Nicaragua</p>	<p>1950</p> <p>Art. 230. La facultad de juzgar y ejecutar lo juzgado pertenece exclusivamente a los tribunales de Justicia.</p> <p>Art. 28. Los extranjeros no podrán ocurrir a la vía diplomática sino en los casos de denegación de justicia. No se entiende por tal el hecho de que un fallo sea desfavorable al reclamante. Los que contravinieren esta disposición perderán el derecho de habitar en el país.</p> <p>Art. 26. Los extranjeros no podrán hacer reclamaciones ni exigir indemnización alguna del Estado sino en los casos y forma en que pudieren hacerlo los nicaragüenses.</p> <p>Art. 85. El Estado reconoce la libertad irrestricta de comercio, lo mismo que la de contratación e industria.</p> <p>La ley señalará los requisitos a que se sujete su ejercicio y las garantías que le acuerde.</p> <p>Art. 88.- Una ley de carácter general fijará las condiciones básicas en que puede el Estado otorgar concesiones sobre la explotación de las riquezas naturales.</p> <p>Art. 241.- Las tierras, bosques, aguas</p>

	<p>y en general todos los bienes de aprovechamiento público pertenecen al Estado, salvo los derechos legamente adquiridos. La ley fijará las condiciones de su utilización por el Estado, o de su concesión en propiedad o por cualquier otro título a los particulares.</p>
<p>Panamama</p> <p>1946</p> <p>Art. 16. Tanto los nacionales panameños como los extranjeros que se hallen en el territorio de la República están obligados a vivir sometidos a la Constitución y a las leyes y a respetar y obedecer a las autoridades.</p> <p>Art. 19. Las autoridades de la República están instituidas para proteger en su vida, honra y bienes a los nacionales dondequiera se encuentren y a los extranjeros que estén bajo su jurisdicción; asegurar la efectividad de los derechos y deberes individuales y sociales, y cumplir y hacer cumplir la Constitución y la Ley.</p> <p>Art. 164. El Órgano Judicial está constituido por una Corte Suprema de Justicia, por los tribunales subalternos y por los juzgados que la Ley establezca.</p>	<p>Art. 21. Todos los panameños y extranjeros son iguales ante la Ley[...], pero la Ley podrá, por razones de salubridad, moralidad, seguridad pública y economía nacional, subordinar a condiciones especiales o negar el ejercicio de determinadas actividades a los extranjeros en general.[...]</p> <p>Art. 225. El ejercicio de las actividades económicas corresponde primordialmente a los particulares. Pero el Estado las orientará, dirigirá, reglamentará, reemplazará o creará, según las necesidades sociales y dentro de las normas del presente Título, con el fin de acrecentar la riqueza nacional y de asegurar sus beneficios para el mayor número posible de los habitantes del país.</p> <p>Art. 227. El Estado interviendrá en cualesquiera clases de empresas privadas, dentro de la reglamentación que establezca la Ley, exclusivamente para hacer cumplir los fines de justicia social a que se refiere el Capítulo34, Título III, de la presente Constitución. Intervenirá además en la misma forma en las empresas privadas de utilidad pública para los siguientes fines:</p> <p>a) Regular por medio de organismos especiales las tarifas de los servicios y los precios de los artículos de primera necesidad;</p> <p>b) Exigir la debida eficacia en los servicios y la adecuada calidad en los</p>

	<p>artículos mencionados en el aparte anterior, y</p> <p>e) Coordinar los servicios y la producción de artículos. La Ley definirá las empresas de utilidad pública y los artículos de primera necesidad.</p> <p>Art. 228. El Estado creará, por medio de entidades autónomas o semiautónomas o por otros medios adecuados, empresas de utilidad pública que no haya establecido actividad privada. En igual forma asumirá, cuando así fuere necesario al bienestar colectivo y mediante expropiación, el dominio de las empresas de utilidad pública pertenecientes a particulares, siempre que en cada caso así lo autorice la Ley.</p>
<p>Paraguay</p> <p>1940</p> <p>Art. 80. El Poder Judicial de la República será ejercido por una Corte Suprema compuesta de tres miembros y el Tribunal de Cuentas y los demás Tribunales y Juzgados inferiores que establezca la ley.</p> <p>Art. 87. Queda garantizada la independencia del Poder Judicial. Sólo él puede conocer y decidir en actos de carácter contencioso; su potestad es exclusiva en ellos, si bien la ley podrá constituir a las autoridades</p>	<p>Art. 36. Los extranjeros gozan dentro del territorio de la República de los derechos civiles del ciudadano, de acuerdo con las leyes reglamentarias de su ejercicio; pueden ejercer su industria, comercio o profesión, poseer bienes raíces, testar y casarse. Si atentaren contra la seguridad de la República o alteraren el orden público, el Gobierno podrá disponer su expulsión del país, de conformidad con las leyes reglamentarias.</p> <p>Art. 15. El Estado regulará la vida económica nacional. Sólo él tiene la facultad de hacer acuñaciones o emisiones de monedas, establecer sistemas de pesas y medidas y controlar las marcas. No se permitirán las combinaciones que tiendan al acaparamiento de artículos de consumo, al alza o la baja artificial de los precios y a impedir la libre concurrencia. Quedan prohibidos la fabricación y el tráfico de artículos dañinos para la salud y las buenas costumbres. La ley establecerá las penas para los actos que contravengan estos principios. El</p>

administrativas en jueces de primera instancia para lo contencioso administrativo. En ningún caso el Presidente de la República ni los Ministros ni otros funcionarios podrán arrogarse atribuciones judiciales, ni revivir procesos fenecidos, ni paralizar los existentes, ni intervenir de cualquier modo en los juicios. Actos de esta naturaleza llevan consigo una nulidad insanable.

extranjeros no están obligados a admitir la ciudadanía.

Estado podrá nacionalizar, con indemnización, los servicios públicos y monopolizar la producción, circulación y venta de artículos de primera necesidad.

[...]

Art. 220. El Poder de

Art. 17. [...]

En todo contrato del Estado con extranjeros, o en las concesiones que otorgue aquél en favor de éstos, debe constar el sometimiento expreso de los segundos a las leyes y a los Tribunales de la República y su renuncia a toda reclamación diplomática.

Art. 17. Las compañías mercantiles, nacionales o extranjeras están sujetas, sin restricciones, a las leyes de la República. [...]

Art. 23. La Constitución y las leyes protegen y obligan igualmente a todos los habitantes de la República. Podrán expedirse leyes especiales porque lo exija la naturaleza de las cosas, pero no por las diferencias de personas.

Art. 37. Las minas, tierras, bosques, aguas y, en general, todas las fuentes naturales de riqueza pertenecen al Estado, salvo los derechos legalmente adquiridos. La ley fijará las condiciones de su utilización por el Estado, o de su concesión, en propiedad o en usufructo, a los particulares.

Art. 31. La propiedad, cualquiera que sea el propietario, está regida exclusivamente por las leyes de la República y se halla sometida a las contribuciones, gravámenes y limitaciones que ellas establezcan.

Art. 32. Los extranjeros están, en cuanto a la propiedad, en la misma condición que los peruanos, sin que en ningún caso puedan invocar al respecto situación excepcional ni apelar a reclamaciones diplomáticas.

Art. 32. Los extranjeros están, en cuanto a la propiedad, en la misma condición que los peruanos, [...]

Art. 38. El Estado puede, en virtud de una ley, tomar a su cargo o nacionalizar los transportes terrestres, marítimos, fluviales, lacustres, aéreos u otros servicios públicos de propiedad privada, previa indemnización y de conformidad con las leyes existentes

Art. 40. El Estado reconoce la libertad de comercio e industria. La

Pérou

1933

		<p>Ley señalará los requisitos a que sujeta su ejercicio y las garantías que le acuerda. Cuando lo exijan la seguridad o la necesidad públicas, podrá la ley</p> <p>establecer limitaciones o reservas en dicho ejercicio, o autorizar al Poder Ejecutivo para que las establezca, sin que en ningún caso tales restricciones tengan carácter personal ni de confiscación.</p> <p>Art. 41. El Estado percibirá parte de las utilidades de las empresas mineras, en el monto y la proporción que determinará necesariamente la ley.</p>
<p>Uruguay</p>	<p>1952</p> <p>Art. 233. El Poder Judicial será ejercido por la Suprema Corte de Justicia y por los tribunales y juzgados, en la forma que establecere la ley.</p>	<p>Art. 8. Todas las personas son iguales ante la ley, no reconociéndose otra distinción entre ellas sino la de los talentos o las virtudes.</p> <p>Art. 50. Toda organización comercial o industrial trusificada estará bajo el control del Estado.</p> <p>Art. 51. El Estado o los Gobiernos Departamentales, en su caso, condicionarán a su homologación el establecimiento y la vigencia de las tarifas de servicios públicos a cargo de empresas concesionarias. Las concesiones a que se refiere este artículo no podrán darse a perpetuidad en ningún caso.</p>
<p>Venezuela</p>	<p>1961</p> <p>Art. 204. El Poder Judicial se ejerce por la Corte Suprema de Justicia y por los demás Tribunales que determine la ley orgánica.</p>	<p>Art. 127. En los contratos de interés público, si no fuere improcedente de acuerdo con la naturaleza de los mismos, se considerará incorporada aun cuando no estuviere</p> <p>Art. 45. Los extranjeros tienen los mismos deberes y derechos que los venezolanos, con las limitaciones o excepciones establecidas por esta Constitución y las leyes.</p> <p>Art. 95. El régimen económico de la República se fundamentará en principios de justicia social que aseguren a todos una existencia digna y provechosa para la colectividad. El Estado promoverá el desarrollo</p>

expresa, una cláusula según la cual las dudas y controversias que puedan suscitarse sobre dichos contratos y que no llegaren a ser resueltas amigablemente por las partes contratantes serán decididas por los tribunales competentes de la República, en conformidad con sus leyes, sin que por ningún motivo ni causa puedan dar origen a reclamaciones extranjeras.

económico y la diversificación de la producción, con el fin de crear nuevas fuentes de riqueza, aumentar el nivel de ingresos de la población y fortalecer la soberanía económica del país.

Art. 97. No se permitirán monopolios. [...] El Estado podrá reservarse determinadas industrias, explotaciones o servicios de interés público por razones de conveniencia nacional, y propenderá a la creación y desarrollo de una industria básica pesada bajo su control. [...]

Art. 103. Las tierras adquiridas con destino a la exploración o explotación de concesiones mineras, comprendidas las de hidrocarburos y demás minerales combustibles, pasarán en plena propiedad a la Nación, sin indemnización alguna, al extinguirse por cualquier causa la concesión respectiva.

Art. 107. La ley establecerá las normas relativas a la participación de los capitales extranjeros en el desarrollo económico nacional.

Art. 126. Sin la aprobación del Congreso, no podrá celebrarse ningún contrato de interés nacional, salvo los que fueren necesarios para el normal desarrollo de la administración pública o los que permita la ley. No podrá en ningún caso procederse al otorgamiento de nuevas concesiones de hidrocarburos

ni de otros recursos naturales que determine la ley, sin que las Cámaras en sesión conjunta, debidamente informadas por el Ejecutivo Nacional de todas las circunstancias pertinentes, lo autoricen, dentro de las condiciones que fijen y sin que ello dispense del cumplimiento de las formalidades legales. Tampoco podrá celebrarse ningún contrato de interés público nacional, estatal o municipal con Estados o entidades oficiales extranjeros, ni con sociedades no domiciliadas en Venezuela, ni traspasarse a ellos sin la aprobación del Congreso. La ley puede exigir determinadas condiciones de nacionalidad, domicilio o de otro orden, o requerir especiales garantías, en los contratos de interés público.

ANNEXE III. Constitutions latino-américaines en vigueur à la date de ratification de la Convention de Washington et changements constitutionnels postérieurs¹¹⁶⁷.

Pays Date de signature / ratification CIRDI	Constitution	Juridiction nationale et arbitrage	Clause Calvo et/ou à propos de réclamations étrangères	Principe d'égalité nationaux-étrangers / traitement national	Régime économique et/ou qui concerne les investissements étrangers
Argentine 21 mai 1991 / 19 oct. 1994	1994	Art. 75. Corresponde al Congreso: 24. Aprobar tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad, y que respeten el orden democrático y los derechos humanos. Las normas dictadas en su consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes. [...]	—	Art. 20. Los extranjeros gozan en el territorio de la Nación de todos los derechos civiles del ciudadano; pueden ejercer su industria, comercio y profesión; poseer bienes raíces, comprarlos y enajenarlos; navegar los ríos y costas; ejercer libremente su culto; testar y casarse conforme a las leyes. [...]	Art. 25. El Gobierno federal fomentará la inmigración europea; y no podrá restringir, limitar ni gravar con impuesto alguno la entrada en el territorio argentino de los extranjeros que traigan por objeto labrar la tierra, mejorar las industrias, e introducir y enseñar las ciencias y las artes. Art. 27. El Gobierno federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución.

¹¹⁶⁷ Seules les Constitutions des pays signataires du CIRDI furent considérées.

regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación, con la reserva hecha en el inciso 12 del Artículo 75; y por los tratados con las naciones extranjeras; de las causas concernientes a embajadores, ministros públicos y cónsules extranjeros; de las causas de almirantazgo y jurisdicción marítima; de los asuntos en que la Nación sea parte; de las causas que se susciten entre dos o más provincias; entre una provincia y los vecinos de otra; entre los vecinos de diferentes provincias; y entre una provincia o sus vecinos, contra un Estado o ciudadano extranjero.

<p>Bolivia</p>	<p>1967 (reformé en 1994)</p>	<p>Art. 116. El Poder Judicial se ejerce por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el Tribunal Constitucional, las Cortes Superiores de Distrito, los tribunales y jueces de Instancia y demás tribunales y juzgados que establece la ley. La ley determina la organización y atribuciones de los tribunales y juzgados de la República. El Consejo</p>	<p>Art. 24. Sometimientto a leyes nacionales. Las empresas y subditos extranjeros están sometidos a las leyes bolivianas, sin que en ningún caso puedan invocar situación excepcional ni apelar a reclamaciones diplomáticas.</p>	<p>Art. 24. <i>lititem.</i> Sometimientto a la legislación boliviana. Todas las empresas establecidas para aprovecharamiento o negocios en el país se considerarán nacionales y estarán sometidas a la soberanía, a las leyes y a las autoridades de la República.</p>
<p>3 mai 1991 / 23 juin 1995</p>			<p>Art. 135. Sometimientto a la legislación boliviana. Todas las empresas para explotaciónes, aprovechamiento o negocios en el país se considerarán nacionales y estarán sometidas a la soberanía, a las leyes y a las autoridades de la República.</p>	<p><i>* Cette Constitution contient une Partie à propos du régime économique et financier de l'Etat.</i> Art. 133. Independencia y desarrollo. El régimen económico propenderá al fortalecimiento de la independencia nacional y al desarrollo del país mediante la defensa y el aprovechamiento de los recursos naturales y humanos en resguardo de la seguridad del Estado y en procura del bienestar del pueblo boliviano.</p>
				<p>Art. 138. Minería nacionalizada. Pertenecen al patrimonio de la Nación</p>

de la Judicatura forma parte del Poder Judicial. No pueden establecerse tribunales o juzgados de excepción.
[...]

los grupos mineros nacionalizados como una de las bases para el desarrollo y diversificación de la economía del país, no pudiendo aquellos ser transferidos o adjudicados en propiedad a empresas privadas por ningún título. La dirección y administración superiores de la industria minera estatal estará a cargo de una entidad autárquica con las atribuciones que determine la ley.

Art. 139. Yacimientos petrolíferos. Los yacimientos de hidrocarburos, cualquiera que sea el estado en que se encuentren o la forma en que se presenten, son del dominio directo, inalienable e imprescriptible del Estado. Ninguna concesión o contrato podrá conferir la propiedad de los yacimientos de hidrocarburos. La exploración, explotación, comercialización y transporte de los hidrocarburos y sus derivados, corresponden al Estado. Este derecho lo ejercerá mediante entidades autárquicas o a través de concesiones y contratos por tiempo limitado, a sociedades mixtas de operación conjunta o a personas privadas, conforme a ley.

Art. 141. Planificación de la Economía. El Estado podrá reclutar, mediante ley, el ejercicio del comercio y de la industria, cuando así lo requieran, con carácter imperioso, la seguridad o necesidad públicas. Podrá también, en estos casos, asumir la dirección superior de la economía nacional. Esta intervención se ejercerá en forma de control, de estímulo

		<p>o de gestión directa.</p> <p>Art. 142. Monopolio de las exportaciones</p> <p>El Poder Ejecutivo podrá, con cargo de aprobación legislativa en Congreso, establecer el monopolio fiscal de determinadas exportaciones, siempre que las necesidades del país así lo requieran.</p> <p>Art. 143. Política financiera</p> <p>El Estado determinará la política monetaria, bancaria y crediticia con objeto de mejorar las condiciones de la economía nacional. Controlará, asimismo, las reservas monetarias.</p>
	<p>2009</p> <p>Art. 120.</p> <p>I. Toda persona tiene derecho a ser oída por una autoridad jurisdiccional competente, independiente e imparcial, y no podrá ser juzgada por comisiones especiales ni sometida a otras autoridades jurisdiccionales que las establecidas con anterioridad al hecho de la causa. [...]</p> <p>Art. 178.</p> <p>I. La potestad de impartir justicia emana del pueblo boliviano y se sustenta en los principios de independencia, imparcialidad, publicidad, celeridad,</p> <p>Art. 320.</p> <p>I. La inversión boliviana se priorizará frente a la inversión extranjera.</p> <p>II. Toda inversión extranjera estará sometida a la jurisdicción, a las leyes y a las autoridades bolivianas, y nadie podrá invocar situación de excepción, ni apelar a reclamaciones diplomáticas para obtener un tratamiento más favorable.</p> <p>Art. 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</p>	<p>Art. 14. [...]V. Las leyes bolivianas se aplican a todas las personas, naturales o jurídicas, bolivianas o extranjeras, en el territorio boliviano.</p> <p>VI. Las extranjeras y los extranjeros en el territorio boliviano tienen los derechos y deben cumplir los deberes establecidos en la Constitución, salvo las restricciones que ésta contenga.</p> <p>Art. 320. [...] III. Las relaciones económicas con estados o empresas extranjeras se realizarán en condiciones de independencia, respeto mutuo y equidad. No se podrá otorgar a Estados o empresas extranjeras condiciones más beneficiosas que las establecidas para los bolivianos.</p> <p>IV. El Estado es independiente en todas las decisiones de política económica interna, y no aceptará imposiciones ni</p>

		<p>gratuidad, pluralismo jurídico, interculturalidad, equidad, participación ciudadana, armonía social y respeto a los derechos. [...]</p> <p>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.</p> <p>empresas condiciones beneficiosas para las bolivianas. [...]</p> <p>extranjeras más las unidades multilaterales ni empresas transnacionales.</p> <p>condicionamientos sobre esta política por parte de estados, bancos o instituciones financieras bolivianas o extranjeras, V. Las políticas públicas promoverán el consumo interno de productos hechos en Bolivia.</p>
Chili	1980	
	(reformée en 1989)	
25 janv. 1991 / 24 sept. 1991		<p>Art. 73. La facultad de conocer las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley. Ni el Presidente de la República ni el Congreso pueden, en caso alguno, ejercer funciones judiciales, avocarse causas pendientes, revisar los fundamentos o contenido de sus resoluciones o hacer revivir procesos fenecidos.</p> <p>Reclamada su intervención en forma legal y en negocios de su competencia, no podrán excusarse de ejercer su autoridad; ni aún por falta de ley que resuelva la contienda o asuntos sometidos a su decisión. [...]</p> <p>Art. 19. La Constitución asegura a todas las personas: 2. La igualdad ante la ley.</p> <p>*4 <i>propos des concessions des mines et hydrocarbures.</i></p> <p>Art. 19. [...] 24. [...] El Estado tiene el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las minas, comprendiéndose en estas las covaderas, las arenas metalíferas, los salares, los depósitos de carbón e hidrocarburos y las demás sustancias fósiles, con excepción de las arcillas superficiales, no obstante la propiedad de las personas naturales o jurídicas sobre los terrenos en cuyas entrañas estuvieren situadas. (...).</p> <p>Corresponde a la ley determinar que sustancias de aquellas a que se refiere el inciso precedente, exceptuados los hidrocarburos líquidos o gaseosos, pueden ser objeto de concesiones de exploración o de explotación. Dichas concesiones se constituirán siempre por resolución judicial y tendrán la duración, conferirán los derechos e impondrán las obligaciones que la ley exprese, la que tendrá el carácter de orgánica constitucional. (...) Será de competencia</p>

	<p>exclusiva de los tribunales ordinarios de justicia declarar la extinción de tales concesiones. Las controversias que se produzcan respecto de la caducidad o extinción del dominio sobre la concesión serán resueltas por ellos; y en caso de caducidad, el afectado podrá requerir de la justicia la declaración de subsistencia de su derecho.</p> <p>El dominio del titular sobre su concesión minera está protegido por la garantía constitucional de que trata este número. (...) El Presidente de la República podrá poner término, en cualquier tiempo, sin expresión de causa y con la indemnización que corresponda, a las concesiones administrativas o a los contratos de operación relativos a explotaciones ubicadas en zonas declaradas de importancia para la seguridad nacional.</p>
<p>Colombie 1991</p> <p>18 mai 1993 / 15.juill. 1997</p>	<p>Art. 116. La Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, los Tribunales y los Jueces, administran justicia. También lo hace la justicia penal militar. El Congreso ejercerá determinadas funciones judiciales. [...]</p> <p>Art. 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y</p> <p>Art. 333. La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.</p> <p>Art. 334. La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía</p>

Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para profirir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley.

