

L'ARGENTINE EN CRISE

DEVANT LE CIRDI

Séminaire préparé par les étudiants chercheurs :

- Mohammed SADDOGUI
- Mohammed EL WALI
- Tarik JDAINI

Introduction

Suite à la crise qui a secoué l'Argentine durant les années 80, et qui culmina en 2001, le gouvernement argentin a parié sur les investissements étrangers pour la relance économique. A cet égard, diverses mesures ont été entreprises afin d'assurer l'établissement des investissements dans le pays. D'abord, un vaste programme de privatisation des entreprises publiques, puis la promulgation d'une série de mesures législatives prometteuses pour les investisseurs, mais, le moins que l'on puisse dire c'est qu'elles sont irréfléchies et hasardeuses pour le pays.

L'Argentine a en effet réussi à attirer une grande masse d'investisseurs étrangers. Mais, à peine une décennie après ce vaste chantier de réformes, la crise empire de nouveau dans le

pays, mettant en danger l'existence même de l'Etat. Se pose alors une pléthore de questions.

D'abord, dans quelle mesure l'ouverture sur les flux d'investissements étrangers a-t-elle été un choix approprié pour l'Argentine ?

D'autre part, le Centre International de Règlement des Différends relatifs aux Investissements (ci-après CIRDI) se préoccupe t-il de la situation sociale précaire de la population lors de l'examen des différends ?

Enfin, les investisseurs étrangers ne devraient-ils pas être solidaires avec les peuples en cas de crise ?

Ce sujet suscite sûrement un intérêt à plusieurs égards. De prime abord, l'Argentine est un modèle pour les pays en voie de développement qui aspirent évoluer aveuglément en ouvrant grandes les portes pour les investisseurs étrangers sans pour autant peser les retombées que pourrait engendrer cette orientation.

D'autre part les sentences rendues par le CIRDI sont relativement accessibles, ce qui n'est pas le cas pour d'autres centres d'arbitrages. Un tel atout facilite la tâche des chercheurs intéressés par l'exploration de ce domaine.

Or, alléchante qu'elle est, l'étude de ce sujet a buté sur plusieurs difficultés. En effet, quoique publiables, les sentences rendues à l'encontre de l'Argentine sont en anglais et en

espagnol ; dans le meilleur des cas, certains résumés sont disponibles en français sur le site web société française de droit international, en ligne :

«<http://www.sfdi.org/actualites/a2006/Sentinelle%2063.htm>».

N'en déplaise cet obstacle, la contrainte a été relativement surmontée en analysant une sentence rendue en anglais tout en recourant à des traductions personnelles.

Par ailleurs, on a constaté une pénurie, voire une absence, d'ouvrages traitant du sujet.

Certes, le sujet présente un terrain propice à la recherche, toutefois vu la multitude de pistes de recherche qu'il offre, d'autres études plus approfondies sont recommandées afin de le cerner en bonne et due forme.

Pour répondre aux questions précitées, ce travail sera divisé en deux parties.

La première passera en revue les temps forts de la crise qui a débouché sur de nombreuses requêtes actionnées par des investisseurs étrangers auprès du CIRDI, cette partie mettra l'accent également sur les décisions sur la juridiction. Quant à la seconde, elle est réservée à l'étude de deux cas jurisprudentiels mettant en exergue la position de l'arbitrage CIRDI aussi bien envers les investisseurs étrangers qu'envers le pays hôte. Ainsi, l'étude portera sur la première et la dernière sentence rendues sur le fond par le Centre.

Partie I: la crise argentine et les décisions CIRDI sur la compétence

L'Argentine, minée par la crise financière de 2001, a adopté des mesures ruinant la sécurité juridique des investissements et portant atteinte à l'équilibre financier des investisseurs (section1).

Ces derniers, en vertu des traités bilatéraux d'investissement (ci-après TBI) conclus entre leurs Etats et l'Argentine, saisissent les tribunaux arbitraux CIRDI pour demander réparation des pertes subies. L'Argentine, face à ce flux de plaintes, avance les mêmes arguments pour contester la compétence desdits tribunaux (section2).

Section1: la crise argentine et les mesures entreprises

La crise argentine est la résultante de plusieurs facteurs qui ont mené à une récession frappant le pays en 1998 et à l'effondrement du système financier en l'année 2001. Les retombées tant sur le plan social qu'économique étaient désastreuses.

Pour s'en sortir, le gouvernement argentin, sous l'impulsion du fond monétaire international (FMI), a entrepris vainement une série de mesures sous forme de programmes d'ajustement structurel. Et ce sont les mesures d'urgence publique adoptées en 2002 qui ont bouleversé l'équilibre financier des investisseurs étrangers et qui ont été à l'origine d'une myriade de plaintes à l'encontre de ce pays devant le CIRDI.

A- Origines et conséquences de la crise

On ne saurait comprendre les développements de cette crise sans les situer dans leurs contextes historiques.