Art. 150. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:

[...]

16. Aprobar o improbar los tratados que el Gobierno celebre con otros Estados o con entidades de derecho internacional. Por medio de dichos tratados podrá el Estado, sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional, transferir parcialmente determinadas atribuciones a organismos internacionales, que tengan por objeto promover o consolidar la integración económica con otros Estados.

Art. 226. El Estado promoverá la internacionalización de las relaciones políticas, económicas, sociales y

adoptara medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

[...]

Art. 100. Los extranjeros disfrutará en Colombia de los mismos derechos civiles que se conceden a los colombianos. No obstante, la ley podrá, por razones de orden público, subordinar a condiciones especiales o negar el ejercicio de determinados derechos civiles a los extranjeros. Así mismo, los extranjeros gozarán, en el territorio de la República, de las garantías concedidas a los nacionales, salvo las limitaciones que establezcan la Constitución o la ley. [...]

Art. 229. Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de abogado.

con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano.

[...]

		ecológicas sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional. Art. 227. El Estado promoverá la integración económica, social y política con las demás naciones y especialmente, con los países de América Latina y del Caribe mediante la celebración de tratados que sobre bases de equidad, igualdad y reciprocidad, creen organismos supranacionales, inclusive para conformar una comunidad latinoamericana de naciones. La ley podrá establecer elecciones directas para la constitución del Parlamento Andino y del Parlamento Latinoamericano.
Costa Rica	1949	Art. 43. Toda persona tiene derecho a terminar sus diferencias patrimoniales por medio de árbitros, aun habiendo litigio pendiente. Art. 153. Corresponde al Poder Judicial, además de las funciones que esta Constitución le señala, conocer de las causas civiles, penales, comerciales, de trabajo y contencioso-
29 sept. 1981 / 27 abril 1993		Art. 19. Los extranjeros tienen los mismos deberes y derechos individuales y sociales que los costarricenses, con las excepciones y limitaciones que esta Constitución y las leyes establece, Art. 33. Todo hombre es igual ante la ley y no podrá hacerse discriminación alguna contraria a la dignidad humana. Art. 121. Además de las otras atribuciones que le confiere esta Constitución, corresponde exclusivamente a la Asamblea Legislativa: [...] 14. Decretar la enajenación o la aplicación a usos públicos de los bienes propios de la Nación. No podrán salir definitivamente del dominio del Estado: a. Las fuerzas que puedan obtenerse de las aguas del dominio

		administrativas así como de las otras que establezca la ley, cualquiera que sea su naturaleza y la calidad de las personas que intervengan, definitivamente sobre ellas y ejecutar las resoluciones que pronuncie, con la ayuda de la fuerza pública si fuere necesario.	de justicia y de las autoridades de la República, sin que puedan ocurrir a la vía diplomática, salvo lo que dispongan los convenios internacionales.		<p>público en el territorio nacional:</p> <p>e. b. Los yacimientos de carbón, las fuentes y depósitos de petróleo, y cualesquiera otras sustancias hidrocarbúridas, así como los depósitos de minerales radioactivos existentes en el territorio nacional;</p> <p>f. c. Los servicios inalámbricos.</p> <p>Los bienes mencionados en los apartes a), b), y c) anteriores sólo podrán ser explotados por la administración pública o por particulares, de acuerdo con la ley o mediante concesión especial otorgada por tiempo limitado y con arreglo a las condiciones y estipulaciones que establezca la Asamblea Legislativa.</p> <p>Los ferrocarriles, muelles y aeropuertos nacionales - estos últimos mientras se encuentran en servicio- no podrán ser enajenados, arrendados ni gravados, directa o indirectamente, ni salir en forma alguna del dominio y control del Estado.</p>
Ecuador	1978 (reforme en 1984)	Art. 16. [...] no se podrá convenir la sujeción a una jurisdicción extranjera.	Art. 16. Los contratos celebrados por el Gobierno o por entidades públicas con personas naturales o jurídicas extranjeras, llevarán implícita la renuncia a toda reclamación diplomática: si tales contratos fueren celebrados en el territorio del Ecuador, no se podrá convenir la sujeción a una	Art. 19. Sin perjuicio de otros derechos necesarios para el pleno desenvolvimiento moral y material que se deriva de la naturaleza de la persona, el Estado le garantiza:	Art. 46. La economía ecuatoriana funciona a través de cuatro sectores básicos: 1. El sector público, compuesto por las empresas de propiedad exclusiva del Estado. Son áreas de explotación económica reservadas al Estado: a) Los recursos naturales no renovables y en general, los productos del subsuelo y todos los minerales y sustancias cuya naturaleza sea distinta de la del suelo;
	15 janv. 1986 / 15 janv. 1986				

	jurisdicción extraña.	misimos derechos que los ecuatorianos, con limitaciones establecidas en la Constitución y la Ley. Los extranjeros están excluidos del ejercicio de los derechos políticos.	b) Los servicios de agua potable, fuerza eléctrica y telecomunicaciones; y, c) Las empresas estratégicas definidas por la ley. El Estado ejerce sus actividades en las ramas empresariales o actividades económicas que, por su trascendencia y magnitud, puedan tener decisoria influencia económica o política y se haga necesario orientarlas hacia el interés social. El Estado, excepcionalmente, podrá delegar a la iniciativa privada, el ejercicio de cualesquiera de las actividades antes mencionadas, en los casos que la Ley establezca. 2. El sector de la economía mixta, integrado por las empresas de propiedad de particulares en asociación con entidades del sector público. El Estado participará en empresas de economía mixta para promover la inversión en áreas en las cuales el sector privado no pueda hacerlo sin el concurso del sector público; [...]
1998	Art. 14. [...] Si tales celebrados en el territorio del Ecuador, no se podrá convenir la sujeción a una jurisdicción extraña, salvo el caso de convenios internacionales. Art. 191. El ejercicio de la potestad judicial correspondrá a los órganos	Art. 14. Los contratos celebrados por las personas naturales o extranjeras, implícita a toda reclamación diplomática.	Art. 13. Los extranjeros gozarán de los mismos derechos que los ecuatorianos, con las limitaciones establecidas en la Constitución y la Ley. Art. 244. Dentro del sistema de economía social de mercado al Estado le corresponderá: 1. Garantizar el desarrollo de las actividades económicas, mediante un orden jurídico e instituciones que las promuevan, fomenten y generen confianza. Las actividades empresariales pública y privada recibirán el mismo tratamiento legal. Se garantizarán la

de la Función Judicial. Se establecerá la unidad jurisdiccional.

[...]

Se reconocerán el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la resolución de conflictos, con sujeción a la ley. Las autoridades de los pueblos indígenas ejercerán funciones de justicia, aplicando normas y procedimientos propios para la solución de conflictos internos de conformidad con sus costumbres o derecho consuetudinario, siempre que no sean contrarios a la Constitución y las leyes. La ley hará compatibles aquellas funciones con las del sistema judicial nacional.

inversión nacional y extranjera en iguales condiciones. [...]

Art. 247.- Son de propiedad inalienable e imprescriptible del Estado los recursos naturales no renovables y, en general, los productos del subsuelo, los minerales y sustancias cuya naturaleza sea distinta de la del suelo, incluso los que se encuentran en las áreas cubiertas por las aguas del mar territorial.

Estos bienes serán explotados en función de los intereses nacionales. Su exploración y explotación racional podrán ser llevadas a cabo por empresas públicas, mixtas o privadas, de acuerdo con la ley.

Será facultad exclusiva del Estado la concesión del uso de frecuencias electromagnéticas para la difusión de señales de radio, televisión y otros medios. Se garantizará la igualdad de condiciones en la concesión de dichas frecuencias. Se prohíbe la transferencia de las concesiones y cualquier forma de acaparamiento directo o indirecto por el Estado o por particulares, de los medios de expresión y comunicación social.

Las aguas son bienes nacionales de uso público; su dominio será inalienable e imprescriptible; su uso y aprovechamiento corresponderá al Estado o a quienes obtengan estos derechos, de acuerdo con la ley.

Art. 271. El Estado garantizará los capitales nacionales y extranjeros que se inviertan en la producción, destinada

		<p>especialmente al consumo interno y a la exportación. La ley podrá conceder tratamientos especiales a la inversión pública y privada en las zonas menos desarrolladas o en actividades de interés nacional.</p> <p>El Estado, en contratos celebrados con inversionistas, podrá establecer garantías y seguridades especiales, a fin de que los convenios no sean modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase que afecten sus cláusulas.</p>
<p>2008</p>	<p>Art. 190. Se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que su naturaleza se transigir. En la contratación pública procederá el arbitraje en derecho, previo pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado, conforme a las condiciones establecidas en la ley.</p> <p>Art. 422. No se podrá celebrar tratados o instrumentos internacionales en los que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a</p>	<p>Art. 307. Los contratos celebrados por el Estado con personas naturales o jurídicas extranjeras llevarán implícita la renuncia de éstas a toda reclamación diplomática, que correspondan al servicio diplomático.</p> <p>Art. 9. Las personas extranjeras que se encuentren en el territorio ecuatoriano tendrán los mismos derechos y deberes que las ecuatorianas, de acuerdo con la Constitución.</p> <p>Art. 339. El Estado promoverá las inversiones nacionales y extranjeras, y establecerá regulaciones específicas de acuerdo a sus tipos, otorgando prioridad a la inversión nacional. Las inversiones se orientarán con criterios de diversificación productiva, innovación tecnológica, y generación de equilibrios regionales y sectoriales. La inversión extranjera directa será complementaria a la inversión extranjera directa que será complementaria a la aplicación</p>

	<p>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.</p>	<p>nacional, estará sujeta a un estricto respeto del marco jurídico y de las regulaciones nacionales, a la aplicación de los derechos y se orientará según las necesidades y prioridades definidas en el Plan Nacional de Desarrollo, así como en los diversos planes de desarrollo de los gobiernos descentralizados. La inversión pública se dirigirá a cumplir los objetivos del régimen de desarrollo que la Constitución consagra, y se enmarcará en los planes de desarrollo nacional y locales, y en los correspondientes planes de inversión.</p> <p>de los derechos y se orientará según las necesidades y prioridades definidas en el Plan Nacional de Desarrollo, así como en los diversos planes de desarrollo de los gobiernos autónomos descentralizados.</p>
<p>El Salvador 9 junio 1982 /</p>	<p>1983</p>	<p>Art. 23. Se garantiza la libertad de contratar conforme a las leyes. Ninguna persona que tenga casos de denegación de</p> <p>Art. 99. Los extranjeros no podrán ocurrir a la vía diplomática sino en los casos de denegación de</p> <p>Art. 96. Los extranjeros, desde el instante en que llegaren al territorio de la República, estarán</p> <p>Art. 102. Se garantiza la libertad económica, en lo que no se oponga al interés social.</p>

la libre administración de sus bienes puede ser privada del derecho de terminar sus asuntos civiles o comerciales por transacción o arbitramento. En cuanto a las que no tengan esa libre administración, la ley determinará los casos en que puedan hacerlo y los requisitos exigibles.

Art. 146. No podrán celebrarse o ratificarse tratados u otorgarse concesiones en que de alguna manera se altere la forma de gobierno o se lesionen o menoscaben la integridad del territorio, la soberanía e independencia de la República o los derechos y garantías fundamentales de la persona humana.

Lo dispuesto en el inciso anterior se aplica a los tratados internacionales o contratos con gobiernos o empresas nacionales o internacionales en los cuales se someta el Estado salvadoreño, a la jurisdicción de un tribunal de un Estado extranjero.

Lo anterior no impide que, tanto en los tratados como

justicia y después de agotadas los recursos legales que tengan expedidos. No se entiende por denegación de justicia el que un fallo ejecutoriado sea desfavorable al reclamante. Los que contravenzan esta disposición perderán el derecho de residir en el país.

estrictamente obligados a respetar a las autoridades y a obedecer las leyes, y adquirirán derecho a ser protegidos por ellas.

Art. 98. Ni los salvadoreños ni los extranjeros podrán en ningún caso reclamar al Gobierno indemnización alguna por daños o perjuicios, que a sus bienes causaren las facciones. Sólo podrán hacerlo contra los funcionarios o particulares culpables.

Art. 100. Los extranjeros estarán sujetos a una ley especial.

El Estado fomentará y protegerá la iniciativa privada dentro de las condiciones necesarias para acrecentar la riqueza nacional y para asegurar los beneficios de ésta al mayor número de habitantes del país.

Art. 110. [...] El Estado podrá tomar a su cargo los servicios públicos cuando los intereses sociales así lo exijan, prestándolos directamente, por medio de instituciones oficiales autónomas o de los municipios. También le corresponde regular y vigilar los servicios públicos prestados por empresas privadas y la aprobación de sus tarifas, excepto las que se establezcan de conformidad con tratados o convenios internacionales; las empresas salvadoreñas de servicios públicos tendrán sus centros de trabajo y bases de operaciones en El Salvador. (reforme de 1994)

en los contratos, el Estado salvadoreño en caso de controversia, someta la decisión a un arbitraje o a un tribunal internacional.

Guatemala	1985	Art. 203. [...] La función jurisdiccional se ejerce, con exclusividad absoluta, por la Corte Suprema de Justicia y por los demás tribunales que la ley establezca.	Art. 29. [...] Los extranjeros únicamente podrán acudir a la vía diplomática en caso de denegación de justicia.	Art. 29. Libre acceso a tribunales y dependencias del Estado. Toda persona tiene libre acceso a los tribunales, dependencias y oficinas del Estado, para ejercer sus acciones y hacer valer sus derechos de conformidad con la ley. [...]	Art. 118.- Principios del Régimen Económico y Social. El régimen económico y social de la República de Guatemala se funda en principios de justicia social.
9 nov. 1995 / 21 janv. 2003		<p>Ninguna otra autoridad podrá intervenir en la administración de justicia.</p> <p>Art. 171. Otras atribuciones del Congreso. Corresponde también al Congreso:</p> <p>1. Aprobar, antes de su ratificación los tratados, convenios o cualquier arreglo internacional cuando:</p> <p>4. Constituyen compromiso para someter cualquier asunto a decisión judicial o arbitraje internacionales.</p> <p>5. Contengan cláusula general de arbitraje o de sometimiento a jurisdicción internacional; y [...]</p>	<p>No se califica como tal, el solo hecho de que el fallo sea contrario a sus intereses y en todo caso, deben haberse agotado los recursos legales que establecen las leyes guatemaltecas.</p>	<p>Es obligación del Estado orientar la economía nacional para lograr la utilización de los recursos naturales y el potencial humano, para incrementar la riqueza y tratar de lograr el pleno empleo y la equitativa distribución del ingreso nacional.</p> <p>Cuando fuere necesario, el Estado actuará complementando la iniciativa y la actividad privada, para el logro de los fines expresados.</p> <p>Art. 119. Obligaciones del Estado. Son obligaciones fundamentales del Estado: [...]</p> <p>n. Crear las condiciones adecuadas para promover la inversión de capitales nacionales y extranjeros.</p> <p>Art. 120. Intervención de empresas que prestan servicios públicos. El Estado podrá, en caso de fuerza mayor y por el tiempo estrictamente necesario, intervenir las empresas que prestan servicios públicos esenciales para la comunidad, cuando se obstaculizare su funcionamiento.</p> <p>Art. 125. Explotación de recursos</p>	

		<p>naturales no renovables. Se declara de utilidad y necesidad públicas, la explotación técnica y racional de hidrocarburos, minerales y demás recursos naturales no renovables.</p> <p>El Estado establecerá y propiciará las condiciones propias para su exploración, explotación y comercialización.</p>
<p>Honduras</p> <p>28 mai 1986 / 14 fev. 1989</p>	<p>1982</p> <p>Art. 15. Honduras hace suyos los principios y prácticas del derecho internacional propenden a la solidaridad humana, al respecto de la autodeterminación de los pueblos, a la no intervención y al afianzamiento de la paz y la democracia universales.</p> <p>Honduras proclama como ineludible la valdez y obligatoria ejecución de las sentencias arbitrales y judiciales de carácter internacional.</p> <p>Art. 110. Ninguna persona natural que tenga la libre administración de sus bienes, puede ser privada del derecho de terminar sus asuntos civiles por transacción o arbitramento.</p>	<p>Art. 33. Los extranjeros no podrán hacer reclamaciones ni exigir indemnización alguna del Estado sino en la forma y en los casos en que pudieren hacerlo los hondureños.</p> <p>No podrán recurrir a la vía diplomática sino en los casos de denegación de justicia. Para este efecto no se entenderá por denegación de justicia que un fallo sea desfavorable al reclamante. Los que contravinieren esta disposición perderán el derecho de habitar en el país.</p> <p>Art. 30. Los extranjeros están obligados desde su ingreso al territorio nacional a respetar las autoridades y a cumplir las leyes.</p> <p>Art. 31. Los extranjeros gozan de los mismos derechos civiles de los hondureños con las restricciones que por razones calificadas de orden público, seguridad, interés o conveniencia social establecen las leyes.</p> <p>Los extranjeros, también están sujetos a los mismos tributos ordinarios y extraordinarios de carácter general a que están obligados los hondureños, de conformidad con la Ley.</p> <p>Art. 61. La Constitución garantiza a los hondureños y extranjeros residentes en el país, el derecho a la inviolabilidad de la vida, a la seguridad individual, a la libertad, a la igualdad ante</p>
		<p>Art. 331. El Estado reconoce, garantiza y fomenta las libertades de consumo, ahorro, inversión, ocupación, iniciativa, comercio, industria, contratación de empresa y cualesquiera otras que emanen de los principios que informan esta Constitución. Sin embargo, el ejercicio de dichas libertades no podrá ser contrario al interés social ni lesivo a la moral, la salud o la seguridad pública.</p> <p>Art. 332. El ejercicio de las actividades económicas corresponde primordialmente a los particulares. Sin embargo, el Estado, por razones de orden público e interés social, podrá reservarse el ejercicio de determinadas industrias básicas, explotaciones y servicios de interés público y dictar medidas y leyes económicas, fiscales y de seguridad pública, para encauzar, estimular, supervisar, orientar y suplir la iniciativa privada, con fundamento en una política económica racional y planificada.</p> <p>Art. 333. La intervención del Estado en la economía tendrá por base el interés público y social, y por límite los derechos y libertades reconocidas por esta</p>

<p>la Ley y a la propiedad.</p> <p>Constitución.</p> <p>Art. 335. El Estado ordenará sus relaciones económicas externas sobre las bases de una cooperación internacional justa, la integración económica centroamericana y el respeto de los tratados y convenios que suscriba, en lo que no se oponga al interés nacional.</p> <p>Art. 336. La inversión extranjera será autorizada, registrada y supervisada por el Estado. Será complementaria y jamás sustitutiva de la inversión nacional. Las empresas extranjeras se sujetarán a las leyes de la República.</p>	<p>la Ley y a la propiedad.</p> <p>Constitución.</p> <p>Art. 335. El Estado ordenará sus relaciones económicas externas sobre las bases de una cooperación internacional justa, la integración económica centroamericana y el respeto de los tratados y convenios que suscriba, en lo que no se oponga al interés nacional.</p> <p>Art. 336. La inversión extranjera será autorizada, registrada y supervisada por el Estado. Será complementaria y jamás sustitutiva de la inversión nacional. Las empresas extranjeras se sujetarán a las leyes de la República.</p>
<p>Nicaragua</p> <p>4 fév. 1994 / 20 mars 1995</p> <p>Art. 158. La justicia emana del pueblo y será impartida en sus nombre y delegación por el Poder Judicial, integrado por los Tribunales de Justicia que establezca la ley.</p> <p>Art. 159. Los tribunales de justicia forman un sistema unitario, cuyo órgano superior es la Corte Suprema de Justicia. El Poder Judicial recibirá no menos de cuatro por ciento del Presupuesto General de la República. Habrá tribunales de apelación, jueces de distrito, jueces locales, cuya organización y funcionamiento será determinado por la ley. Se</p>	<p>Art. 27. Todas las personas son iguales ante la ley y tiene derechos a igual protección. No habrá discriminación por motivo de nacimiento, nacionalidad, credo político, raza, sexo, idioma religión, opinión, origen, posición económica o condición social. Los extranjeros tienen los mismos deberes y derechos que los nicaragüenses, con la excepción de los derechos políticos y los que establezcan las leyes; no pueden intervenir en los asuntos políticos del país. El Estado respeta y garantiza los derechos reconocidos en</p> <p>Art. 99. El Estado es responsable de promover el desarrollo integral del país, y como gestor del bien común deberá garantizar los intereses y las necesidades particulares, sociales, sectoriales de la nación. Es responsabilidad del Estado proteger, fomentar y promover las formas de propiedad y de gestión económica y empresarial privada, estatal, cooperativa, asociativa, comunitaria y mixta para garantizar la democracia económica y social.</p> <p>El ejercicio de las actividades económicas corresponde primordialmente a los particulares. Se reconoce el rol protagónico de la iniciativa privada, la cual comprende en un sentido amplio, a grandes, medianas y pequeñas empresas, microempresas, empresas cooperativas, asociativas y otras. [...]</p> <p>Art. 100. El Estado promulgará la Ley</p>

<p>establece la carrera judicial que será regulada por la ley. Las facultades jurisdiccionales de juzgar y ejecutar lo juzgado corresponden exclusivamente al Poder Judicial. Los tribunales militares sólo conocerán las faltas y delitos estrictamente militares, sin perjuicio de las instancias y recursos ante la Corte Suprema de Justicia.</p>	<p>la presente Constitución a todas las personas que se encuentren en su territorio y estén sujetas a su jurisdicción.</p> <p>Art. 104. Las empresas que se organicen bajo cualesquiera de las formas de propiedad establecidas en esta Constitución, gozan de igualdad ante la ley y las políticas económicas del Estado. La iniciativa económica es libre. Se garantiza el pleno ejercicio de las actividades económicas, sin más limitaciones que por motivos sociales o de interés nacional impongán las leyes.</p> <p>Art. 105. Es obligación del Estado promover, facilitar y regular la prestación de los servicios públicos básicos de energía, comunicación, agua, transporte, infraestructura vial, puertos y aeropuertos a la población, y es derecho inalienable de la misma el acceso a ellos. Las inversiones privadas y sus modalidades y las concesiones de explotación a sujetos privados en estas áreas serán reguladas por la ley en cada caso. [...]</p>
<p>Panamama</p> <p>22 nov. 1995 / 8 avr. 1996</p> <p>(reformée en 1994)</p>	<p>Art. 195. Son funciones del Consejo de Gabinete:</p> <p>4. Acordar con el Presidente de la República que éste pueda transgír o someter a arbitraje los asuntos litigiosos en que el Estado sea parte, para lo cual es necesario el concepto favorable del Procurador General de la Nación.</p> <p>Art. 15. Tanto los nacionales como los extranjeros que se encuentran en el territorio de la República, estarán sometidos a la Constitución y a las Leyes.</p> <p>Art. 20. Los panameños y los extranjeros son iguales ante la Ley; pero ésta podrá, por razones de trabajo, de</p> <p>Art. 254. Pertenece al Estado: [...]</p> <p>5. Las riquezas del subsuelo, que podrán ser explotadas por empresas estatales o mixtas o ser objeto de concesiones o contratos para su explotación según lo establezca la Ley.</p> <p>Los derechos mineros otorgados y no ejercidos dentro del término y condiciones que fije la Ley, revertirán al Estado.</p> <p>6. Las salinas, las minas, las aguas</p>

<p>Este numeral no se aplicará a los convenios arbitrables pactados contractualmente por el Estado, los cuales tendrán eficacia por sí mismos. (ce paragraphe fut ajouté dans l'article 200(4) de la Constitution de l'actuellement en vigueur)</p>	<p>salubridad, moralidad, subterráneas y termales, depósitos de seguridad pública y economía nacional, y yacimientos de toda clase que no podrán subordinar a condiciones especiales o negar el ejercicio de determinadas actividades a los extranjeros en general. Podrán, asimismo, la Ley o las autoridades, según las circunstancias, tomar medidas que afecten exclusivamente a los nacionales de determinados países en caso de guerra o de conformidad con lo que se establezca en tratados internacionales.</p> <p>Art. 277. El ejercicio de las actividades económicas corresponde primordialmente a los particulares; pero el Estado las orientará, dirigirá, reglamentará, reemplazará o creará, según las necesidades sociales y dentro de las normas del presente Título, con el fin de acrecentar la riqueza nacional y de asegurar sus beneficios para el mayor número posible de los habitantes del país. (...)</p> <p>Art. 280. La mayor parte del capital de las empresas privadas de utilidad pública que funcionen en el país, deberán ser panameñas, salvo las excepciones que establezca la Ley, que también deberá definirlas.</p>
<p>Paraguay 1967</p> <p>Art. 193. El Poder Judicial de la Republica será ejercido por una Corte Suprema de Justicia compuesta de no menos de cinco miembros, y por los Tribunales y Juzgados que establece la ley.</p> <p>Art. 199. Queda garantizada la</p> <p>27 juill. 1981 / 7 janv. 1983</p>	<p>Art. 53. Los paraguayos y los extranjeros tendrán derecho a ser indemnizados por el Estado o los Municipios por los daños y perjuicios de que hayan sido objeto por parte de la autoridad legítima en el ejercicio de sus funciones.</p> <p>Art. 54. Los habitantes de los naturales de dominio del Estado podrán ser objeto de concesiones a favor de empresas nacionales privadas o mixtas, o de empresas privadas extranjeras, mediante leyes especiales que se dictaran en cada caso. No se otorgara ninguna concesión por tiempo indeterminado, ni se concederán privilegios que priven al Estado de una participación justa en los</p>

independencia del Poder Judicial. Solo el puede conocer y decidir en los actos de carácter contencioso. [...]

la República son iguales ante la ley, sin discriminación alguna; no se admite prerrogativas de sangre ni de nacimiento; no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza.

beneficios de la explotación de aquellos recursos.
Art. 102. El capital como factor de desarrollo, debe cumplir una finalidad económica y social en armonía y reciproca cooperación con el trabajo. El Estado promoverá la formación y consolidación del capital nacional, y favorecerá la inversión del capital extranjero en actividades productivas, como complemento necesario para el desarrollo nacional.

1992

Art. 248. DE LA INDEPENDENCIA DEL PODER JUDICIAL.

Queda garantizada la independencia del Poder Judicial. Sólo éste puede conocer y decidir en actos de carácter contencioso.

En ningún caso los miembros de los otros poderes, ni otros funcionarios, podrán arrogarse atribuciones judiciales que no estén expresamente establecidas en esta Constitución, ni revivir procesos fenecidos, ni paralizar los existentes, ni intervenir de cualquier modo en los juicios. Actos de esta naturaleza conllevan nulidad insanable. Todo ello sin perjuicio de las

Art. 16. DE LA DEFENSA EN JUICIO

La defensa en juicio de las personas y de sus derechos es inviolable. Toda persona tiene derecho a ser juzgada por tribunales y jueces competentes e independientes imparciales.

Art. 39. DEL DERECHO A LA INDEMNIZACIÓN JUSTA Y ADECUADA

Toda persona tiene derecho a ser indemnizada justa y adecuadamente por los daños o perjuicios de que fuere objeto por parte del Estado. La ley reglamentará este derecho.

Art. 112. DEL DOMINIO DEL ESTADO

Corresponde al Estado el dominio de los hidrocarburos, minerales sólidos, líquidos y gaseosos que se encuentren en estado natural en el territorio de la República, con excepción de las sustancias pétreas, terrosas y caláreas.

El Estado podrá otorgar concesiones a personas o empresas públicas o privadas, mixtas, nacionales o extranjeras, para la prospección, la exploración, la investigación, el cateo o la explotación de yacimientos, por tiempo limitado.

La ley regulará el régimen económico que contemple los intereses del Estado, los de los concesionarios y los de los propietarios que pudieran resultar afectados.

		decisiones arbitradas en el ámbito del derecho privado, con las modalidades que la ley determine para asegurar el derecho de defensa y las soluciones equitativas.
Pérou	1979	Art. 232. La potestad de administrar justicia enana del pueblo. Art. 233. Son garantías de la administración de justicia: 1.- La unidad y la exclusividad de la función jurisdiccional. No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la arbitral y la militar. Quedan prohibidos los juicios por comisión o delegación. [...] Art. 136. [...] Pueden ser exceptuados de la [...]
4 sept. 1991 / 9 août 1993		Art. 126. La propiedad se rige exclusivamente por las leyes de la República. En cuanto a la propiedad, los extranjeros, personas naturales o jurídicas, están en la misma condición que los peruanos, sin que, en caso alguno, puedan invocar al respecto situaciones de excepción ni protección diplomática. [...] Art. 136. Las empresas extranjeras domiciliadas en el Perú están sujetas sin restricciones a las leyes de la República. En todo contrato que con extranjeros celebran el Estado o las personas de derecho público o en las condiciones que se les otorgan, debe constar el sometimiento expreso de aquellos a las leyes y tribunales de la República y su renuncia a toda reclamación diplomática. Art. 2. Toda persona tiene derecho: [...] 2.- A la igualdad ante la ley, [...] Art. 137. El Estado autoriza, registra y supervisa la inversión extranjera directa y la transferencia de tecnología foránea como complementarias de las nacionales, siempre que estimulen el empleo, la capitalización del país, la participación del capital nacional, y contribuyan al desarrollo en concordancia con los planes económicos y la política de integración.

jurisdicción nacional los contratos de carácter financiero. El Estado y las personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de contratos con extranjeros a tribunales judiciales o arbitrales constituidos en virtud de convenios internacionales de los cuales es parte el Perú.

1993

Art. 62. La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley. Mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, sin

Art. 63. [...]

En todo contrato del Estado y de las personas de derecho público con extranjeros domiciliados consta el sometimiento de éstos a las leyes y órganos jurisdiccionales de la República y su renuncia a toda reclamación diplomática. [...]

Art. 71. En cuanto a la propiedad, los extranjeros, sean personas naturales o jurídicas, están en la misma condición que los peruanos, sin que, en caso alguno, puedan invocar excepción ni protección diplomática. [...]

Art. 63. La inversión nacional y la extranjera se

subjetan a las mismas condiciones. (...) Si otro país o países adoptan medidas proteccionistas o discriminatorias que perjudiquen el interés nacional, el Estado puede, en defensa de éste, adoptar medidas análogas.

Art. 58. La iniciativa privada es libre. Se

ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.

Art. 63. La inversión nacional y la extranjera se sujetan a las mismas condiciones. La producción de bienes y servicios y el comercio exterior son libres. Si otro país o países adoptan medidas proteccionistas o discriminatorias que perjudiquen el interés nacional, el Estado puede, en defensa de éste, adoptar medidas análogas.

En todo contrato del Estado y de las personas de derecho público con extranjeros domiciliados consta el sometimiento de éstos a las leyes y órganos jurisdiccionales de la República y su renuncia a toda reclamación

perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente.

Art. 63. [...] Pueden ser exceptuados de la jurisdicción nacional los contratos de carácter financiero.

El Estado y las demás personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de relación contractual a tribunales constituidos en virtud de tratados en vigor. Pueden también someterlas a arbitraje nacional o internacional, en la forma en que lo disponga la ley.

Art. 139. Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

1. La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional. No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral.

No hay proceso judicial por comisión o delegación.

[...]

Art. 205. Agotada la jurisdicción interna, quien se considere lesionado en los derechos que la

diplomática. Pueden ser exceptuados de la jurisdicción nacional los contratos de carácter financiero.

El Estado y las demás personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de relación contractual a tribunales constituidos en virtud de tratados en vigor. Pueden también someterlas a arbitraje nacional o internacional, en la forma en que lo disponga la ley.

		Constitución reconoce puede recurrir a los tribunales u organismos internacionales constituidos según tratados o convenios de los que el Perú es parte.	
Uruguay	1967 (reformé en 1996)	Art. 233. El Poder Judicial será ejercido por la Suprema Corte de Justicia y por los Tribunales y Juzgados, en la forma que estableciere la ley.	Art. 8. Todas las personas son iguales ante la ley, no reconociéndose otra distinción entre ellas sino la de los talentos o las virtudes.
			Art. 50. El Estado orientará el comercio exterior de la República protegiendo las actividades productivas cuyo destino sea la exportación o que reemplacen bienes de importación. La ley promoverá las inversiones destinadas a este fin, y encauzará preferentemente con este destino el ahorro público. Toda organización comercial o industrial trustificada estará bajo el controlador del Estado. Asimismo, el Estado impulsará políticas de descentralización, de modo de promover el desarrollo regional y el bienestar general.
Venezuela	1961 (reformé en 1983)	Art. 204. El Poder Judicial se ejerce por la Corte Suprema de Justicia y por	Art. 47. En ningún caso los extranjeros pretender los mismos deberes y derechos que los venezolanos ni los de justicia social que aseguren a todos
			Art. 45. Los extranjeros tienen los mismos deberes y derechos que los venezolanos ni los de justicia social que aseguren a todos
			Art. 95. El régimen económico de la República se fundamentará en principios de justicia social que aseguren a todos

2 mai 1995

los demás Tribunales que determine la ley orgánica.

extranjeros que la República, los Estados o los Municipios les indemnicen por daños, perjuicios o expropiaciones que no hayan sido causados por autoridades legítimas en el ejercicio de su función pública.

limitaciones o excepciones establecidas por esta Constitución y las leyes. [...]

una existencia digna y provechosa para la colectividad. El Estado promoverá el desarrollo económico y la diversificación de la producción, con el fin de crear nuevas fuentes de riqueza, aumentar el nivel de ingresos de la población y fortalecer la soberanía económica del país.

Art. 127. En los contratos de interés público, si no fuere impropcedente de acuerdo con la naturaleza de los mismos, se considerará incorporada aun cuando no estuviere expresa, una cláusula según la cual las dudas y controversias que puedan suscitarse sobre dichos contratos y que no llegaren a ser resueltas amigablemente por las partes contratantes serán decididas por los tribunales competentes de la República, en conformidad con sus leyes, sin que por ningún motivo ni causa puedan dar origen a reclamaciones extranjeras.

Art. 52. Tanto los venezolanos como los extranjeros deben cumplir y obedecer la Constitución y las leyes, y los decretos, resoluciones y órdenes que en ejercicio de sus atribuciones dicten los órganos legítimos del Poder Público.

Art. 97. No se permitirán monopolios. Sólo podrán otorgarse, en conformidad con la ley, concesiones de carácter de exclusividad, y por tiempo limitado, para el establecimiento y la explotación de obras y servicios de interés público. El Estado podrá reservarse determinadas industrias, explotaciones o servicios de interés público por razones de conveniencia nacional, y propendrá a la creación y desarrollo de una industria básica pesada bajo su control. La ley determinará lo concerniente a las industrias promovidas y dirigidas por el Estado.

Art. 103. Las tierras adquiridas con destino a la exploración o explotación de concesiones mineras, comprendidas las de hidrocarburos y demás minerales combustibles, pasarán en plena propiedad a la Nación, sin indemnización alguna, al extinguirse por cualquier causa la concesión respectiva.