En réalité, les origines de la crise remontent au début des années 80. Ainsi, c'est à

l'époque de la dictature (1976/1983) que la dette extérieure de l'Argentine s'est multipliée par cinq (passant de 8 à 43 milliards de dollars).^[1]

En conséquence, l'hyperinflation devient gênante pour la population (5000% par an) et pour les multinationales qui ne peuvent pas faire de prévisions fiables sur leurs futurs revenus.^[2]

Dès lors, la lutte contre l'inflation s'avère une priorité, le gouvernement, en 1989, a emprunté une politique libérale consistant au paiement de la dette, à la privatisation des secteurs publics, à l'austérité budgétaire et surtout à la parité du Peso avec le Dollar américain.

Toutefois, ces mesures avaient un effet négatif sur l'économie argentine et sur les tranches sociales du pays; la pauvreté et le chômage ont atteint des taux inégalés.

La conjonction de ces mesures a attisé la crise.

◆-la surévaluation du peso -

Avec la loi sur la convertibilité d'avril 1991 en vertu de laquelle un peso équivaut à un dollar (us), l'inflation a certes baissé, mais le déficit de la balance commerciale par les importations et l'endettement ne fait qu'empirer.

Ainsi, le pays s'est trouvé fortement dépendant des revenus des capitaux internationaux,

L'objet de la loi sur la convertibilité était essentiellement de rétablir la crédibilité des autorités monétaires.

Cette surévaluation par rapport aux monnaies de ses principaux partenaires commerciaux a miné la compétitivité des exportations argentines et a été à l'origine de la dégradation du niveau de vie.

◆-la vague de privatisation -

Ce que l'on reproche aux politiques de privatisation mises en place par les gouvernements argentins, c'est qu'elles n'avaient pas un lien direct avec les accords sur les

investissements. Ces accords ne se focalisaient que sur la liberté des investissements dans le pays d'accueil et sur les mesures réglementaires internes^[3].

« Le régime argentin de l'investissement étranger est l'un des plus libéraux du monde pour ce qui est des formalités d'installation et d'exploitation d'entités étrangères »^[4].

En effet, « au début des années 90, ont été supprimées les conditions préalables en matière d'autorisation »^[5].

Par ailleurs, les traités bilatéraux d'investissement conclus par l'Argentine consacrent nombre de principes. Le traitement national, le traitement juste et équitable dans le cadre d'une norme minimale de traitement garantie par le droit international, le principe selon lequel toute mesure équivalente à l'expropriation devait faire l'objet d'une juste compensation. En outre, la quasi totalité des T.B.I stipulent que d'éventuels contentieux seront soumis à des instances arbitrales, le CIRDI en général.

Dans le TBI avec le Panama, on retient la clause de stabilité où on prévoit qu'il n'est pas permis aux parties contractantes de modifier ou de déroger les lois. Ainsi, l'investisseur peut toujours faire valoir les législations en vigueur au moment de la signature du traité.

Quel sera le sort de l'Argentine au vu du pouvoir détenu par les investisseurs étrangers de le traîner devant le CIRDI et de l'acceptation de clauses qui lui sont défavorables dans la pratique ?

Le problème est plus critique dans la mesure où les plaintes ont un rapport avec des services publics aussi vitaux que l'eau, l'électricité, le gaz...

La conséquence de cette vague de privatisation du début des années 90 a été la dépendance entière de l'économie vis-à-vis de l'étranger. D'ailleurs, le système bancaire argentin s'est trouvé en crise en l'année 2001 à cause de la fuite des capitaux en raison du manque de confiance en l'économie.

◆ **-Le manque de confiance en l'économie**

C'est avec la nouvelle loi bancaire de la fin de l'année 2001 et la dévaluation qui en

était la conséquence que la confiance en l'économie argentine a chuté à des niveaux très bas.

Par ailleurs, on ne peut isoler le cas argentin de ce qui se passe dans son voisinage. Le Mexique et le Brésil, en dévaluant leurs monnaies respectivement en 1995 et en 1998, ont visé la baisse des prix de leurs produits permettant à leurs exportateurs de gagner des parts du marché au dépens des entreprises argentines. Ainsi, les taux de chômage augmentèrent rapidement et les revendications sociales commencent.

Au vu de ces effets, les investisseurs étrangers deviennent de plus en plus réticents à s'aventurer en Argentine à cause des prévisions pessimistes qui y prévalaient.

« Cependant, si les flux d'investissements annuels qui lui sont destinés sont passés de 15 milliards de dollars en 1990 à 76 en 1998, ils ont été ramenés à 23 milliards en 2001 »^[6].

B- Mesures entreprises

La crise a culminé vers la fin de l'année 2001 et le gouvernement argentin s'est trouvé entre l'enclume et le marteau : est-il rationnel de dévaluer sa monnaie pour absorber la crise ? Ou bien est-il préférable de maintenir la parité avec le dollar et tabler en fait sur la confiance des investisseurs étrangers ?