Art. 106. El Estado atenderá a la defensa y conservación de los recursos naturales de su territorio, y la explotación de los mismos estará dirigida primordialmente al beneficio colectivo de

	<p>los venezolanos.</p> <p>Art. 107. La ley establecerá las normas relativas a la participación de los capitales extranjeros en el desarrollo económico nacional.</p> <p>Art. 126. Sin la aprobación del Congreso, no podrá celebrarse ningún contrato de interés nacional, salvo los que fueren necesarios para el normal desarrollo de la administración pública o los que permitía la ley. No podrá en ningún caso procederse al otorgamiento de nuevas concesiones de hidrocarburos ni de otros recursos naturales que determine la ley, sin que las Cámaras en sesión conjunta, debidamente informadas por el Ejecutivo Nacional de todas las circunstancias pertinentes, lo autoricen, dentro de las condiciones que fijen y sin que ello dispense del cumplimiento de las formalidades legales. Tampoco podrá celebrarse ningún contrato de interés público nacional, estatal o municipal con Estados o entidades oficiales extranjeros, ni con sociedades no domiciliadas en Venezuela, ni traspasarse a ellos sin la aprobación del Congreso. La ley puede exigir determinadas condiciones de nacionalidad, domicilio o de otro orden, o requerir especiales garantías, en los contratos de interés público.</p>
<p>1999</p>	<p>Art. 253. La potestad de administrar justicia emana de los ciudadanos y fuere improcedente de los ciudadanos y fuere improcedente de empresas u organismos</p> <p>Art. 151. En los contratos de interés público, si no otorgar a personas, la política comercial para defender las</p> <p>Art. 301. [...] No se podrá</p> <p>Art. 301. El Estado se reserva el uso de actividades económicas de las empresas</p>

ciudadanas y se imparte en nombre de la República por autoridad de la ley.

Corresponde a los órganos del Poder Judicial conocer de las causas y asuntos de su competencia mediante los procedimientos que determinen las leyes, y ejecutar o hacer ejecutar sus sentencias.

El sistema de justicia está constituido por el Tribunal Supremo de Justicia, los demás tribunales que determine la ley, el Ministerio Público, la Defensoría Pública, los órganos de investigación penal, los o las auxiliares y funcionarios o funcionarias de justicia, el sistema penitenciario, los medios alternativos de justicia, los ciudadanos o ciudadanas que participen en la administración de justicia conforme a la ley y los abogados autorizados o abogadas autorizadas para el ejercicio.

Art. 258. La ley organizará la justicia de paz en las comunidades. Los jueces o juezas de paz serán elegidos o elegidas por votación

de acuerdo con la naturaleza de los mismos, se considerará incorporada, aun cuando no estuviere expresa, una cláusula según la cual las dudas y controversias que puedan suscitarse sobre dichos contratos y que no llegaren a ser resueltas amigablemente por las partes contratantes, serán decididas por los tribunales competentes de la República, de conformidad con sus leyes, sin que por ningún motivo ni causa puedan dar origen a reclamaciones extranjeras.

extranjeros regímenes más beneficiosos que los establecidos para los nacionales. La inversión extranjera esta sujeta a las mismas condiciones que la inversión nacional.

nacionales públicas y privadas. No se podrá otorgar a personas, empresas u organismos extranjeros regímenes más beneficiosos que los establecidos para los nacionales. La inversión extranjera esta sujeta a las mismas condiciones que la inversión nacional.

Art. 302. El Estado se reserva, mediante la ley orgánica respectiva, y por razones de conveniencia nacional, la actividad petrolera y otras industrias, explotaciones, servicios y bienes de interés público y de carácter estratégico. El Estado promoverá la manufactura nacional de materias primas provenientes de la explotación de los recursos naturales no renovables, con el fin de asimilar, crear e innovar tecnologías, generar empleo y crecimiento económico, y crear riqueza y bienestar para el pueblo.

Art. 303. Por razones de soberanía económica, política y de estrategia nacional, el Estado conservará la totalidad de las acciones de Petróleos de Venezuela, S.A., o del ente creado para el manejo de la industria petrolera, exceptuando las de las filiales, asociaciones estratégicas, empresas y cualquier otra que se haya constituido o se constituya como consecuencia del desarrollo de negocios de Petróleos de Venezuela, S.A.

universal, directa y secreta ,
conforme a la ley.
La ley promoverá el
arbitraje, la conciliación, la
mediación y cualesquiera
otros medios alternativos
para la solución de
conflictos.

ANNEXE IV. Résolutions du Tribunal constitutionnel du Chili (du 25 janvier 1991 au 24 septembre 1991).

Date	N°	Sujet de la résolution
09-09-1991	132-91	Control de constitucionalidad respecto del proyecto de ley que Faculta a la Excma. Corte Suprema para Designar Ministros de Corte de Apelaciones para Integrar Salas.
09-09-1991	134-91	Requerimiento respecto del N° 1° del artículo 3° del proyecto de ley que Modifica la Ley N° 6.640, Orgánica de la Corporación de Fomento de la Producción
02-09-1991	133-91	Control de constitucionalidad respecto del proyecto de ley que Traslada el Tercer Juzgado de Letras del Trabajo de San Miguel, Crea un Segundo Juzgado de Letras con Asiento en la Comuna de Talagante y Modifica los Territorios Jurisdiccionales de los Juzgados de Letras de Castro y de Ancud, y del Juzgado del Trabajo de La Serena
28-08-1991	131-91	Control de constitucionalidad respecto del proyecto de ley que modifica la Ley N° 18.892, General de Pesca y Acuicultura
19-07-1991	130-91	Control de constitucionalidad respecto del proyecto de ley que Autoriza el Ejercicio Profesional a Chilenos que Obtuvieron Grados y Títulos que Señala, en el Exilio
11-07-1991	129-91	Control de constitucionalidad respecto del proyecto de ley que sustituye el artículo 43 de la Ley N° 18.290, Ley de Tránsito.
02-07-1991	127-91	Control de constitucionalidad respecto del proyecto de ley que Establece Nuevas Normas Sobre Organizaciones Sindicales.
18-06-1991	124-91	Requerimiento respecto del Decreto Supremo del Ministerio de Justicia N° 143, publicado en el Diario Oficial de 16 de febrero de 1991, por el cual se Disuelve la Persona Jurídica Denominada “Sociedad Benefactora y Educacional Dignidad”
11-06-1991	128-91	Control de constitucionalidad respecto del proyecto de ley que Modifica el Decreto con Fuerza de Ley N° 591, de 1982, del Ministerio de Obras Públicas, relativo a la Interpretación o Aplicación de los Contratos de Concesiones
14-05-1991	126-91	Requerimiento respecto del proyecto de ley sobre juntas de Vecinos y Organizaciones Comunitarias Funcionales.
16-04-1991	122-91	Control de constitucionalidad respecto del proyecto de ley que Habilita la Suscripción de Indicaciones por los Ministros de Estado en el Proceso de Formación de las Leyes.
19-03-1991	123-91	Control de constitucionalidad respecto del proyecto de ley que modifica la Ley N° 18.962, Orgánica Constitucional de Enseñanza.
30-01-1991	121-91	Control de constitucionalidad respecto del proyecto de ley sobre Libertad de Expresión.
30-01-1991	120-91	Control de constitucionalidad respecto del proyecto de ley que modifica diversos textos legales con el fin de garantizar en mejor forma los derechos de la personas.
30-01-1991	118-91	Control de constitucionalidad respecto del proyecto de ley sobre Centrales Sindicales.

ANNEXE V. Résolution de la Salle constitutionnelle du Costa Rica concernant la Convention de Washington¹¹⁶⁸.

VOTO N° 1079-93

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las catorce horas cuarenta y ocho minutos del dos de marzo de mil novecientos noventa y tres.

Consulta preceptiva de constitucionalidad que formula la Asamblea Legislativa por medio de su Presidente en ejercicio Ing. Gerardo Rudín Arias, según oficio de remisión de quince de los corrientes, sobre el proyecto de ley que consta en expediente N° 9173, "APROBACION DEL CONVENIO SOBRE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES ENTRE ESTADOS Y NACIONALES DE OTROS ESTADOS". Redacta el Magistrado **Solano Carrera**; y,

CONSIDERANDO

I.- El arbitraje, como medio de solucionar conflictos de tipo jurídico, es un instituto no sólo consolidado, con rancia trayectoria y absoluto reconocimiento en la doctrina y la legislación comparada, sino que, además, en algunos campos es la vía más recomendable para aquella solución. En nuestro ordenamiento jurídico, el arbitraje está claramente aceptado, aunque se le entienda con carácter excepcional y regular –a cargo del Estado-. Solamente por una cuestión atribuible a la idiosincracia de nuestra sociedad, o tal vez, debida a una cultura legal arraiga en el litigio, nuestro país el arbitraje la conciliación misma no se utilizan en la forma debida. El costo de las soluciones, en tiempo y en dinero, se reduciría considerablemente, aparte de lo que significa como resultado de tipo anímico personal resolver rápida y menos traumáticamente un diferendo jurídico.

II.- Nuestra Constitución Política dispone en su artículo 43:

"Toda persona tiene derecho a terminar sus diferencias patrimoniales por medio de árbitros aún habiendo litigio pendiente".

Conforme con ese texto, el Código Procesal Civil dispone así:

"Artículo 508. Facultad del estado. El Estado, sus instituciones y las municipalidades podrán también someter a la decisión de árbitros o de peritos, conforme con los trámites de este capítulo, previa autorización de la Asamblea Legislativa o del Poder Ejecutivo, según corresponda, las pretensiones patrimoniales en que figuren como partes interesadas."

Estas normas tienen la virtud de al menos darnos a entender que la regulación que se haga en desarrollo de sus propósitos, no solamente debemos recibirla como una forma tal vez más racional o simplificada de resolver conflictos, sino también para sosegar cualquier duda que hubiere respecto de la existencia y supervivencia de la jurisdicción que hemos llamado "ordinaria" y que la Sala, al menos en una oportunidad, señaló como potestad exclusiva y excluyente en manos del Poder Judicial (Sentencia N° 1148-90).

Solamente para una ubicación a los propósitos de la presente consulta, baste un señalamiento específico: la Constitución recoge el instituto del arbitraje, como una posibilidad de solución y la hace descansar en la decisión de las partes en conflicto. Estas son las que, de conformidad con las circunstancias, toman el acuerdo de someter a árbitros su diferendo, firmando para ello el llamando "compromiso arbitral", valga decir, el marco dentro del cual el árbitro o árbitros, va(n) a sujetar su actuación y los efectos que tendrá su resolución final (laudo). Por su parte, la norma del Código Procesal Civil citada, viene a precisar un tanto en qué condiciones el Estado puede someter a árbitros los diferendos patrimoniales que tenga con otras personas, de lo que nos interesa retener la fórmula de que corresponde a la Asamblea Legislativa o al Poder Ejecutivo, en su caso, la autorización para ello.

III.- Nos interesa además, para los efectos de esta consulta, indicar que la norma procesal citada viene a corresponder con otra anterior y vigente de la Ley General de la Administración

¹¹⁶⁸ ELIZONDO CLACHAR María Laura, chargée de l'attention à l'usager de la jurisprudence de la Salle Constitutionnelle de la Cour Suprême de Costa Rica. *RE: Resolución de una consulta legislativa* [en ligne]. Destinataire : Rosa Amilli GUZMÁN PÉREZ. Communication personnelle le 27 février 2014.

Pública que dispone en términos similares, o incluso complementarios, en el sentido de que el Poder Ejecutivo (Presidente de la República y respectivo Ministro) puede comprometer en árbitros (compromiso arbitral) asuntos de derecho público, siempre que la Asamblea Legislativa lo apruebe (artículo 27 párrafos 3 y 4). La Asamblea Legislativa es la que determina la conveniencia o no de esa solución. Queda claro, por otra parte, que lo anterior tiene real aplicación y sentido cuando hablamos de la acción del Estado a lo interno de su territorio y casi diríase, en sus relaciones locales. Sin embargo, nos sirve como marco de partida para considerar como razonable y de normalidad constitucional, la existencia de un proyecto como el que se somete a análisis de la Sala, porque viene a regular la situación cuando en esas relaciones interviene una persona física o jurídica de otra nacionalidad que vino a realizar inversiones a Costa Rica, con la que surjan diferencias de carácter jurídico a propósito de esas inversiones. El proyecto, de toda suerte, no sólo se refiere al arbitraje, sino que establece la posibilidad de la mediación, todo a través de un denominado "Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones", que en su globalidad no solamente no roza, sino que más propiamente puede entenderse como desarrollo de lo que incipiente o sucintamente contempló la Constitución Política costarricense en su ya transcrito artículo 43.-

IV.- Lo fundamental del Convenio de comentario está en que el laudo que se dicte será obligatorio para las partes, excepto en los casos que expresamente prevé el propio texto, y esto también es consustancial al arbitraje mismo. No se encuentra en ello inconstitucionalidad alguna, dada la naturaleza del instituto y porque, además, el Derecho Internacional ha regulado esta materia de la misma forma, dado que sería absurdo permitir que se acuda a una instancia superior, si no la hay. En nuestro derecho interno (Código Procesal Civil) no se prevé recurso alguno contra los laudos, salvo uno llamado de "nulidad", que de toda forma se anticipa como materia distinta a la que ahora examinamos. Pero, además, en tratándose de laudos dictados por una Sala de la Corte Suprema de Justicia, nuestra propia legislación excluye, lógicamente, recurso alguno, puesto que se trata de un tribunal arbitral de cúspide, por llamarlo de alguna manera. Se agregaría, finalmente, que en esta materia es apropiado entender que se dicta el laudo en instancia única, todo a la luz de la naturaleza del proceso y la composición del órgano que lo dicta, así como por la calificada intervención que las propias partes han tenido en definir aspectos muy relevantes del modo en que se integra el tribunal arbitral y las reglas dentro de las que actuará. Las partes, pues, convienen y definen muchísimos aspectos de la actuación arbitral, por lo que se entiende razonable la imposibilidad de recurrir del laudo, de ese modo, la ejecución inmediata del laudo –excepto también que, como está previsto, se pida adición o aclaración-, no es inconstitucional. Prevé el artículo 27 del Convenio:

"Ningún Estado Contratante concederá protección diplomática ni promoverá reclamación internacional respecto de cualquier diferencia que uno de sus nacionales y otro Estado Contratante haya consentido en someter o hayan sometido a arbitraje conforme a este Convenio, salvo que este último Estado Contratante no haya acatado el laudo dictado en tal diferencia o haya dejado de cumplirlo.

Esta posible protección, como se ve, estaría autorizada para un Estado, únicamente cuando otro con quien tuvo relaciones su nacional, haya actuado de tal forma, no solamente en violación de normas de derecho internacional, sino contra el principio de la buena fe en la conclusión y en la ejecución de los convenios internacionales. En resumen, que las previsiones del Convenio en estudio, son totalmente razonables y usuales en este tipo de instrumentos.

V.- Cabe hacer una ligera referencia a la declaración interpretativa sobre el artículo 26 y la reserva respecto del 42, que el Gobierno de la República formuló al suscribir el Convenio. En cuanto a la primera, el Gobierno indicó que solamente admite que se recurra al arbitraje "cuando previamente se haya hecho agotamiento de todos los medios locales existentes ya sean de tipo administrativo o judicial". Tal declaración es totalmente compatible con lo previsto en la norma respectiva, que lo prevé como derecho del Estado contratante, pero la Sala desea dejar expresa mención de que el "previo agotamiento" debe entenderse en los términos en que hoy se acepta en las regulaciones del Derecho Internacional, valga decir, en aquellos casos en que se de una denegatoria de justicia, ya sea que se exija al nacional requisitos y condiciones procesales que hagan imposible proseguir en forma razonable un procedimiento o proceso local, ya sea que los que haya instalado se prolonguen de tal modo, que estemos –e hecho- ante una

denegatoria de justicia. Por otra parte, no debe quedar duda de que el artículo 26 y la declaración interpretativa que el Gobierno de la República realizó al suscribir el Convenio, serían inaplicables cuando las partes (Estado-inversionista) se han acogido a la vía judicial del país y está fenecida. Solamente así puede entenderse la norma y la declaración, pues de lo contrario se hacen incompatibles con lo dispuesto por el artículo 43 Constitucional, desde que éste autoriza el arbitraje existiendo juicio pendiente y no cuando se encuentre firme lo resuelto en él. En cuanto al artículo 42, se hace reserva de que el Tribunal Arbitral falle de acuerdo con la "Legislación Nacional urgente" al momento de la conclusión del Acuerdo que generó la inversión, y la Sala no encuentra cuestión de tipo constitucional en ello, toda vez que esa reserva opera en el doble sentido, valga decir, sea que se trate de que el Estado costarricense sea el receptor de la inversión, sea que más bien un nacional costarricense haya invertido en otro país parte en el Convenio. Además, porque se entiende como "Legislación Nacional urgente" (sic), tal cual se lee en las copias que debidamente certificadas remitió la Asamblea Legislativa, legislación excepcional que de contener normas exorbitantes, en el sentido real y jurídico del término, enervaría que un asunto se resuelva con auxilio de instrumentos o normas apropiados y razonables. Se nota incluso que el convenio acepta que el Tribunal Arbitral resuelva ex aequo et bono, aunque, como sucede en esta materia, si las partes así lo acuerdan.

En resumen, esta Sala no encuentra reparos de tipo constitucional en el instrumento que pretende aprobar la Asamblea Legislativa y más bien considera que no solamente por estar ya vigente para otras partes (Estados) que lo han suscrito, sino porque es uno más de los que en pasado se han suscrito y aprobado de similar porte jurídico, en materia cada día más necesaria de ser manejada de esa manera, dado que las relaciones económicas mundiales son cada día más intensas.

VI.- El artículo 121 inciso 4º de la Constitución, al definir las atribuciones exclusivas de la Asamblea Legislativa, la de

"4) Aprobar o improbar los convenios internacionales, tratados públicos y concordatos.

"Los tratados públicos y convenios internacionales que atribuyan o transfieran determinadas competencias a un ordenamiento jurídico comunitario, con el propósito de realizar objetivos regionales y comunes, requerirán la aprobación de la Asamblea Legislativa, por votación no menor de los dos tercios de la totalidad de sus miembros..."