Le 08-01-2002, c'est le premier choix qui était confirmé en promulguant la loi d'urgence publique (n°25_561). Le peso est alors dévalué de 70%.

Cette mesure a foncièrement affecté les intérêts des investisseurs étrangers qui tiraient leurs ressources de paiement libellés en fonction d'indices des prix américains.

« La solution pour les exploitants privés était alors de relever leurs tarifs exprimés en peso pour rétablir l'équilibre économique de leur exploitation »^[7]. Or le gouvernement, qui a privilégié la protection de la population, a gelé les tarifs (affaire *Electricidad Argentina*^[8]) et a augmenté les taxes fiscales (affaire *Enron.Corp. et Ponderosa*^[9]), mesure assimilée selon l'entreprise plaignante à une expropriation; et les plaintes se multiplient...

« Les tarifs applicables aux contrats de concession sont bloqués depuis la promulgation de la loi d'urgence publique et de réforme du régime des changes.

Implication des institutions financières internationales

Selon la Banque Mondiale (BM), « la cause de la crise financière serait principalement due aux trois « D » (défaut, dépression et dévaluation). Les défauts de paiement de 2001, la forte dévaluation du peso argentin par rapport aux monnaies internationales ainsi que la contraction de 11% que l'économie a connue en 2002 ont été les principales causes de problèmes financiers actuels de l'Argentine^[10].

Le FMI a fait son entrée officielle aux commandes financière de l'Argentine dans les débuts des années 80.

Parallèlement à la loi de convertibilité, des programmes d'ajustement structurel dont le but était d'assainir l'économie argentine ont été mis en œuvre par le gouvernement argentin en échange de l'attribution de prêts par les institutions de Bretton woods.

Or, l'intervention du F.M.I dans le marécage argentin a échoué. Ainsi, le 5/12/2001, le F.M.I refuse d'accorder à l'Argentine l'aide de 1,3 milliards de dollars, la B.M suspend, quant à elle, ses 1,1 milliards prévus. Pour honorer sa dette extérieure, le pays est alors contraint de puiser dans ses réserves.

Le 08/01/2002, la « loi d'urgence publique » fut promulguée. Cette loi impose la dévaluation de 29% du peso et supprime la parité avec le dollar^[11].

Section 2 : les décisions sur la compétence

La compétence du C.I.R.D.I est régie par l'article 25-1 de la convention de Washington.

Il ressort de cette disposition que le différend doit être juridique, que le premier protagoniste doit être un Etat contractant, que le second protagoniste doit être un ressortissant d'un autre Etat contractant (personne physique ou morale), que le différend doit porter sur un investissement, et que les parties doivent exprimer leur consentement pas écrit.

« Il est d'usage que l'Argentine conteste à titre préliminaire la compétence des tribunaux CIRDI. (...) Les arbitres disjoignent donc de façon récurrente la compétence du fond »^[12].

Cette possibilité est dictée par l'article 41 de la convention précitée qui octroie aux tribunaux la faculté soit de traiter le litige qui leur est soumis comme question préalable ou si son examen doit être joint à celui des questions de fond.

Les objections argentines à la compétence des tribunaux arbitraux CIRDI portent généralement sur des points répétitifs. En effet, l'Argentine conteste le plus souvent la qualité pour agir des investisseurs étrangers en arguant que des actionnaires minoritaires ne peuvent actionner une procédure arbitrale CIRDI (B). Dans le même ordre d'idées, l'Argentine invoque à chaque fois la clause de l'option irrévocable comme exception d'incompétence (C). Or le point qui soulève un débat doctrinal, du moins, est celui du fondement des demandes (D). Les tribunaux CIRDI, face à ces objections, ont fait preuve d'un libéralisme sans retenue. Mais, avant d'entrer dans le vif du sujet, il importe de vérifier si les décisions des tribunaux CIRDI dégagent vraiment une ligne jurisprudentielle établie, en l'absence bien entendu du stare decisis(A).

A- la règle du Stare decisis ou (le précédent obligatoire)

Le cas argentin présente un terrain propice pour tout chercheur qui entend déceler

l'évolution de la jurisprudence du CIRDI. En fait, nombreuses sont les décisions sur la compétence qui sont rendues à son encontre.

Or, est-il opportun d'affirmer qu'il existe une véritable jurisprudence émergente relative à ces décisions séparées en matière de compétence à l'encontre de l'Argentine ?

Cet espoir se trouve contrecarré par l'absence de la règle du Stare decisis (précédent obligatoire) en matière d'arbitrage. Toutefois, la doctrine^[13] voit que les arbitrages antérieurs ont une influence indéniable.

Bien entendu, cela se justifie par les renvois récurrents par les arbitres, aux décisions antérieures. « Les décisions sur la compétence rendues à quelques semaines d'intervalle dans cinq affaires instruites contre l'Argentine, AES^[14], Sempra Energy^[15], Cammuzzi^[16] (deux affaires) et Gas Natural^[17], présentent des similitudes importantes »^[18].