Esta norma suscita tres tipos de dudas importantes, a saber: a) qué, significado tienen los conceptos de "atribuir" o "transferir", en relación con el de "competencias"; b) qué debe entenderse allí por "ordenamiento comunitario"; y c) qué alcances debe darse a los "objetivos regionales y comunes" que en el texto constituyen el fin del mismo ordenamiento.

a) En lo que se refiere a la primera cuestión, la Sala observa que en el contexto del Derecho de la constitución la norma transcrita tiene el claro propósito de agravar el procedimiento de aprobación de tratados o convenios internacionales, cuando en ellos se atribuyan a organismos extraestatales competencias públicas que de otro modo corresponden al Estado costarricense en ejercicio de su soberanía. Dicho de otra manera, parece evidente que no tendría sentido imponer una mayoría calificada para la aprobación de unos tratados, y no de otros en los que la reserva del constituyente tuviera igual o mayor justificación; y es que, en realidad, habida cuenta en que en todo tratado internacional se contiene, por definición, una merma o afectación de la soberanía, lo que a aquella reserva interesa es, con toda claridad, rodear de la garantía implicada en la mayoría calificada de la Asamblea Legislativa los supuestos en que el instrumento internacional implique, además de aquella merma o afectación directamente establecida en él, la posibilidad de que se impongan nuevas obligaciones al Estado costarricense, sin su voluntad, por órganos extranacionales y en materia que, de otro modo, le correspondería a él exclusivamente.

b) B) Lo anterior obliga a reconocer la expresión "ordenamiento comunitario", aunque no feliz, sólo adquiere sentido, en el contexto e ese inciso, si se entiende por "comunitaria" aquella normativa que, aunque creada mediante fuentes típicas del Derecho de Gentes, como son los tratados, en realidad tienen un carácter "supranacional", en cuanto que es capaz de imponer a los Estados Partes

obligaciones, deberes, cargas o limitaciones más allá de las pactadas y aún contra su voluntad por ejemplo, mediante decisiones adoptadas por una mayoría; cosa esta completamente diferente que la de los órdenes meramente internacionales, en que los Estados se comprometen solamente a los que se comprometen por tratado, o, si éste crea, además, algún tipo de organismo internacional, las decisiones en ese organismo, o no son vinculantes, o si lo son deben tomarse por unanimidad, es decir, con la aceptación expresa del Estado costarricense, mediante sus legítimos representantes competentes al efecto. Es cierto que la inclusión el concepto "ordenamiento comunitario" en dicha norma constitucional se hizo por la Asamblea Legislativa en función constituyente (por Ley N° 4123 de 30 de mayo de 1968), teniendo en mente el proceso de integración o Mercado Común Centroamericano, pero resultaría contradictorio y, por ende, inconstitucional deducir de ahí que la Constitución imponga un procedimiento agravado para la aprobación de los instrumentos de ese proceso, querido por Costa Rica y más cercano y natural por darse en el ámbito geopolítico e histórico de la Patria Grande Centroamericana, que en otros supuestos más lejanos y menos intensos en que también se asignen o transfieran competencia del Estado costarricense a un ordenamiento extranacional.

c) C) En el mismo contexto, los "objetivos regionales y comunes" deben interpretarse en armonía con las consideraciones anteriores y, por ende, la conjunción, "y" que los separa, debe entenderse como disyuntivo-copulativa, de manera que la disposición debe aplicarse, tanto si se trata de objetivos regionales, como si de objetivos simplemente comunes.

En conclusión, la Sala considera que, al autorizar el sometimiento a procedimientos de arbitraje internacional, de cuestiones que de otro modo se ubicarían en sede del Derecho Interno y de los tribunales nacionales –judiciales o arbitrales-, da lo mismo, el Convenio consultado requiere para su aprobación la mayoría calificada prevista por el párrafo 2° del inciso 4° del artículo 121 de la Constitución.

POR TANTO:

Se evacua la consulta preceptiva que formula la Asamblea Legislativa en relación al proyecto "APROBACION DEL CONVENIO SOBRE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES ENTRE ESTADOS Y NACIONALES DE OTROS ESTADOS" (Exp. N° 9173), en el sentido de que no se encuentran vicios de inconstitucionalidad en su contenido ni en la declaración interpretativa sobre el artículo 26 o en la reserva formulada al artículo 42. Esta ley debe ser aprobada por la mayoría calificada prevista en el artículo 121 inciso 4° de la Constitución Política. Notifíquese.

Luis Paulino Mora M., Presidente, R.E. Piza E., Jorge E. Castro B., Luis Fernando Solano C., Eduardo Sancho G., Carlos Ml. Arguedas R., Ana Virginia Calzada M., Gerardo Madríz Piedra, Secretario a.i.

rac

ANNEXE VI. Résolutions prononcées par la Salle constitutionnelle du Costa Rica concernant de traités relatifs à la protection et l'encouragement des investissements et de traités de libre-échange¹¹⁶⁹.

No. d'affaire	Année d'admission	Résolution	Traité international
97-008669-0007-CO	1997	0019-98	ACUERDO CON CHILE PARA LA PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN RECÍPROCA DE LAS INVERSIONES Y SU PROTOCOLO.
97-004732-0007-CO	1997	4708-97	PROTECCIÓN DE INVERSIONES CON ALEMANIA.
97-004733-0007-CO	1997	4710-97	PROMOCIÓN DE INVERSIONES CON GRAN BRETAÑA.
97-004734-0007-CO	1997	4726-97	PROMOCIÓN DE INVERSIONES CON FRANCIA.
99-000821-0007-CO	1999	1202-99	PROMOCIÓN DE INVERSIONES CON ESPAÑA.
99-000948-0007-CO	1999	1307-99	PROMOCIÓN DE INVERSIONES CON CANADÁ.
00-008929-0007-CO	2000	10092-00	PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN RECÍPROCA DE INVERSIONES CON ARGENTINA.
00-008933-0007-CO	2000	10093-00	ACUERDO PARA LA PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN RECÍPROCA DE INVERSIONES ENTRE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA Y LA REPÚBLICA DE VENEZUELA.
00-000759-0007-CO	2000	1270-00	LA PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN RECÍPROCA DE LAS INVERSIONES.
00-008930-0007-CO	2000	9740-00	PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN RECÍPROCA DE INVERSIONES CON PARAGUAY.
00-008820-0007-CO	2000	9910-00	PROMOCIÓN DE INVERSIONES CON PAÍSES BAJOS.
00-008932-0007-CO	2000	9987-00	ACUERDO ENTRE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA Y LA REPÚBLICA CHECA PARA LA PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN RECÍPROCA DE INVERSIONES.
01-011239-0007-CO	2001	12006-01	ACUERDO CON LA CONFEDERACIÓN SUIZA PARA LA PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN RECÍPROCA DE LAS INVERSIONES.
01-011242-0007-CO	2001	12494-01	ACUERDO CON EL GOBIERNO DE LA REPÚBLICA DE COREA PARA LA PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN RECÍPROCA DE INVERSIONES.
02-006362-0007-CO	2002	8190-02	TRATADO DE LIBRE COMERCIO CON CANADÁ
05-005875-0007-CO	2005	7428-05	TRATADO DE LIBRE COMERCIO ENTRE COSTA RICA Y LA COMUNIDAD DEL CARIBE. CARICOM
08-012017-0007-CO	2008	14831-08	TRATADO DE LIBRE COMERCIO CON PANAMÁ
13-0808	2013	0097-13	TRATADO DE LIBRE COMERCIO CON MÉXICO
13-0807	2013	0296-13	TRATADO DE LIBRE COMERCIO CON SINGAPUR

¹¹⁶⁹ Ce tableau est basé sur les données obtenus jusqu'au 31 décembre 2013, récupérés sur le site officiel de la Salle constitutionnelle du Costa Rica : <<http://sitios.poder-judicial.go.cr/salaconstitucional>> (consulté le 21 mars 2014).

ANNEXE VII. Résolution concernant le contrôle constitutionnel du Traité pour l'encouragement et la protection des investissements signé entre le Costa Rica et l'Allemagne¹¹⁷⁰.

Exp. 4732-S-97

Voto N° 4708-97

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las dieciséis horas doce minutos del día diecinueve de agosto de mil novecientos noventa y siete.

Consulta preceptiva de constitucionalidad, formulada por la Asamblea Legislativa, a través de su Presidente, Ing. Saúl Weisleder Weisleder, acerca del Proyecto de Ley “APROBACIÓN DEL TRATADO ENTRE ALEMANIA Y COSTA RICA SOBRE FOMENTO Y RECÍPROCA PROTECCIÓN DE INVERSIONES Y SU PROTOCOLO”, Expediente N° 12.394.

RESULTANDO:

I. La consulta preceptiva ha sido formulada por el Presidente de la Asamblea Legislativa, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 96 inciso a) de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, según nota de remisión del día 22 de julio anterior. El Proyecto en cuestión fue aprobado en primer debate, por el pleno legislativo, en la sesión N° 44 del día 17 de aquel mes.

II. La Presidencia de la Sala tuvo por interpuesta la consulta y la turnó al Magistrado ponente, según resolución de las 9 horas y 6 minutos del día 24 de julio de 1997, de modo que el plazo para que la Sala Constitucional evacue la consulta, vence el día 24 del corriente mes.

III. Debe dejarse constancia de que a lo largo del procedimiento legislativo y tal vez motivado en la remisión del Proyecto por parte del Poder Ejecutivo, se han utilizado diversas denominaciones para el tratado que se consulta, pero que el nombre correcto es “**TRATADO ENTRE EL GOBIERNO DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA Y EL GOBIERNO DE LA REPÚBLICA FEDERAL DE ALEMANIA SOBRE EL FOMENTO Y RECÍPROCA PROTECCIÓN DE INVERSIONES**”, según se ve del texto suscrito por las partes. Así deberá consignarse, si es que finalmente se aprobara por la Asamblea Legislativa.

Redacta el Magistrado **SOLANO CARRERA. Y,**

CONSIDERANDO:

I. En criterio de la Sala, ni el Tratado de referencia, ni su Protocolo, contienen normas o disposiciones inconstitucionales. Se trata de un instrumento a través del cual las partes desean incentivar las inversiones de sus nacionales en el otro país co-contratante, ofreciendo un marco de facilitación, protección y seguridad. Evidentemente, hay concesiones de tipo tributario, de repatriación de capitales y beneficios, pero también se prevén mecanismos para una apropiada solución a las controversias que surjan con motivo de la aplicación o interpretación del tratado. Se trata, pues, de materias que están en la esencia del poder de contratación del Estado, por medio de la actuación del Poder Ejecutivo, así como del de aprobación legislativa (artículos 140 inciso 10) y 121 inciso 4) de la Constitución Política).

II. La Sala también deja constancia de que para la evacuación de esta consulta, ha tenido a la vista el “Informe Jurídico” de folios 39-46 del expediente legislativo, el cual trata de manera apropiada diferentes temas desde el punto de vista constitucional, incluido el relativo a hipótesis que tienen que ver con el artículo 45 Constitucional, con vista de la jurisprudencia de la Sala, que allí se cita y transcribe en lo conducente. Sin embargo, desea detenerse esta opinión sobre un aspecto de ese Informe, que recoge dudas acerca de la interpretación que debía dársele al artículo 8 del Tratado en relación con lo dispuesto en el Protocolo.

El artículo 8 establece que las disposiciones del Tratado también se aplicarán a las inversiones efectuadas antes de su entrada en vigor. En el Protocolo, las partes convienen en que, no obstante lo anterior, el Tratado no será aplicable en ningún caso a divergencias o controversias surgidas con anterioridad a su entrada en vigor.

¹¹⁷⁰ SANABRIA MARTÍNEZ, Diana, chargée de l'attention à l'usager de la jurisprudence de la Salle Constitutionnelle de la Cour Suprême de Costa Rica. RE: *Solicitud de resoluciones de consultas preceptivas* [en ligne]. Destinataire : Rosa Amilli GUZMÁN PÉREZ. Communication personnelle le 20 mars 2014. Le format de la sentence fut modifié par l'auteur de cette thèse.

El citado informe jurídico suscita la cuestión de la irretroactividad en perjuicio de una norma, de manera que involucra una posible violación al artículo 34 de la Constitución Política, con lo cual llega a sugerir una cláusula interpretativa que se incorporaría al texto legislativo, a modo de un artículo 2° de la Ley de aprobación del Tratado.

III. No obstante la importancia que tiene el punto analizado en ese informe, la Sala llega a una conclusión contraria a la que allí se contiene, pues como tesis general habría que aceptar como correcta una disposición convencional de las partes en el sentido de darle aplicación hacia futuro a sus acuerdos. El propósito fundamental de un tratado de esta naturaleza, es crear reglas para el futuro de las inversiones de sus nacionales en el territorio del otro país y esto es constitucionalmente válido. No obstante lo anterior, las partes estuvieron anuentes a disponer que las previsiones del tratado se aplicaran a las inversiones efectuadas antes de su entrada en vigor. Ahora bien, ¿por qué entender que se trataría de una limitación inconstitucional no aplicar lo previsto en el tratado para el caso de las divergencias o controversias no surgidas antes de su entrada en vigor? El principio de seguridad jurídica nos indica que en caso de controversia o conflicto con motivo de inversiones anteriores, las partes involucradas en tal diferendo ya tienen un marco jurídico de referencia para la procura de una solución, de modo que estando en curso el conflicto, valga decir, estando en curso una búsqueda de solución con base en un marco jurídico concreto, resultaría atentatorio a la seguridad jurídica, entrar a aplicar las disposiciones contenidas en los artículos 9 y 10 del Tratado. Eso implicaría, según el caso, dejar insubsistentes fases procesales precluidas, lo cual resultaría a todas luces una grave dislocación para los derechos que de ellas pudiera haber recibido alguna de las partes, y en cualquier caso, significaría incidir en el curso de un procedimiento judicial o extrajudicial al cual están sometidas las partes, lo que en criterio de la Sala no resultaría legítimo, desde que sería alterar el marco de una situación jurídica, precisamente prohibido por el artículo 34 Constitucional. Por eso, sin soslayar la importancia del aspecto analizado en el “Informe Jurídico” del Departamento de Servicios Técnicos de la Asamblea Legislativa, la Sala llega a una conclusión diferente. Hay que agregar, de toda suerte, que aun sin Tratado, las divergencias o conflictos que hubieren surgido a raíz de inversiones realizadas por nacionales de alguna de las partes contratantes, pueden llegar a desembocar en mecanismos como los previstos en el indicado tratado, pero ahí sí, por decisión de los propios interesados, o, en su caso, por aplicación del “Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados” (de 18 de marzo de 1965), si las partes se hubieran adherido a él.

Es con atención de lo anterior, que estima la Sala que la excepción del artículo 8 del Tratado (conforme a lo dispuesto en el Protocolo), no resulta inconstitucional.

POR TANTO:

Se evacua la consulta preceptiva de constitucionalidad formulada por la Asamblea Legislativa, en el sentido de que no contiene disposiciones inconstitucionales el Proyecto de “APROBACIÓN DEL TRATADO ENTRE EL GOBIERNO DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA Y EL GOBIERNO DE LA REPÚBLICA FEDERAL DE ALEMANIA SOBRE FOMENTO Y RECÍPROCA PROTECCIÓN DE INVERSIONES”, Expediente N°12.394.

Luis Paulino Mora M.
Presidente

R. E. Piza E.

Luis Fernando Solano C.

Eduardo Sancho G.

Carlos Ml. Arguedas R.

Ana Virginia Calzada M.

Adrián Vargas B.
LFSC/vjt/97

ANNEXE VIII. Résolution concernant le contrôle constitutionnel de l'Accord pour l'encouragement et la protection des investissements signé entre le Costa Rica et la France¹¹⁷¹.

Legislativa (Consulta)

Fecha: 20/08/1997 CONSULTA LEGISLATIVA No. 4734-C-97.

DIRECTORIO LEGISLATIVO.

APROBACIÓN CONVENIO GOBIERNO DE COSTA RICA Y REPUBLICA FRANCESA.

Exp. 4734-C-97 No. 4726-97 SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las quince horas dieciocho minutos del veinte de agosto de mil novecientos noventa y siete.

Vista la presente Consulta Legislativa de Constitucionalidad solicitada por el Directorio de la Asamblea Legislativa, de conformidad con el artículo 96 inciso a) de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, sobre la Aprobación del Convenio entre el Gobierno de Costa Rica y el Gobierno de la República Francesa, sobre Fomento y Protección Recíproca de Inversiones, firmado en París, el 8 de marzo de 1984.

RESULTANDO

I.-

Esta Sala procede a evacuar la Consulta Preceptiva de Constitucionalidad que solicita el Directorio de la Asamblea Legislativa, sobre la Aprobación del Convenio entre el Gobierno de Costa Rica y el Gobierno de la República Francesa, sobre Fomento y Protección Recíproca de Inversiones, firmado en París, el 8 de marzo de 1984, aprobada por la Asamblea Legislativa en la sesión número 44 del 17 de julio de mil novecientos noventa y siete, Expediente Número 9.940 y para cuya finalidad se aportan las siguientes consideraciones.

Redacta la Magistrada Calzada Miranda; y, **CONSIDERANDO:**

CUESTIONES DE FORMA:

I.-

Corresponde a la Sala analizar en primer lugar si se han respetado las disposiciones constitucionales para la aprobación de un tratado de esta naturaleza, según se establece en el artículo 121, inciso 4 de la Constitución Política. Sobre el particular, esta Sala, no encuentra que se haya producido durante el trámite de aprobación del convenio transgresión alguna de normas y principios constitucionales o de trámites sustanciales.

CUESTIONES DE FONDO:

II.-

El presente convenio tiene como finalidad desarrollar la cooperación económica entre ambos países, mediante el fomento, la protección y la creación de una serie de condiciones altamente favorables para atraer inversiones de cada parte contratante en el territorio de la otra, convencidos de que el fomento y la protección de las inversiones pretendidas, estimularán las transferencias de capitales y de tecnología entre ambos países y su desarrollo económico.

III.-

No encuentra esta Sala, en las normas de fondo del Convenio transgresión alguna a los preceptos constitucionales ni a los principios que los informan. Sin embargo dado que del estudio del expediente legislativo se desprende que durante el curso del procedimiento, la Comisión Permanente de Asuntos Económicos examinó la opinión del Departamento de Servicios Técnicos de la Asamblea Legislativa en la que se mencionó que el artículo 5 del Convenio podría presentar vicios de inconstitucionalidad, pues podría considerarse que roza con lo dispuesto en el artículo 45 de la Constitución Política (ver informe del Departamento y su

¹¹⁷¹ SANABRIA MARTÍNEZ, Diana, chargée de l'attention à l'utilisateur de la jurisprudence de la Salle Constitutionnelle de la Cour Suprême de Costa Rica. *RE: Solicitud de resoluciones de consultas preceptivas* [en ligne]. Destinataire : Rosa Amilli GUZMÁN PÉREZ. Communication personnelle le 24 mars 2014. Le format de la sentence fut modifié par l'auteur de cette thèse.

posterior ampliación a folios 169-183 y 219-209 respectivamente, en el expediente legislativo), razón por la cual este Tribunal estima oportuno referirse a ese reparo de constitucionalidad en concreto. En dichos informes se afirmó "Los problemas se manifiestan cuando Servicios Técnicos interpreta restrictivamente el artículo 5 por cuanto a la luz del texto nace una imposibilidad para la Asamblea Legislativa de imponer limitaciones a la propiedad, por cuanto tales posibilidades quedan referidas únicamente a las razones de utilidad pública y no al interés social, fundamento de las limitaciones que puede imponer la Asamblea Legislativa por una votación calificada. En este contexto se crearía un régimen de excepción a favor de los propietarios amparados al Convenio, sin tener base o criterio de discriminación objetivo." A criterio de esta Sala, esos reparos de inconstitucionalidad, conforme se verá, son inexistentes, toda vez que el Convenio en cuestión no confiere ningún fuero especial a sujeto alguno. En este sentido el artículo 45 de la Constitución Política prescribe: "Artículo 45.-

La propiedad privada es inviolable; a nadie puede privarse de la suya si no es por interés público legalmente comprobado, previa indemnización conforme a la ley. En caso de guerra o conmoción interior, no es indispensable que la indemnización sea previa. Sin embargo, el pago correspondiente se hará a más tardar dos años después de concluido el estado de emergencia.