En général, les affaires concernant l'Argentine présentent une similitude factuelle notable. Les investisseurs réclament souvent des réparations suite aux pertes qu'ils ont subies à causes des mesures d'urgence entreprises par le gouvernement argentin en 2002 (dévaluation du peso, gel des tarifs, contrôle de changes...).

Par ailleurs, l'Argentine s'objecte souvent de la même manière à la compétence. « A quelques nuances près, l'Argentine a en effet presque systématiquement soulevé les mêmes motifs d'incompétence dans toutes ces affaires, provoquant ainsi pratiquement les mêmes débats lors des échanges d'écriture et lors des audiences^[19].

✦ Dans l'affaire Azurix^[20], Le Tribunal arbitral s'est référé aux décisions Vivendi^[21], Salini^[22] et Lanco^[23] pour trancher la question de la clause attributive de juridiction.

Dans cette même affaire, on s'est référé à la décision CMS^[24].

✦ Dans sa décision rendue le 30/04/2004 dans l'affaire L.G. c. l'Argentine^[25], le Tribunal arbitral a manifesté « une volonté clairement affichée d'homogénéiser l'ensemble des décisions successives rendues à l'encontre de l'Argentine au sein du CIRDI »^[26].

✦ Cette tendance, qui certes est en gestation, commence à prendre de l'ampleur. En effet, dans l'affaire *AES corp.*, « l'investisseur a tenté de faire l'économie d'un débat sur la compétence en soutenant que les cinq objections de l'Argentine sont basées sur des arguments similaires déjà présentés dans un arbitrage antérieur à son encontre.

Le Tribunal, dans cette affaire, a développé de manière très convaincante sa conception de la valeur des précédents du CIRDI. (...)

« La conclusion du Tribunal dans l'affaire *AES Corp.* est parfaitement claire : si les arbitres confrontés à une série de décisions arbitrales rendues dans un même sens ils ne sont pas obligés de s'y conformer, ils ne peuvent non plus y être indifférents »^[27].

✦ Dans l'affaire *Gas Natural*, le Tribunal a affirmé qu'il a rendu sa décision indépendamment des sentences antérieures, la même remarque pour la décision *Cammuzzi II*.

Le renvoi par les arbitres aux décisions antérieures est devenu la règle. Les exemples sont nombreux surtout dans les décisions récentes.

✦ Ainsi, dans l'affaire *Azurix*^[28] (décision sur le fond du 14/07/2006) le Tribunal s'est fondé sur les sentences *CMS*, *Mondev*, *Wast Management* et *Tecmed* qui précisent qu'il n'est pas nécessaire que l'Etat agisse de mauvaise foi pour conclure à la violation du principe du traitement juste et équitable.

✦ Dans l'affaire *continental Casualty Company*^[29], le Tribunal s'est référé à la décision sur la compétence prise dans l'affaire *Azurix* (2003) qui avait considéré qu'un contrôle suffisant de l'entreprise par l'actionnaire permettait de qualifier l'investissement de direct.

✦ Dans l'affaire *Suez, Agbar c. Argentine*^[30], le Tribunal s'est appuyé sur la sentence *Maffezzini* pour trancher la question de l'option irrévocable.

En guise de conclusion, tant que bien des décisions rendues à l'encontre de l'Argentine au sein des tribunaux CIRDI sont publiables, il est opportun de dire qu'il y a là une occasion d'or pour étudier cette prétendue évolution jurisprudentielle.

L'absence du stare decisis en matière arbitrale n'a pas, à notre sens, empêché les arbitres à se référer aux précédents arbitraux à tel point que, parfois, on ait l'impression qu'il s'agit d'une décision d'un Tribunal judiciaire et non arbitral.

B- Le jus standi ou (La qualité pour agir)

**** La question de l'actionnaire minoritaire***

C'est une objection très récurrente avancée par l'Argentine pour contester la compétence des tribunaux arbitraux CIRDI surtout dans les affaires Sempra Energy international, CMS Gas transmission Company, et Enron Corp. (2004).

✦ Dans l'affaire CMS, le Tribunal a pris la peine d'analyser ce point en trois temps. D'abord, en se référant au droit international, il a vérifié la portée de la décision de la Cour internationale de justice (CIJ) dans l'affaire Barcelona Traction (1970) pour enfin l'écarter. Ensuite, il s'est fondé sur la convention de Washington pour conclure à l'indépendance de l'actionnaire par rapport à la société. Enfin, en se basant sur le TBI, les actionnaires sont bel et bien des investisseurs en vertu de la définition contenue dans le TBI.

✦ Cette objection s'est répétée dans l'affaire L.G & L. (30/4/2004). Le Tribunal s'est référé à l'affaire CMS où on a conclu que la qualification des actionnaires en tant que « minoritaires » ou « majoritaires » n'a aucune influence quant à sa compétence pour connaître du différend.