Por motivos de necesidad pública podrá la Asamblea Legislativa mediante el voto de los dos tercios de la totalidad de sus miembros, imponer a la propiedad limitaciones de interés social" Por su parte el artículo 5, inciso 2 del Convenio señala: "Artículo 5, inciso 2.-

Las partes contratantes no tomarán medidas de expropiación o de naturalización o de cualquier otra medida cuyo efecto sea desposeer, directa o indirectamente a los nacionales y a las sociedades de la otra Parte, de las inversiones que le pertenezcan en su territorio y en sus zonas marítimas, a no ser que sea por razones de utilidad pública y siempre y cuando dichas medidas no sean discriminatorias ni contrarias a un compromiso específico." IV.-

Del análisis del artículo 45 de la Constitución Política antes transcrito, se desprende la regulación de dos supuestos en relación con el régimen de la propiedad. Uno referente a que la apropiación de la propiedad por parte del Estado debe ser mediante interés público debidamente comprobado, y previa indemnización conforme a la ley. Ello se refiere sin duda alguna a la expropiación, situación que es la comprendida en el artículo 5, inciso 2 del Convenio a aprobar, al contemplar únicamente por razones de utilidad pública, o interés público, la posible desposesión de las inversiones de los nacionales y de las sociedades de la otra Parte firmante del Convenio. El otro supuesto, tiene relación, con la facultad otorgada constitucionalmente a la Asamblea Legislativa, para que mediante votación de los dos tercios de la totalidad de sus miembros y por motivos de necesidad pública, imponga a la propiedad limitaciones de interés social. Considera la Sala que ésta última circunstancia, no tiene relación con lo preceptuado en el artículo 5, inciso 2 del Convenio que se consulta, y por lo tanto, la facultad de la Asamblea Legislativa de Costa Rica en cuanto a imponer limitaciones a la propiedad por motivos de interés social, no se ve afectada por ese instrumento en cuestión.

V.-

En este orden de ideas, la Sala estima, que las normas de fondo contenidas en el Convenio a aprobar, no son contrarias a la Constitución.

POR TANTO:

Se evacua la Consulta Preceptiva de Constitucionalidad en el sentido de que la aprobación del Convenio entre el Gobierno de Costa Rica y el Gobierno de la República Francesa, sobre Fomento y Protección Recíproca de Inversiones, firmado en París, el ocho de marzo de mil novecientos ochenta y cuatro, no contiene disposiciones inconstitucionales.

Luis Paulino Mora M.

Presidente.

R. E. Piza E. Luis Fernando Solano C.

Eduardo Sancho G. Carlos Ml. Arguedas R.

Ana Virginia Calzada M. Adrián Vargas B.

ccg/AVC.

Es copia fiel del original - Tomado del Sistema Costarricense de Información Jurídica el: 24/3/2014 08:00:05 a.m.

ANNEXE IX. Résolution concernant le contrôle constitutionnel de l'Accord pour l'encouragement et la protection des investissements signé entre le Costa Rica et le Chili¹¹⁷².

00000319-0000-0000-C000-00

Exp. 8669-S-97

Voto No. 0019-98

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las dieciséis horas veinticuatro minutos del día seis de enero de mil novecientos noventa y ocho.

Consulta preceptiva de constitucionalidad formulada por la Asamblea Legislativa, a través de su Presidente, Ing. Saúl Weisleder Weisleder, sobre el Proyecto de Ley de "APROBACION DEL ACUERDO ENTRE LA REPUBLICA DE CHILE Y LA REPUBLICA DE COSTA RICA PARA LA PROMOCION Y PROTECCION RECIPROCA DE LAS INVERSIONES Y SU PROTOCOLO, SUSCRITO EL 11 DE JULIO DE 1966", Expediente Legislativo No. 12.874.

Redacta el Magistrado SOLANO CARRERA; y

CONSIDERANDO:

I. CUESTIONES DE PROCEDIMIENTO.

En la tramitación del Proyecto, la Sala encuentra que se ha cumplido con las disposiciones constitucionales y reglamentarias aplicables, incluida la advertencia formulada en el dictamen de la Unidad Técnica Internacional del Departamento de Servicios Técnicos de la Asamblea Legislativa (folio 50 del expediente legislativo) en el sentido de que la aprobación no puede ser delegada a una Comisión Legislativa Plena y en efecto fue el Plenario quien aprobó el proyecto en primer debate, en la sesión 103 del día 8 de diciembre de 1997. Asimismo, deberá tomarse en cuenta que el proyecto requiere ser aprobado por la mayoría absoluta de los votos de la Asamblea Legislativa, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 121 inciso 4) de la Constitución política, independientemente del nombre que se otorga al instrumento en cuestión, dada la naturaleza de sus disposiciones.

Resulta irrelevante, pues, que en esta ocasión los gobiernos de las Repúblicas de Chile y Costa Rica optaron por llamarlo "ACUERDO", cuando instrumentos idénticos fueron llamados "CONVENIO" (Costa Rica-República Francesa) o "TRATADO" (Costa Rica-Alemania). De tal forma, este acuerdo no tiene la connotación que el Derecho Internacional o el Derecho de los Tratados otorga a ese tipo de instrumentos, como ejecución de un tratado previo. Esa misma suerte sigue el Protocolo al Acuerdo, por haberlo dispuesto así las partes, de manera que no se está en presencia de la exoneración de aprobación legislativa que la Constitución autoriza en la norma supra citada.

II. SOBRE EL FONDO :

No hay mayores observaciones sobre el fondo. El instrumento bajo estudio resulta típico de las tendencias económicas de estos tiempos, en el esfuerzo que realizan los países por captar inversiones, incorporarse activamente en el comercio mundial, así como ofrecer un marco de protección y seguridad a las inversiones.

Esta misma Sala se ha pronunciado recientemente en Opiniones Consultivas números 4708-97, 4710-97 y 4726-97. En todas esas sentencias se analizaron aspectos como los relativos a "trato nacional" o "trato de nación más favorecida", como perfectamente legítimos, puesto que se

¹¹⁷² SANABRIA MARTÍNEZ, Diana, chargée de l'attention à l'utilisateur de la jurisprudence de la Salle Constitutionnelle de la Cour Suprême de Costa Rica. *RE: Solicitud de resoluciones de consultas preceptivas* [en ligne]. Destinataire : Rosa Amilli GUZMÁN PÉREZ. Communication personnelle le 20 mars 2014. Le format de la sentence fut modifié par l'auteur de cette thèse.

inscriben en el marco de hacer atractivas, dando un trato equitativo a las inversiones de los nacionales de la contraparte. Lo mismo ocurre con la protección otorgada a las inversiones respecto de la expropiación y su relación con el párrafo primero del artículo 45 de la Constitución política, o en lo que tiene que ver con la solución de controversias entre una parte contratante y un inversionista de la otra, o entre las mismas partes contratantes. De tal manera que, basada en los precedentes dichos, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, la Sala estima que el proyecto en estudio no contiene disposiciones que resulten inconstitucionales.

POR TANTO:

Se evacua la consulta en el sentido de que no resulta inconstitucional el Proyecto de Ley de APROBACION DEL ACUERDO ENTRE LA REPUBLICA DE CHILE Y LA REPUBLICA DE COSTA RICA PARA LA PROMOCION Y PROTECCION RECIPROCA DE LAS INVERSIONES Y SU PROTOCOLO, SUSCRITO EL 11 DE JULIO DE 1996, Expediente No. 12.874.

Luis Paulino Mora M.

Presidente.

R. E. Piza E. Luis Fernando Solano C.

Eduardo Sancho G. Carlos Ml. Arguedas R.

Ana Virginia Calzada M. Adrián Vargas B

LFSC/vejt/8669-S-97f

ANNEXE X. Résolution concernant le contrôle constitutionnel de l'Accord pour l'encouragement et la protection des investissements signé entre le Costa Rica et le Royaume-Uni¹¹⁷³.

4733-A-97

No-4710-97

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las dieciseis horas dieciocho minutos del diecinueve de agosto de mil novecientos noventa y siete.

Consulta legislativa de constitucionalidad formulada por el Directorio de la Asamblea Legislativa sobre el proyecto de ley de aprobación del Convenio entre la República de Costa Rica y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, suscrito el 7 de setiembre de 1982 (expediente legislativo No. 9688).

RESULTANDO

1. Mediante oficio suscrito por el Presidente de la Asamblea Legislativa, de fecha 22 de julio de 1997, recibido el día 23 siguiente, se consulta a esta Sala el proyecto de ley de aprobación del Convenio entre la República de Costa Rica y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, de 7 de setiembre de 1982, de acuerdo con lo que dispone el inciso a) del artículo 96 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional.

2. Esta resolución se dicta dentro del plazo establecido en el artículo 101 de la Ley que regula esta jurisdicción.

Redacta el Magistrado Arguedas Ramírez; y

CONSIDERANDO

I. El proyecto de ley sometido ahora en consulta a la Sala Constitucional es para la aprobación del Convenio entre el Gobierno de Costa Rica y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte cuyo objeto es la promoción y la protección de las inversiones de nacionales o sociedades de una parte en el territorio de la otra. En cuanto toca al procedimiento legislativo, el trámite del proyecto no acusa -a juicio de la Sala- ninguna dificultad que debiera señalarse. Tampoco ofrece dificultad el contenido del Convenio, con la salvedad que se hace en los considerandos siguientes.

II. Durante el curso del procedimiento, la Comisión Permanente de Asuntos Económicos examinó la opinión del Departamento de Servicios Técnicos de la Asamblea Legislativa en la que se mencionó que el artículo V del Convenio “podría presentar vicios de inconstitucionalidad, pues podría considerarse que roza con lo dispuesto en el artículo 45 de la Constitución Política...” (véase el informe del Departamento, a folios 22 y 23 del expediente legislativo; todas las citas que aquí se hacen corresponden a dicho expediente). El artículo V del Convenio regula el régimen

¹¹⁷³ SANABRIA MARTÍNEZ, Diana, chargée de l'attention à l'usager de la jurisprudence de la Salle Constitutionnelle de la Cour Suprême de Costa Rica. *RE: Solicitud de resoluciones de consultas preceptivas* [en ligne]. Destinataire : Rosa Amilli GUZMÁN PÉREZ. Communication personnelle le 20 mars 2014. Le format de la sentence fut modifié par l'auteur de cette thèse.

expropiatorio, y dispone, en esencia, que las inversiones de capital de nacionales o sociedades de una Parte contratante no podrán “en el territorio de la otra Parte contratante, ser nacionalizadas, expropiadas o sometidas a medidas que en sus efectos equivalgan a nacionalización o expropiación... salvo por razones de uso relacionado con las necesidades internas de dicha Parte contratante y a cambio de compensación puntual, adecuada y efectiva...” En criterio del Departamento de Servicios Técnicos, en “lo que a indemnización se refiere, la norma constitucional provee la posibilidad de que en caso de guerra o conmoción interior, no sea indispensable que ella sea previa, mientras que el Convenio en estudio establece que la indemnización debe ser siempre puntual, adecuada y efectiva. Asimismo, la Constitución contempla la expropiación por interés público y el Convenio la limita al uso público, que podría considerarse un concepto más restringido que el primero...” (ídem). Estas observaciones movieron a la preocupación al propio Ministerio de Relaciones Exteriores (véase específicamente la intervención del señor José J. Conejo, funcionario de ese Ministerio, a folio 49, que alude a la posibilidad de que “haya cierto roce” entre los artículos V del Convenio y 45 de la Constitución). En fin, la valoración que de esas observaciones hizo la Comisión Permanente de Asuntos Económicos dió como resultado que se hablase de negociar una enmienda con el Gobierno Británico (así, a folio 50). No obstante la insistencia con que el asunto de la enmienda se ha planteado, no consta que se hubiese llegado a nada concreto, y más parece que la Asamblea ha desistido de proseguir en esta dirección, de modo que el Convenio subsiste en los términos inicialmente pactados. Persisten, en consecuencia, las cuestiones de constitucionalidad que en su momento formuló el Departamento de Servicios Técnicos.

III. Por sí solo, no contribuye demasiado a resolver las citadas cuestiones de constitucionalidad el hecho de que el artículo III del Convenio disponga que ninguna de las Partes someterá en su territorio las inversiones y rentas de nacionales y sociedades de la otra Parte “a un trato menos favorable del que se concede a las inversiones de capital y rentas de sus propios nacionales y sociedades o a las inversiones de capital y rentas de nacionales y sociedades de cualquier tercer Estado”, porque se ha apuntado que -a tenor del Convenio- para las inversiones de nacionales de la Parte británica en Costa Rica la expropiación es legítima exclusivamente “por razones de uso público relacionado con las necesidades internas” del Estado costarricense, expresión esta última que podría entenderse que tiene menores alcances y es por consiguiente más restrictiva que la que emplea el artículo 45 constitucional, que refiere más bien al supuesto (posiblemente más amplio) de existencia de “interés público legalmente comprobado”. Eventualmente, el trato que se dispense a las inversiones y rentas de los súbditos británicos en Costa Rica podría ser más favorable que el que se dé en este último país a los propios costarricenses -según la lectura que se haga del artículo V del Convenio-. El problema quedaría zanjado si el Convenio se aprobase declarándose expresamente que para Costa Rica las “razones de uso público relacionado con (sus) necesidades internas” refieren al caso de privación de la propiedad “por interés público legalmente comprobado” (artículo 45 constitucional).

IV. En cuanto al tema de la compensación de que habla el artículo V del Convenio en el supuesto de expropiación (compensación que debe ser -dice el Convenio- “puntual, adecuada y efectiva”), y a la observación del Departamento de Servicios Técnicos acerca de la exoneración de “indemnización previa” en el caso de guerra o conmoción interior, la compatibilidad entre el Convenio y la Constitución se logra si el primero se aprueba con la declaración expresa de que para el caso de guerra o conmoción interior, la indemnización, a tenor de lo dispuesto en el artículo 45, no es indispensable que sea previa, pero el pago correspondiente se hará a más tardar dos años después de concluido el estado de emergencia.

V. Finalmente, si el régimen del artículo V del Convenio incluye las hipótesis de sometimiento “a medidas que en sus efectos equivalgan a nacionalización o expropiación...”, surge la cuestión de si la voluntad de las Partes contratantes es que entre tales medidas se cuenten los casos en que por motivos de necesidad pública la Asamblea Legislativa puede “imponer a la propiedad limitaciones de interés social”. Si así fuera, contrasta con la disposición del Convenio

(que obliga a la compensación aun en estos casos) el régimen constitucional (del párrafo último del artículo 45). El punto se resuelve si se aprueba el Convenio con mención expresa de que no configuran casos de expropiación (artículo V del Convenio) las limitaciones de interés social que la Asamblea Legislativa imponga a la propiedad por motivos de necesidad pública y de acuerdo con lo establecido en el párrafo último del artículo 45 de la Constitución.

POR TANTO

Se evacua la consulta en el sentido de que el proyecto de ley de aprobación del Convenio entre el Gobierno de Costa Rica y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte sobre promoción y protección de inversiones, expediente legislativo No. 9688, no es contrario a la Constitución Política, siempre y cuando la ley declare expresamente que en cuanto concierne a Costa Rica: a) La expresión “razones de uso público relacionado con (sus) necesidades internas”, contenida en el artículo V, refiere al supuesto de expropiación “por interés público legalmente comprobado, previa indemnización conforme a la ley”, regulado en el artículo 45 de la Constitución Política; b) La expresión “compensación puntual, adecuada y efectiva”, contenida en el artículo V, no implica indemnización previa en el supuesto de guerra o conmoción interior, que está regulado en el artículo 45 de la Constitución Política; y c) No se asimilan a la expropiación que menciona el artículo V del Convenio los casos de limitaciones de interés social que la Asamblea Legislativa imponga a la propiedad por motivos de necesidad pública y de acuerdo con lo que establece el párrafo final del mismo artículo 45.

Luis Paulino Mora M.

Presidente

R. E. Piza E.

Luis Fernando Solano C.

Eduardo Sancho G.

Carlos Ml. Arguedas R.

Ana Virginia Calzada M.

Adrián Vargas B.

ANNEXE XI. Résolution concernant le contrôle constitutionnel de l'Accord pour l'encouragement et la protection des investissements signé entre le Costa Rica et l'Espagne¹¹⁷⁴.

Exp: 99-000821-007-CO-E

Res: 01202-15

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las nueve horas del diecinueve de febrero de mil novecientos noventa y nueve.-

Consulta preceptiva de constitucionalidad formulada por el Directorio de la Asamblea Legislativa, sobre el proyecto de Ley "Aprobación del Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, entre el Gobierno de la República de Costa Rica y el Reino de España", suscrito en San José el ocho de julio de mil novecientos noventa y siete, que se tramita en el expediente legislativo número 13.120.-

Resultando:

- 1.- La consulta legislativa sobre el proyecto de Ley "Aprobación del Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, entre el Gobierno de la República de Costa Rica y el Reino de España", fue recibida en la Secretaría de la Sala a las ocho horas treinta y un minutos del cinco de febrero de este año, con una copia certificada del expediente legislativo número 13.120.
- 2.- En resolución de las quince horas cincuenta minutos del cinco de febrero de mil novecientos noventa y nueve, la Sala dispuso tener por presentada la consulta, en virtud de que se formula en cumplimiento de lo que establece el inciso a) del artículo 96 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional.
- 3.- La consulta legislativa se evacua dentro del término establecido en el artículo 101 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional.

Redacta el Magistrado Sancho González; y,

Considerando:

I.- Sobre el procedimiento legislativo.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 98 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, la consulta legislativa deberá hacerse después de aprobado el proyecto de ley en primer debate y antes de la aprobación definitiva. Al evacuar la consulta, la Sala dictaminará sobre la constitucionalidad de los trámites legislativos del proyecto consultado, en los términos del artículo 101 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional. En consecuencia, de previo al estudio sobre el fondo del proyecto consultado, procede el análisis del procedimiento legislativo respectivo, para lo cual conviene efectuar una síntesis cronológica de lo actuado: a) El proyecto de Ley "Aprobación del Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, entre el Gobierno de Costa Rica y el Reino de España", que se tramita en el expediente legislativo número 13.120, fue presentado por el Poder Ejecutivo y puesto a conocimiento de la Asamblea Legislativa el once de mayo de mil novecientos noventa y ocho (folios 1 y 28 del expediente legislativo). b) El proyecto consultado fue publicado en La Gaceta número 112 del once de junio del año pasado (folio 1 del expediente legislativo). c) El quince de junio de mil novecientos noventa y ocho, la Comisión Permanente de Asuntos Económicos recibió el proyecto de ley, para su estudio y posterior dictamen (folio 29 del expediente legislativo). d) Mediante decreto ejecutivo número 27237-MP del diecisiete de agosto pasado, el Poder Ejecutivo amplía la convocatoria a Sesiones Extraordinarias realizada por el decreto ejecutivo 27186-MP del veintinueve de julio anterior (folio 87 del expediente

¹¹⁷⁴ SANABRIA MARTÍNEZ, Diana, chargée de l'attention à l'utilisateur de la jurisprudence de la Salle Constitutionnelle de la Cour Suprême de Costa Rica. RE: *Solicitud de resoluciones de consultas preceptivas* [en ligne]. Destinataire : Rosa Amilli GUZMÁN PÉREZ. Communication personnelle le 20 mars 2014. Le format de la sentence fut modifié par l'auteur de cette thèse.

legislativo). e) En sesión número 65 del veinte de octubre de mil novecientos noventa y ocho, la Comisión Permanente de Asuntos Económicos aprobó por dictamen afirmativo de mayoría el proyecto de ley consultado (folios 173 y 191 a 205 idem). f) El tres de noviembre último, la Secretaría del Directorio de la Asamblea Legislativa recibió el dictamen afirmativo de mayoría correspondiente al proyecto de ley "Aprobación de Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre el Gobierno de la República de Costa Rica y el Reino de España" (folio 209 del expediente legislativo). g) Por decreto ejecutivo número 27591-MP, el Poder Ejecutivo convoca a sesiones extraordinarias el proyecto de ley consultado (folio 210, 212 y 213 del expediente legislativo). h) En la sesión número 143 del dos de febrero de mil novecientos noventa y nueve, se discutió y aprobó el proyecto de ley consultado, con treinta y dos votos a favor (folio 214 y 221 idem). i) En sesión número 38 celebrada el tres de febrero de este año, la Comisión Permanente Especial de Redacción acordó aprobar la redacción final del proyecto de ley consultado (folios 231 a 235 del expediente legislativo).

II.- Sobre el fondo. El Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre el Gobierno de la República de Costa Rica y el Reino de España, tiene como propósito *"promover la atracción de flujos de inversión extranjera directa al país como instrumento indispensable para promover el desarrollo nacional... alcanzar mayores niveles de desarrollo y una mayor inserción en la economía internacional, tener acceso a la innovación tecnológica y fomentar la innovación, buscar una diversificación de las exportaciones y procurar mayores niveles de empleo... otorgar a la inversión extranjera una serie de garantías sustantivas y procesales, que contribuyan a conformar un clima de inversión estable, seguro y transparente... establecer un marco jurídico de seguridad tendiente a fortalecer las relaciones entre ambos países, de manera que se continúe creando y promoviendo el clima idóneo para la atracción de nuevas inversiones y la permanencia de las ya establecidas... aprovechar al máximo las oportunidades que brinda el comercio internacional, para ampliar los mercados existentes y lograr una mayor inserción global... propiciar la consolidación de las condiciones idóneas para la inversión extranjera directa"*, como lo expresa la exposición de motivos del proyecto de Ley que nos ocupa (folios 2 a 4 del expediente legislativo). A efecto de cumplir con los fines propuestos, el tratado bilateral de inversión entre el Gobierno de la República de Costa Rica y el Reino de España compromete a cada parte contratante a promover y crear condiciones favorables para la realización de inversiones en su territorio; a informar sobre las oportunidades de inversión en su territorio; y a conceder los permisos necesarios para la ejecución de las inversiones admitidas; todo de conformidad con las disposiciones legales vigentes en el territorio de cada parte contratante. Consecuentemente, el texto normativo establece lineamientos sobre el trato nacional y de nación más favorecida, nacionalización y expropiación, compensación por pérdidas, principio de subrogación y solución de controversias, que en conjunto constituyen un marco jurídico apropiado para crear condiciones favorables para las inversiones efectuadas por cada una de las partes contratantes en el territorio de la otra.

III.- Conclusión. En mérito de lo expuesto, estima la Sala que el procedimiento legislativo relativo al proyecto de Ley "Aprobación del Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre el Gobierno de la República de Costa Rica y el Reino de España" hasta el momento se ajusta a los requerimientos establecidos en la Constitución Política y el Reglamento de la Asamblea Legislativa sobre la formación de leyes. En cuanto al fondo de las normas contenidas en el proyecto examinado, tampoco se observa quebranto constitucional alguno, por lo que procede evacuar la consulta en este sentido. Esto último, sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo final del artículo 101 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional.

Por tanto:

Se evacua la consulta formulada en el sentido de que la Sala no advierte roces de constitucionalidad en el proyecto de ley consultado.

Luis Paulino Mora M.
Presidente

R. E. Piza E.

Luis Fernando Solano C.

Eduardo Sancho G.

Carlos M. Arguedas R.

Susana Castro A.
133mm/99.

Gilbert Armijo S.

ANNEXE XII. Résolution concernant le contrôle constitutionnel de l'Accord pour l'encouragement et la protection des investissements signé entre le Costa Rica et le Venezuela¹¹⁷⁵.

Exp: 00-008933-0007-CO

Res: 10093-2000

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las catorce horas con cuarenta y siete minutos del dieciséis de noviembre del dos mil.

Consulta legislativa preceptiva de constitucionalidad relativa al proyecto de ley de aprobación del Acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones entre la República de Costa Rica y la República de Venezuela, suscrito en Caracas, Venezuela, el 17 de marzo de 1997 (expediente legislativo número 13.004.

RESULTANDO.

1. En memorial presentado el 24 de octubre del 2000, la Presidenta de la Asamblea Legislativa, Diputada Rina Ma. Contreras López, consulta la constitucionalidad del proyecto de ley de aprobación del Acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones entre la República de Costa Rica y la República de Venezuela, suscrito en Caracas, Venezuela, el 17 de marzo de 1997, que se tramita en el expediente legislativo No. 13.004.
 2. Por resolución de las once horas cuarenta y cinco minutos del veintiséis de octubre del dos mil se dio curso a este asunto, y se pasó a estudio inicial del Magistrado Carlos Arguedas Ramírez.
 3. En los procedimientos se han observado las prescripciones de ley.
- Redacta el Magistrado **Arguedas Ramírez**; y

CONSIDERANDO

UNICO. Hecho el estudio del proyecto de ley de aprobación del “Acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones entre la República de Costa Rica y la República de Venezuela”, que se tramita en el expediente legislativo número 13.004, la Sala no observa que contenga disposiciones contrarias a la Constitución Política, ni infracción de trámites de procedimiento.

¹¹⁷⁵ SANABRIA MARTÍNEZ, Diana, chargée de l'attention à l'usager de la jurisprudence de la Salle Constitutionnelle de la Cour Suprême de Costa Rica. *RE: Solicitud de resoluciones de consultas preceptivas* [en ligne]. Destinataire : Rosa Amilli GUZMÁN PÉREZ. Communication personnelle le 20 mars 2014. Le format de la sentence fut modifié par l'auteur de cette thèse.

POR TANTO

Se evacua la consulta preceptiva de constitucionalidad de la Asamblea Legislativa, referente al proyecto de ley de aprobación del “Acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones entre la República de Costa Rica y la República de Venezuela”, que se tramita en el expediente legislativo número 13.004, en el sentido de que no se observan disposiciones contrarias a la Constitución Política ni vicios en el procedimiento legislativo.

Luis Fernando Solano C.

Presidente, a.i.

Eduardo Sancho G.

Carlos M. Arguedas R.

Adrián Vargas B.

Jose Luis Molina Q.

Susana Castro A.

Alejandro Batalla B.

Car/olv

Domingo, 6 de abril de 2008 de Los lectores del diario cruceño "El Deber" abrieron el periódico y encontraron el folleto "**Diez Cosas que nunca le dijeron del Banco Mundial en Bolivia**".

Domingo, 13 de abril de 2008 de Una semana después, los lectores del diario cochabambino "Los Tiempos" hicieron lo mismo.

Domingo, 20 de abril de 2008 de Y por último, lectores del diario paceño "La Razón" recibieron el pasado domingo en sus casas el "10 Cosas".

Así hemos abarcado *más de 100 mil hogares* del eje central de la república (al menos el 1,3% de los habitantes del país).

Con esta publicación esperamos llegar a usted, a nuestro vecino, conciudadano, que desea informarse sobre nosotros. ¡Muchas gracias por su atención!

Nuestro agradecimiento al autor de los dibujos, Jorge Dávalos, y a nuestros diseñadores Martín Sánchez y Rubén Salinas.

Derribando mitos

Diez cosas que nunca le dijeron sobre el Banco Mundial en Bolivia



Para empezar, ¿qué es el Banco Mundial?

El Banco Mundial es una institución cooperativa que reúne a 186 países, entre ellos, Bolivia. Su razón de ser es lograr un mundo sin pobreza. Para conseguirlo, brinda dinero y conocimientos a los gobiernos que los necesitan. No es un banco comercial. Es un banco de desarrollo: persigue metas sociales; es decir, no busca ganar dinero, lo invierte en el bienestar de los pueblos.

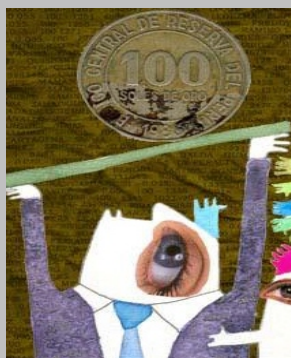
¹¹⁷⁶ Ce document fut extrait du site internet de la Banque Mondiale le 31 mai 2012 ; il n'est plus disponible.



1. Estados Unidos no es el dueño del Banco Mundial

Los dueños del Banco Mundial son todos sus países miembros. Sin embargo, Estados Unidos es el principal socio, tiene el 16,4% de las acciones. A pesar de ello, sólo nombra a uno de los 24 directores ejecutivos. Japón, Alemania, el Reino Unido y Francia tienen idéntica cantidad de poder. Los demás 181 países designan a los otros 19 miembros del directorio.

Por un acuerdo tácito con Europa, el presidente del Banco Mundial es una persona propuesta por Estados Unidos. En 2007, se ha cuestionado esta prerrogativa y muchas veces plantean hoy un cambio en las estructuras de gobernabilidad. El debate sobre dicha transformación está abierto.



2. El Banco Mundial no hace lo mismo que el Fondo Monetario Internacional

Aunque nacieron juntos (1945), el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional (FMI) tienen actividades muy distintas. El FMI se ocupa de garantizar la estabilidad del sistema monetario internacional, es decir, supervisa las monedas del mundo. Por su parte, el Banco Mundial ofrece ayuda a los países en desarrollo y forma parte de la familia de Naciones Unidas. Mediante un acuerdo tácito con Estados Unidos, los gobiernos de Europa nombran al presidente del FMI.



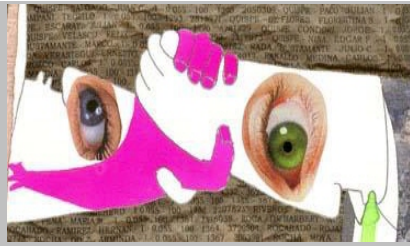
3. El Banco Mundial decidió no cobrar la deuda que tenía con Bolivia

El Banco Mundial aceptó NO cobrar la deuda que Bolivia tenía con él. Fue uno de los primeros en condonársela al país, lo cual sirvió para que otros acreedores siguiera el ejemplo. La deuda condonada por el Banco Mundial al país suma 1.500 millones de dólares y representaba un tercio del total de la deuda externa del país. Gracias a ello, a partir de julio 2006, Bolivia dejó de pagar 39 millones de dólares al año, dinero que ahora podrá invertir sin condiciones en su desarrollo.



4. El Banco Mundial es una de las fuentes de financiamiento más baratas del planeta

Muy pocas instituciones financieras prestan dinero a los gobiernos en condiciones tan favorables como el Banco Mundial. Sus préstamos son concesionales para 80 países prestatarios entre los que se encuentra Bolivia. Eso significa que deben pagarse en 35 años de plazo, con 10 años de gracia, un interés de 0.75% a partir del onceavo año y una comisión de 0.2% de la cantidad total.



5. El Banco Mundial apoya firmemente al gobierno de Bolivia

Desde 2007, el Banco Mundial respalda al actual gobierno boliviano con 140 millones de dólares de créditos concesionales bajo una estrategia diseñada por ambos. El Banco Mundial se ha alineado al Plan Nacional de Desarrollo del gobierno del Presidente Evo Morales y está invirtiendo todos sus esfuerzos para mejorar la calidad de vida de los bolivianos, trascendiendo eventuales fronteras ideológicas.



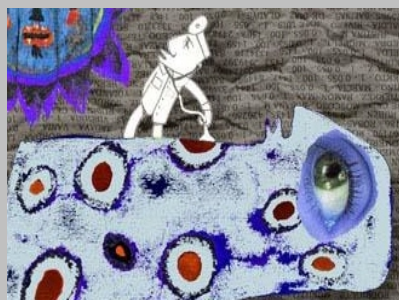
6. El conflicto de Aguas del Tunari se resolvió mediante un arbitraje facilitado por el Banco Mundial

En 2002, tras ser expulsada de Cochabamba, la empresa Aguas del Tunari presentó una queja ante el CIADI. La controversia fue resuelta a favor del Estado boliviano, que compró las acciones de la empresa por el precio de 2 dólares. Este desenlace mostró que las instancias de arbitraje evitan los juicios contra los Estados y sirven para resolver controversias. El CIADI es independiente del Banco Mundial. Sus fallos son emitidos por árbitros neutrales designados por las partes litigantes. En 2007, el gobierno de Bolivia decidió salir del CIADI. Ello no significará, sin embargo, ninguna ruptura entre el país y el Banco Mundial.



7. El Banco Mundial ha ayudado a que todos los niños bolivianos cursen la primaria

Gracias al aporte del Banco Mundial y otras entidades de cooperación, Bolivia está a punto de matricular al 100% de sus niños en la primaria. Miles de niños se beneficiaron con mejores libros, maestros mejor formados y materiales didácticos de alta calidad. Estas reformas en la educación permitieron el uso de los idiomas nativos en las aulas y la alfabetización en lengua materna. Hoy el Banco Mundial se encuentra respaldando un proyecto para mejorar la educación secundaria.



8. El Banco Mundial ayudó a que la salud llegue a domicilio

Gracias al proyecto Extensa, financiado por el Banco Mundial, cientos de habitantes de las zonas más alejadas del mundo rural recibieron la visita de un equipo médico. Cada equipo se moviliza por aire, ríos y tierra durante 25 días de cada mes.

De ese modo, es el personal sanitario el que se moviliza en busca de los pacientes, llegando a quienes antes nunca llegaba. Actualmente el Banco Mundial está ayudando a Bolivia en su lucha contra la desnutrición, lo cual implica, por ejemplo, mejorar la calidad nutricional del aceite y la harina que consumimos los bolivianos.

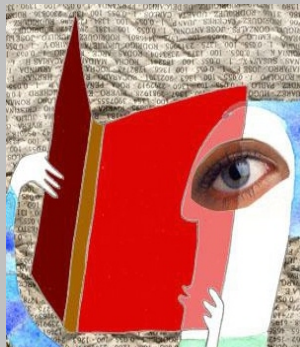


9. El Banco Mundial apoya a los municipios más pobres de Bolivia

Mediante el Proyecto de Inversiones Rurales Participativas, apoyado por el Banco Mundial, las comunidades locales han ayudado a ejecutar miles de obras decididas por ellas. El respaldo ha beneficiado a más de 226 municipios rurales, entre los que se encuentran varios de los más pobres del país. Los resultados concretos son:

1.800	kilómetros	de	caminos		
3.000	metros	lineales	de	puentes.	
2.500	metros	lineales	de	puentes	vecinales
4.000	hectáreas	bajo	riego		

y un millón de beneficiarios.



10. El Banco Mundial publica y debate todo lo que hace

El Banco Mundial tiene una política de transparencia y acceso a la información.

En el último año, ha abierto varios centros de información accesibles a todo el público.

Desde 2005 ha publicado 12 libros sobre la realidad boliviana. Además tiene una página web en la que están sus principales documentos: www.bancomundial.org.bo

ANNEXE XIV. Résolution concernant le contrôle constitutionnel de la Convention de Washington selon la Constitution équatorienne de 1998.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SECRETARIA GENERAL

RESOLUCIÓN Nro. 171-2000-TP

EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En el caso signado con el Nro. 008-2000-CI,

ANTECEDENTES:

El caso contiene el "Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados", el cual ha sido remitido por el señor Presidente Constitucional de la República y solicitado asimismo por el señor Presidente de la Comisión de Asuntos Internacionales del Congreso Nacional;

*Previo al análisis del Convenio remitido es necesario tomar en consideración, que según consta del informe de la Comisión de Asuntos Internacionales del Congreso Nacional, ésta estima que se trata de un Convenio que atribuye a un organismo supranacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución o la ley y que además, contiene el compromiso de expedir, modificar o derogar una ley *

Efectivamente nuestro texto constitucional en el artículo 161, se refiere a que el Congreso Nacional aprobará o improbará los tratados y convenios internacionales que se refieran a: 1. materia territorial o de límites; 2. que establezcan alianzas políticas o militares; 3. que comprometan al país en acuerdos de integración; 4. que atribuyan a un organismo internacional o supranacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución o la ley; 5. que se refieran a los derechos y deberes fundamentales de las personas y a los derechos colectivos; y, que, 6. contengan el compromiso de expedir, modificar o derogar alguna ley.

Es decir, según el actual texto constitucional el Congreso Nacional puede aprobar o improbar un tratado o convenio y según el numeral 13 del artículo 171 de la Constitución Política al Presidente de la República le corresponde celebrar y ratificar los tratados aprobados por el Congreso Nacional.

Estas precisiones, acerca de cuáles son las normas constitucionales en actual vigencia sobre el trámite establecido, son necesarias en razón de que en el expediente remitido consta el Memorando No. 185 SP/DGOM-DT, enviado por la Subsecretaría Política de la Dirección General de Política y Organismos Internacionales a la Asesoría Técnico Jurídica de 30 de Septiembre de 1987, en el que

se hace referencia a que "al Ecuador le corresponde "ratificar" un instrumento, así lo manda su legislación. Esta es la figura jurídica, y no otra; no le corresponde "aceptar", o "aprobar", porque su legislación no lo ha previsto como mecanismo legal interno indispensable y previo al depósito del instrumento con el cual se completa el trámite por el cual Ecuador se obliga y adquiere derechos...";

CONSIDERANDO:

Que, de acuerdo con el numeral 5 del artículo 276 de la Constitución Política, el Tribunal es competente para dictaminar acerca de la conformidad de los Tratados o Convenios Internacionales, con el texto constitucional;

Que, en cuanto al trámite no existe normas específicas para éste, puesto que la Ley del Control Constitucional, fue expedida con anterioridad al actual texto constitucional, no obstante lo cual no se han omitido solemnidades sustanciales que puedan invalidar de algún modo lo actuado, por lo que se declara la validez de todo lo actuado;

Que para el análisis del caso es necesario tener presente los artículos 244 y 271 de la Constitución Política, que tienen que ver con la naturaleza del Convenio analizado, así: a) Art.244: "Dentro del sistema de economía social de mercado al Estado le corresponderá: 1. Garantizar el desarrollo de las actividades económicas, mediante un orden jurídico e instituciones que las promuevan, fomenten y generen confianza. Las actividades empresariales pública y privada recibirán el mismo tratamiento legal. Se garantizarán la inversión nacional y extranjera en iguales condiciones;..." y, b) En el Capítulo VII "De la inversión" dice el Art. 271: "El Estado garantizará los capitales nacionales y extranjeros que se inviertan en la PRODUCCIÓN, destinada especialmente al consumo interno y a la exportación. LA LEY podrá conceder tratamientos especiales a la inversión pública y privada en las zonas menos desarrolladas o en actividades de interés nacional. EL ESTADO, en contratos celebrados con inversionistas, podrá establecer garantías y seguridades especiales, a fin de que los convenios no sean modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase que afecten sus cláusulas."