✦ Dans l'affaire Enron, le Tribunal a renvoyé à l'affaire CMS et a conclu à la dissociation entre les droits des investisseurs protégés par le traité et ceux des sociétés de droit local. Malgré son statut de simple actionnaire minoritaire, il est investisseur à part entière.

✦ L'Argentine dans l'affaire Sempra Energy a considéré que les actionnaires minoritaires étrangers dans des sociétés argentines ne peuvent avoir la possibilité de se prévaloir de la convention de Washington.

L'article 25-2 donne en fait deux définitions distinctes et non cumulatives de la notion de « ressortissant d'un autre Etat contractant » aux fins de la compétence du centre. La première vise l'investisseur de la nationalité de l'autre Etat contractant. La deuxième vise une personne morale ressortissante de l'Etat partie au litige mais contrôlée par des intérêts étrangers.

Le Tribunal, après une analyse interprétative de l'article 25-2, conclut à ce qu'il suffit que l'investisseur soit étranger.

✦ Dans l'affaire *Continental Gasualty* (compétence 22/02/2006), « l'Argentine alléguait que le demandeur ne disposait pas du jus standi... le problème posé au Tribunal arbitral était donc celui bien connu des actionnaires. L'actionnaire, la société continental possédant 99,99% des actions, le Tribunal n'a pas eu de mal à reconnaître la nature directe de l'investissement. Il s'est référé sur ce point à la décision sur la compétence prise dans l'affaire *Azurix*. Dans cette affaire, le Tribunal avait considéré qu'un contrôle suffisant de l'entreprise pas l'actionnaire permettait de qualifier l'investissement de « direct ». ».[31]

✦ Dans l'affaire *Suez, AGBAR & Interaguas c. Argentine*. (16/05/2006). L'Argentine soutenait que le dommage était causé à la société et non pas à ses actionnaires et que ces derniers n'avaient pas le droit d'ester en justice. L'Argentine se fondait sur sa législation nationale et sur la jurisprudence de la CIJ dans l'affaire *Barcelona Traction*.

Le Tribunal arbitral a tout d'abord signalé l'impertinence de la comparaison car dans l'affaire *Barcelona Traction*, il n'était pas question de TBI mais plutôt de l'exercice de la protection diplomatique.

C- La clause de l'option irrévocable (The fork in the road)

La clause de l'option irrévocable est une objection qui figure dans presque toutes les affaires où l'Argentine est partie.

Cette clause, prévue par à peu près tous les TBI liant l'Argentine, interdit à l'investisseur de porter sa demande devant un Tribunal arbitral s'il l'a préalablement portée devant une juridiction nationale. Dans ce cas, l'investisseur a fait un choix irrévocable.

✦ Dans l'affaire CMS, le Tribunal a fait la distinction entre les demandes conventionnelles et les demandes contractuelles. Malgré que la société TGN (transportation DEL Gas de Norte) avait déposé une requête auprès de la Cour suprême fédérale, CMS (actionnaire dans TGN) garde toujours ses droits de saisine des tribunaux arbitraux tant qu'il n'a pas formulé de requête auprès des tribunaux nationaux.

✦ Dans l'affaire Azurix (8-12-2003), le Tribunal s'est référé à deux décisions antérieures (CMS et SARL. Benvenute^[32]). Ainsi, il a jugé que la clause de l'option irrévocable ne pourrait être invoquée que s'il y a identité entre les parties, l'objet et la cause de l'action portée devant les tribunaux.

L'objection de l'Argentine est donc rejetée puisqu'il n'existe ni identité des parties ni identité d'objet et de fondement.

En l'espèce, le Tribunal a donc suivi un contrôle strict pour analyser la clause de l'option irrévocable.

✦ Dans l'affaire L.G, en analysant la question du consentement à l'arbitrage CIRDI comme fondement de la compétence, le Tribunal rappelle que les investisseurs et les détenteurs des licences sont deux personnes juridiques distinctes, partant, le choix des uns ne lie pas celui des autres.

Les sociétés détentrices des licences avaient décidé de recourir aux tribunaux locaux pour obtenir réparation.

✦ Cette question de l'option irrévocable s'était posée dans l'affaire Sempra Energy International c Argentine.

En l'espèce, l'Argentine soutient que la société Empersa a déjà fait utilisation de la clause de l'option irrévocable en ouvrant une procédure devant les juridictions nationales, le Tribunal arbitral souligne que le litige porté devant le CIRDI ne concerne que la demande fondée sur la base du TBI entre les Etats unies et l'Argentine.

D- Le fondement des violations alléguées (Contract claim /treaty Claim)

La problématique que suscite cette question est la suivante : si les réclamations formulées par les investisseurs sont régies par les clauses attributives de juridiction figurant dans les contrats signés par les sociétés argentines dans lesquelles ils ont investi, dès lors, est-ce que les tribunaux CIRDI sont compétents pour connaître du litige.

L'Argentine tient souvent à considérer que les réclamations fondées sur un Contrat doivent être de la compétence des tribunaux internes.

« Les réponses des tribunaux CIRDI sont unanimes... la distinction entre les litiges résultant de l'application de dispositions du TBI est consacrée. Comme le rappelle justement les tribunaux, dans la mesure où les investisseurs présentent des demandes fondée sur des manquements au TBI, ils doivent se reconnaître compétents et examiner, au fond, la réalité de ces prétentions[33].

Ainsi, ce sont les clauses de règlement des différends des TBI qui s'appliquent.

Les tribunaux CIRDI tendent à adopter la thèse selon laquelle « il existeraient deux ordres juridiques différents, l'ordre juridique national (dans lequel serait insérée la licence) et l'ordre juridique international (ou évaluerait le traité^[34].

*✦ Dans l'affaire *Azurix Corp.c Argentine* (compétence), les arbitres s'étaient référés aux décisions *Lanco c.Argentine*, *Salini.c Maroc* et *Vivendi c Argentine*^[35] dans lesquelles il y'avait eu séparation nette entre les demandes dont le fondement est issu des contrats de celles qui découlent du TBI applicable. La sentence *Azurix* confirme donc cette ligne de conduite CIRDI. (Contract claim Vs treaty claim).*

*Toutefois, il est à souligner que les trois décisions susmentionnées présentent des différences quant à la motivation donnée. En effet, pour les arbitres, dans « *Lanco* » et « *Salini* », cette distinction était à cause d'une formulation imparfaite des clauses attributives de juridiction contenues dans les contrats signés par l'investisseur concerné dans ces affaires. Dans l'affaire *Vivendi*, le Tribunal a fait la distinction de façon catégorique indépendamment de la formulation de la clause attributive de juridiction.*

*En l'espèce, les documents contractuels liant *Azurix* à la province de Buines Aires*

sont clairs et bien formulés. Pourtant, le Tribunal a écarté l'objection de l'Argentine et s'est rangé ainsi dans la lignée du comité ad hoc de l'affaire Vivendi.

Du reste, le fondement de la distinction est autonome, il découle de la différence de nature qui est inhérente à ces demandes.

✦ La même conclusion a été réitérée dans des affaires récentes^[36].

Ainsi, « le Tribunal arbitral a simplement rappelé que les demandes de nature contractuelle et conventionnelle sont des demandes distinctes. La clause exclusive de juridiction insérée dans le contrat n'empêche donc pas le tribunal arbitral d'examiner les demandes de nature conventionnelle^[37].

✦ Dans le même ordre d'idées, le Tribunal arbitral dans l'affaire EL Paso^[38] s'est déclaré uniquement compétent sur les demandes de nature conventionnelle (relative au TBI) et a rejeté par conséquent l'idée d'une assimilation des demandes de nature contractuelle en demandes conventionnelles.

Partie 2: Etude de deux sentences CIRDI rendues sur le fond

Le CIRDI a, jusqu'à aujourd'hui, rendu 5 sentences sur le fond, et entre autres, CMS c. Argentine (section1); Enron corporation and ponderosa c. Argentine (section2), que nous allons étudier en détail.

Section 1 : CMS GAS TRANSMISSION c. Argentine

Comme on l'a vu, trois événements ont été derrière la situation économique

: catastrophique actuelle de l'Argentine

- la vague de privatisation d'entreprises publiques, suite à la dette qui pesait lourd sur le pays;

- la crise financière qui a touché le pays en 1999 et surgit en 2001, ce qui a poussé le pays à abandonner l'égalité de change de l'euro et le dollar ;
- le nombre important de traités bilatéraux d'investissement qu'a conclu l'Argentine.

Comme conséquences de la politique de restructuration entamée par le pays, plusieurs requêtes ont été déposées devant le CIRDI.

Ainsi, si des différends émergent dans des secteurs tels que ceux du contrôle de la migration et de l'identification personnelle[39] et de la gestion portuaire[40], d'autres, ont comme origine des investissements dans des secteurs aussi sensibles que ceux de la fourniture d'eau[41] d'électricité[42] et de gaz, le secteur du gaz a fait l'objet de plusieurs requêtes, notamment par l'entreprise Enron corporation and ponderosa Assets, LPV argentine (ARB/01/03), Camuzzi[43] et CMS gaz transmission company qui fera l'objet de notre étude dans cette section.

L'intérêt du choix de cette sentence est dû au fait qu'elle a été la plus attendue de l'année, et ce, pour une raison majeure : il s'agit de la première sentence sur le fond statuant sur les répercussions de la crise argentine en matière d'investissements étrangers[44].

A- Résumé des faits

L'origine du différend est due à l'effondrement de l'économie et de la devise de l'Argentine; celle-ci avait entrepris des mesures de privatisation des secteurs publics et des industries étatiques dans lesquels ont investi les investisseurs étrangers, ce qui a engendré des problèmes en la matière.