Que, por otra parte el artículo 191 de la Carta Política del Estado establece que: "Se reconocerán el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la resolución de conflictos, CON SUJECCIÓN A LA LEY.";

Que, en el país rige la Ley de Arbitraje y Mediación expedida mediante Ley

No. 000, publicada en el registro oficial No. 145, de 4 de Septiembre de 1997, ley en cuyo artículo 41 y 42 se establece que: "Art. 41.- Sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados internacionales un arbitraje podrá ser internacional cuando las partes así lo hubieren pactado, siempre y cuando se cumplan CUALQUIERA de los siguientes requisitos... a) Que las partes al momento de la celebración del convenio arbitral, tengan sus domicilios en estados diferentes; o, b) Cuando el lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones o el lugar en el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha, esté situado fuera del estado en que, por lo menos una de las partes, tiene su domicilio; o, c) Cuando el objeto del litigio se refiere a una operación de comercio internacional."Y', "Art. 42.- El arbitraje internacional quedará regulado por los tratados, convenciones, protocolos y demás actos de derecho internacional suscritos y ratificados por el Ecuador',

Que, de las normas de la Constitución y de la Ley respectiva se observa que el Convenio, que desea ratificar el Ecuador, no está en contraposición por cuanto para acudir al órgano creado por dicho Convenio es indispensable que -en este caso- el Estado ecuatoriano, a través del titular del Ejecutivo, dé su consentimiento al momento de suscribir un Contrato; y, por otro lado, se estaría cumpliendo con algunos de los tres requisitos (los literales a/ y b/) señalados en la Ley de Arbitraje respectiva en cuanto a que para ir al arbitraje u otro medio similar es necesario que se trate de un nacional de otro Estado (o sea que debe ser extranjero) frente al Estado ecuatoriano y que este nacional extranjero esté domiciliado fuera del Ecuador;

Que, asimismo, las principales normas del Convenio tampoco se encuentran en contradicción con la Constitución; así, el Convenio sometido a consideración del Tribunal en su Preámbulo expresa que: "...la mera ratificación, aceptación o aprobación de este Convenio por parte del Estado Contratante, NO SE REPUTARÁ QUE CONSTITUYE UNA OBLIGACIÓN DE SOMETER NINGUNA DIFERENCIA DETERMINADA A CONCILIACIÓN O ARBITRAJE, A NO SER QUE MEDIE EL CONSENTIMIENTO DE DICHO ESTADO/9;

Que, el Convenio en sus artículos 1 y 2 crea un Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, cuyo objeto es el de facilitar la sumisión de las diferencias que existan sobre inversiones, entre nacionales de un Estado con un Estado Contratante, a un procedimiento de conciliación y arbitraje DE ACUERDO CON LAS DISPOSICIONES DEL CONVENIO;

Que, el artículo 23 claramente establece que: "La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante Y QUE LAS PARTES HAYAN CONSENTIDO POR ESCRITO EN SOMETER AL CENTRO. EL CONSENTIMIENTO DADO NO PODRÁ SER UNILATE-RALMENTE RETIRADO. ...";

Que, como se expresó, las disposiciones transcritas del Convenio guardan conformidad con el texto constitucional en cuanto condiciona el sometimiento a la jurisdicción del Centro a la existencia de un consentimiento escrito de las partes, se entiende que una de ellas se refiere al Estado contratante;

Con estos antecedentes y en ejercicio de la atribución consignada en el numeral 5 del artículo 276, en concordancia con el inciso segundo del artículo 162 de la Constitución Política de la República,

RESUELVE:

1. Emitir dictamen favorable acerca de la conformidad del "Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados"

2. Publicar la presente resolución en el Registro Oficial.- Notifíquese".

**Dr. René De La Torre Alcívar
PRESIDENTE**

Razón: Siento por tal, que la resolución que antecede fue aprobada con cinco votos a favor correspondientes a los doctores Oswaldo Cevallos, Luis Mantilla Anda, Hernán Rivadeneira Játiva, Hernán Salgado Pesantes y Rene de la Torre Alcívar y, tres abstenciones correspondientes a los doctores Guillermo Castro Dáger, Carlos Helou Cevallos y Marco Morales Tobar, en sesión del día martes veinte y seis de septiembre del año dos mil.- Lo certifico.

Dr. Fausto Garcés Pástor SECRETARIO GENERAL

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	3
--------------------	---

PREMIÈRE PARTIE. LA NATIONALISATION DE L'ARBITRAGE CIRDI : L'ORDRE CONSTITUTIONNEL LATINO-AMÉRICAIN S'OPPOSANT À L'ARBITRAGE DU CENTRE.

TITRE I. LA CONSTITUTIONNALISATION DE L'ARBITRAGE CIRDI, L'AJUSTEMENT DE LA CONVENTION À LA NORME SUPRÊME.....	9
<i>Chapitre 1. L'Amérique latine des années 1960 : les Constitutions du protectionnisme.</i>	13
Section 1. L'Amérique latine de 1960 : protectionnisme, interventionnisme et instabilité.....	13
§1. Le cadre économique latino-américain.....	14
A. L'industrialisation par substitution aux importations.....	14
B. Les investissements étrangers.....	16
§2. Interventionnisme étatsunien et instabilité politique en Amérique latine.....	18
A. L'interventionnisme étatsunien.....	18
B. L'instabilité politique.....	21
Section 2. Le cadre juridique de l'Amérique latine de 1960 : les Constitutions des indépendances.....	23
§1. La souveraineté des nouvelles nations latino-américaines.....	23
A. Une lutte constante pour la souveraineté latino-américaine.....	23
B. La souveraineté latino-américaine et la Convention de Washington.....	27
§2. La doctrine de Carlos Calvo dans les Constitutions latino-américaines.....	35
A. Le droit de l'État de s'affranchir de toute ingérence étrangère.....	35
B. L'égalité absolue entre les nationaux et les étrangers.....	37
<i>Chapitre 2. L'Amérique latine des années 1990 : les Constitutions du libéralisme économique.</i>	41
Section 1. Le cadre économique et politique de l'Amérique latine des années 1990. Antécédents et perspectives.....	41
§1. Le cadre économique de l'Amérique latine de 1960 à 1990.....	42
A. L'industrialisation pervertie : vers une « décennie perdue ».....	42
B. La voie pour sortir de la crise : le consensus de Washington.....	44
§2. Le cadre politique : vers la démocratie et le partenariat avec les États-Unis.....	46
A. L'Amérique latine : des États en quête de démocratie.....	46
B. La relation de l'Amérique latine avec les États-Unis : vers un nouveau partenariat.....	48
Section 2. Le cadre juridique de l'Amérique latine de 1990. Les Constitutions du libéralisme.....	51
§1. Libéralisme économique et réforme constitutionnelle.....	51
A. La réforme économique dans les nouvelles Constitutions.....	51
B. La réforme économique dans le conservatisme constitutionnel.....	54
§2. Les obstacles à la Convention de Washington et à la protection des investissements étrangers.....	57
A. La souveraineté étatique et le droit international.....	57
B. L'incorporation de l'arbitrage aux systèmes de justice latino-américains.....	59
C. La doctrine de Carlos Calvo : réinterprétation ou suppression de ses principes.....	65

TITRE II. LE CONTRÔLE DE LA CONSTITUTIONNALITÉ DE LA CONVENTION DE WASHINGTON ET DES TRAITÉS POUR L'ENCOURAGEMENT ET LA PROTECTION DES INVESTISSEMENTS.....	79
<i>Chapitre 1. Le contrôle a priori de la Convention de Washington et des TBI comme condition à leur ratification.</i>	81
Section 1. Les mécanismes de contrôle constitutionnel a priori dans les Constitutions latino-américaines. .	81
§1. Le contrôle politique de la constitutionnalité des traités internationaux.	82
A. L'inexistence du contrôle judiciaire préventif.	82
B. Le contrôle judiciaire préventif facultatif.....	85
§2. Le contrôle judiciaire préventif obligatoire.	87
A. Le contrôle judiciaire obligatoire au Costa Rica.....	87
B. Le contrôle judiciaire obligatoire en Colombie.....	88
C. Le contrôle judiciaire obligatoire en Équateur.....	90
Section 2. Le contrôle préventif de la constitutionnalité de la Convention de Washington et des Traités relatifs à la protection et l'encouragement des investissements.....	91
§1. Le contrôle préventif effectué par la Salle constitutionnelle du Costa Rica.....	92
A. Le contrôle préventif de la Convention de Washington.....	92
B. Le contrôle préventif de la constitutionnalité des traités relatifs à la protection et à l'encouragement des investissements.....	96
§2. Le contrôle préventif effectué par la Cour constitutionnelle colombienne.	101
A. Le contrôle préventif de la Convention de Washington.....	101
B. Le contrôle préventif de la constitutionnalité des traités relatifs à la protection et à l'encouragement des investissements.....	106
<i>Chapitre 2. Le contrôle a posteriori de la constitutionnalité de la Convention de Washington et des TBIs.</i>	119
Section 1. Le contrôle correctif abstrait des traités internationaux.....	120
§1. Le contrôle abstrait direct des traités internationaux au moyen d'actions en inconstitutionnalité. .	120
A. Les actions en inconstitutionnalité.....	120
B. Les limites des actions abstraites en inconstitutionnalité.	122
§2. Le contrôle abstrait indirect des traités internationaux à travers la contestation des lois qui les approuvent.	124
A. Les législations du Guatemala et du Venezuela.	124
B. Le contrôle abstrait indirect en Colombie.	127
C. Le contrôle abstrait indirect de la Convention de Washington en Bolivie.....	129
Section 2. Le contrôle concret de la constitutionnalité des traités internationaux.....	133
§1. Le contrôle de la constitutionnalité des traités internationaux dans le cadre de cas concrets.....	133
A. Le contrôle concret des traités internationaux en Chili.	134
B. Le contrôle constitutionnel concret de la Convention de Washington et des TBIs en Argentine.	137
§2. Le contrôle constitutionnel des sentences arbitrales.....	144
A. La reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales CIRDI.	144
B. Le contrôle constitutionnel des sentences arbitrales CIRDI en Argentine.....	147

**SECONDE PARTIE. L'INTERNATIONALISATION DE L'AMÉRIQUE LATINE : LA
CONVENTION DE WASHINGTON EN OPPOSITION AUX NOUVEAUX
PRINCIPES LATINO-AMÉRICAINS.**

TITRE I. LA CONVENTION DE WASHINGTON FACE AUX MOUVEMENTS SOCIAUX LATINO-AMÉRICAINS : LES DROITS DES INVESTISSEURS EN OPPOSITION AUX DROITS DE LA SOCIÉTÉ CIVILE.	157
<i>Chapitre 1. Participation sociale et transparence dans le système d'arbitrage des investissements : une bataille remportée par la société civile ?</i>	161
Section 1. La participation active de la société latino-américaine dans les arbitrages CIRDI.	162
§1. La société latino-américaine face au CIRDI : ses demandes d' <i>amicus curiae</i>	163
A. L'affaire Aguas del Tunari : une bataille perdue.	163
B. L'acceptation des <i>amici curiae</i> : la réforme du système d'arbitrage CIRDI.	166
§2. Le droit de la société civile à être une partie en plus des autres parties.	168
A. La distinction entre les « amis » et les « parties ».	168
B. La réclamation de participation en tant que « tierces parties ».	171
Section 2. La transparence et le droit à l'information : des principes contraires à la confidentialité des arbitrages.	176
§1. La transparence dans le cadre de la Convention CIRDI et de son règlement d'arbitrage.	176
A. Transparence et démocratisation de l'arbitrage.	176
B. Les limitations de la transparence dans le cadre des arbitrages CIRDI.	178
§2. Les lois nationales de transparence et leur application par les tribunaux arbitraux CIRDI.	182
A. Le cadre juridique en matière de transparence en Amérique latine.	182
B. L'application des lois nationales de transparence par les tribunaux arbitraux.	188
<i>Chapitre 2. Droits de l'homme et arbitrage des investissements : convergence et équilibre</i>	193
Section 1. Les droits de l'homme et le droit des investissements, deux domaines qui convergent.	194
§1. La discordance initiale entre les droits de l'homme et les traités relatifs à la protection et à l'encouragement des investissements.	194
A. Une discordance assumée par le régime juridique de protection des investisseurs.	194
B. Une discordance inacceptable pour le régime juridique des droits de l'homme.	200
§2. L'application des droits de l'homme dans les arbitrages d'investissement.	205
A. La protection des droits de l'homme comme justification des mesures d'expropriation.	205
B. La protection des droits de l'homme et le principe du traitement juste et équitable.	210
Section 2. Protection des droits de l'homme dans le cadre des affaires en matière d'investissement : la recherche d'un équilibre.	215
§1. Le respect des droits de l'homme : une obligation qui cesse d'être exclusivement étatique.	215
A. Les investisseurs étrangers et leurs obligations en matière de droits de l'homme.	215
B. Les modèles des traités pour la promotion et la protection des investissements étrangers : vers la prise en compte des droits de l'homme.	220
§2. Le système de protection des droits de l'homme en Amérique latine.	224
A. Les différends en matière d'investissement : <i>regulatory chill</i>	224
B. Les gouvernements latino-américains et leurs arbitrages en matière d'investissement : politisation et incitation sociale.	229

TITRE II. LA DÉNONCIATION DE LA CONVENTION DE WASHINGTON EN AMÉRIQUE LATINE : RUPTURE ET PERSPECTIVES.	233
<i>Chapitre 1. La dénonciation de la Convention de Washington et des traités bilatéraux pour l'encouragement et la protection des investissements : les changements politiques et juridiques en Bolivie, en Équateur et au Venezuela.</i>	235
Section 1. La procédure de dénonciation de la Convention de Washington : critiques, changements politiques et réforme juridique.	235
§1. Critiques et changements politiques dans le processus de dénonciation de la Convention de Washington.	236
A. La dénonciation de la Bolivie : une campagne contre le CIRDI.	236
B. Les dénonciations de l'Équateur et du Venezuela.	241
§2. La réforme constitutionnelle comme justification de l'abandon du système d'arbitrage CIRDI.	245
A. Les changements de politique économique dans les Constitutions de l'Équateur, de la Bolivie et du Venezuela.	245
B. La resurgence de la doctrine de Carlos Calvo dans les Constitutions récentes de la Bolivie, de l'Équateur et du Venezuela.	249
Section 2. Le contrôle correctif de la Convention de Washington et des traités internationaux pour la protection des investissements suite à l'adoption des nouvelles Constitutions.	260
§1. L'analyse constitutionnelle de la Convention de Washington et sa nouvelle ratification suite à l'entrée en vigueur de la Constitution équatorienne de 1998.	261
A. Chronique d'une mort annoncée : signature et ratification de la Convention de Washington par l'Équateur.	261
B. Le contrôle constitutionnel de la Convention de Washington sous la Constitution équatorienne de 1998.	264
§2. Le contrôle constitutionnel effectué par l'Équateur afin de dénoncer la Convention de Washington et les traités internationaux pour la protection et l'encouragement des investissements.	270
A. Le contrôle constitutionnel effectué par l'Équateur afin de dénoncer la Convention de Washington.	270
B. Le contrôle constitutionnel effectué par l'Équateur afin de dénoncer les traités de protection aux investissements.	272
<i>Chapitre 2. La dénonciation de la Convention de Washington : conséquences et perspectives.</i>	283
Section 1. Les incidences de la dénonciation de la Convention de Washington sur la juridiction du CIRDI.	283
§1. Le différend concernant un État qui n'est plus membre du CIRDI excèderait-il manifestement la compétence du Centre ?	284
A. La définition d'un État contractant : la compétence <i>ratione personae</i> du CIRDI.	284
B. Les effets <i>ratione temporis</i> de l'adhésion d'un État au CIRDI.	286
§2. Les incidences de la dénonciation sur le consentement à l'arbitrage du CIRDI.	289
A. La qualification du consentement protégé par l'article 72 de la Convention de Washington.	289
B. La limite temporelle pour qu'un investisseur puisse se prévaloir d'une offre étatique à l'arbitrage.	294
Section 2. Les perspectives : vers de nouveaux systèmes d'arbitrage.	297
§1. Un nouveau cadre juridique de protection des investissements.	298
A. La nouvelle loi de conciliation et arbitrage en Bolivie.	298

B. Le Code organique de la production, du commerce et des investissements en Équateur.....	300
C. Le décret-loi relatif aux investissements étrangers au Venezuela.....	304
§2. La création d'un centre d'arbitrage régional.....	307
A. Intégration régionale et arbitrage des investissements, le choix d'une institution cadre.	307
B. La proposition de l'Équateur : un centre d'arbitrage dans le cadre de l'UNASUR.	311
CONCLUSION	317
BIBLIOGRAPHIE.....	327
TABLE DES ANNEXES	365
ANNEXE I. Liste des États latino-américains signataires de la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États (par ordre chronologique, au 15 janvier 2014).....	367
ANNEXE II. Constitutions latino-américaines en vigueur avant 1964.	369
ANNEXE III. Constitutions latino-américaines en vigueur à la date de ratification de la Convention de Washington et changements constitutionnels postérieurs.	387
ANNEXE IV. Résolutions du Tribunal constitutionnel du Chili (du 25 janvier 1991 au 24 septembre 1991).	415
ANNEXE V. Résolution de la Salle constitutionnelle du Costa Rica concernant la Convention de Washington.	417
ANNEXE VI. Résolutions prononcées par la Salle constitutionnelle du Costa Rica concernant de traités relatifs à la protection et l'encouragement des investissements et de traités de libre-échange.	421
ANNEXE VII. Résolution concernant le contrôle constitutionnel du Traité pour l'encouragement et la protection des investissements signé entre le Costa Rica et l'Allemagne..	423
ANNEXE VIII. Résolution concernant le contrôle constitutionnel de l'Accord pour l'encouragement et la protection des investissements signé entre le Costa Rica et la France.....	425
ANNEXE IX. Résolution concernant le contrôle constitutionnel de l'Accord pour l'encouragement et la protection des investissements signé entre le Costa Rica et le Chili.	427
ANNEXE X. Résolution concernant le contrôle constitutionnel de l'Accord pour l'encouragement et la protection des investissements signé entre le Costa Rica et le Royaume-Uni.....	429
ANNEXE XI. Résolution concernant le contrôle constitutionnel de l'Accord pour l'encouragement et la protection des investissements signé entre le Costa Rica et l'Espagne.	433
ANNEXE XII. Résolution concernant le contrôle constitutionnel de l'Accord pour l'encouragement et la protection des investissements signé entre le Costa Rica et le Venezuela.	437
ANNEXE XIII. Diez cosas que nunca le dijeron sobre el Banco Mundial en Bolivia.....	439
ANNEXE XIV. Résolution concernant le contrôle constitutionnel de la Convention de Washington selon la Constitution équatorienne de 1998.	443