Parmi ces investisseurs, la société CMS est l'une des entreprises qui ont investi en Argentine dans les années 1990, suite au programme de privatisation lancé par le pays dans le secteur de l'eau, du gaz et de l'énergie.

La société CMS est devenue actionnaire de la société Transportadora de Gas d'El-Norte (IGN) qui a obtenu une autorisation de transport de Gaz. Grâce à un appel d'offre

en 1995, CMS a acheté 25% de TGN puis, 4.42% supplémentaire par la suite.

Le traité bilatéral de protection des investissements américano argentine (TBI)[\[45\]](#), prévoit, entre autres, que les tarifs demandés par l'entreprise seraient collectés en Peso, mais calculés en dollars des Etats-Unis, en fonction de l'indice des prix à la production états-uniennes.

Mais le gouvernement argentin, contraint par la crise financière qui a violemment secoué le pays (à la fin de 2001), s'est trouvé dans l'obligation d'abandonner la parité du Peso en dollar au niveau d'un pour un et, subséquemment, l'obligation par les entreprises de calculer les tarifs demandés en peso, devise en laquelle ces dernières tiraient leurs revenus[\[46\]](#).

Ces réformes du système de change ont été introduites suite aux mesures d'urgence publique prises par l'Argentine notamment la loi n° 25.561 du 6 janvier 2002.

Forcée par cette conjoncture économique très défavorable, l'Argentine s'est trouvé dans un dilemme, soit continuer à exécuter sa politique de restructuration économique pour échapper à la crise dans laquelle elle a sombré, et subséquemment, mettre en péril les intérêts des investisseurs, notamment l'entreprise CMS, soit abandonner cette politique pour préserver ces accords avec les entreprises étrangères et partant, laisser le pays encourir une catastrophe économique dont les conséquences sont désastreuses.

Le recours de l'Argentine à la première solution, en suspendant la formule d'ajustement est donc à l'origine du contentieux opposant l'entreprise américaine et l'Argentine devant le CIRDI.

B- De la compétence

La compétence du Tribunal arbitral a été largement contestée par l'Argentine, partie défenderesse. En effet, elle prétendait dans un premier temps, que la licence accordée à l'entreprise TGN prévoyait la nécessité de porter le différend devant les juridictions locales

argentines, et donc les réclamations formulées par les investisseurs sont régies par les clauses attributives de juridictions figurant dans les contrats signés par les sociétés argentines dans lesquelles ils ont investi. En s'appuyant sur des affaires précédentes[47], le tribunal a conclu que les références faites aux tribunaux internes de l'Argentine ne signifient en aucun cas, l'exclusion de recours aux tribunaux du CIRDI. Autrement dit, dans la mesure où les investisseurs se plaignent de manquements aux TBI et non aux contrats, ce sont les clauses de règlement de différends des TBI qui s'appliquent.

L'Argentine a également soutenu que le différend porté devant le CIRDI n'est pas juridique et n'est pas lié directement à un investissement ; la compétence du CIRDI devait être donc écartée en application de l'article 25 la convention de Washington. Ensuite, l'Argentine avançait que les investisseurs contestaient en réalité l'opportunité et la légitimité des mesures législatives et réglementaires prises par l'Etat, griefs qui ne sauraient être tranchés par un Tribunal arbitral[48].

Le Tribunal, après une analyse des points soulevés, a conclu qu'il n'avait pas compétence pour juger des mesures générales prises par l'Argentine, mais qu'il pouvait retenir celles-ci pour certaines mesures spécifiques[49].

Une autre objection à la compétence du CIRDI est également formulée par l'Argentine, elle concerne la clause de l'option irrévocable (Fork in the road) insérée dans le traité. Cette clause interdit le recours, pour un différend, à un autre mécanisme disponible, s'il est déjà porté devant une instance. Mais le Tribunal a rejeté l'objection faite par l'Argentine en décidant que :

« Les décisions de plusieurs Tribunaux CIRDI, ont établi que les requêtes faites sur la base de traités et que même s'il y avait à ce moment des démarches entreprises devant les Tribunaux locaux pour bris de contrat, cela n'empêchait pas le recours à l'arbitrage concernant une requête faite sur la base d'un traité. Le Tribunal est persuadé qu'il possède encore plus de raisons d'appliquer ce raisonnement à la présente affaire étant donné que

CMS n'a formulé aucune requête aux Tribunaux locaux et que, même si TGN en avait elle-même formulé -ce qui n'est pas le cas- cette requête n'aurait pas comme résultat de nous forcer à appliquer la clause de l'option irrévocable contre CMS, car à la fois les parties et les raisons de la requête étaient différents[\[50\]](#).

Il est donc clair que le Tribunal arbitral a réitéré dans cette affaire son raisonnement dans l'affaire salini C.Maroc[\[51\]](#). En effet, le Tribunal, dans cette décision sur la juridiction, a distingué deux ordres juridiques différents, l'ordre juridique national (dans lequel serait insérée la licence) et l'ordre juridique international (où évoluerait le traité) et la disposition de la licence prévoyant le recours aux Tribunaux nationaux, ne serait valide que pour les requêtes ayant comme fondement des violations alléguées du contrat (contrat claims). Par conséquent, la disposition de cette requête stipulant que les différents seraient soumis aux tribunaux, ne concernerait pas les violations alléguées du traité (Treaty Claim). De la même façon, le recours aux juridictions nationales concernant les ruptures de contrats ou de licences (contrat claims) n'empêcherait pas l'investisseur d'avoir recours à l'arbitrage international pour les violations du traité (Treaty Claim)[\[52\]](#).

C- Du Fond

Après sa décision sur la compétence (compétence-compétence) le Tribunal doit rendre sa décision sur le fond. Effectivement, le même Tribunal a rendu sa décision le 12 mai 2005.

C-1: L'argentine a-t-elle violé le TBI?

Pour cela, Tribunal devait statuer sur les allégations de la compagnie américaine qui prétendait que, l'Argentine a violé les quatre dispositions suivantes du TBI :

1- *L'article IV qui interdit que des expropriations ou des mesures équivalentes à une expropriation n'aient lieu, à moins qu'une compensation ne soit versée à l'investisseur.*

2- *L'article II (2) a), qui demande aux parties d'offrir aux investisseurs de l'autre partie, un traitement juste et équitable.*

3- L'article II (2) b), qui interdit qu'un traitement discriminatoire ou arbitraire ne soit offert aux investisseurs de l'autre partie.

4- L'article II (2) c), qui demande aux parties signataires du TBI, de respecter les engagements pris envers les investisseurs de l'autre partie.

Avant d'entamer l'examen des allégations de CMS qui concernent les articles susmentionnés, le Tribunal devait *prima facie*, se focaliser sur un point litigieux très pertinent : il s'agissait de savoir si le calcul des prix en dollar et en fonction de l'indice des prix à la production (IPP), était un droit acquis de l'investisseur. La partie demanderesse avançait que la réponse devait être positive, du moment qu cette formule est insérée dans la licence octroyée à TGN par l'Argentine. A l'opposé, l'Argentine prétendait que le prix serait calculé plutôt en fonction de la loi sur la convertibilité, que les dispositions pertinentes de la licence se référaient directement à celle-ci et que le retrait de cette loi rendait invalide ces mêmes dispositions[53].

La position du Tribunal était celle de la partie demanderesse, puisqu'il a écarté la thèse de l'Argentine en expliquant que la licence et la loi sur la convertibilité étaient indépendantes. De ce fait, le Tribunal a disposé que la licence doit être vu comme créant des droits et des obligations pour les parties à ce contrat.

Par ailleurs, le Tribunal s'est interrogé sur l'objectif de la licence; le Tribunal a tranché en montrant que le but visé par l'octroi de celle-ci ,qui est de garantir la stabilité de la structure tarifaire et de la méthode de calcul des prix, est éliminé.

1- Y a-t-il expropriation indirecte ?

Après avoir répondu à ces questions préliminaires, le Tribunal est passé à l'examen des allégations de l'investisseur, à savoir, la violation des quatre dispositions du TBI susmentionnées.

- S'agissant de l'expropriation, le Tribunal s'est référé à trois critères pour écarter

cette allégation :

- *Le gouvernement (argentin) n'assure pas la gestion quotidienne de la compagnie et*
- *L'investisseur garde la pleine propriété et*
- *L'investisseur garde le plein contrôle de l'investissement*[\[54\]](#).

En l'espèce, le Tribunal a donc refusé de reconnaître une violation de l'article 4 du TBI, en examinant la situation de l'investisseur par le biais des critères ci-dessus. Il a montré ainsi que CMS n'a pas fait l'objet de privation de ses droits. Cette analyse traditionnelle, mais toujours efficace, des critères de l'expropriation indirecte, convainc les arbitres que CMS n'a pas été expropriée[\[55\]](#).

2- L'Argentine a-t-elle violé l'article II (2)b) du TBI ?

Quant à ce point, le Tribunal l'a aussi écarté du moment que les mesures prises par le gouvernement argentin étaient appliquées à tous sans distinction aucune. Par conséquent, le caractère de l'arbitraire ou de discrimination n'est pas rempli et l'article II (2) b) n'a pas été violé.

3- L'Argentine a-t-elle violé l'article II (2)a) du TBI ?

Si les deux points précités n'ont pas été retenus, le Tribunal retient cependant qu'il y a eu une ingérence (interférence) dans les affaires de l'investisseur. Ce sont ces ingérences qui sont examinées pour déterminer si une violation du traitement juste et équitable a eu lieu.

Le Tribunal a considéré que les mesures prises par l'Argentine ont affecté et modifié profondément l'environnement juridique et commercial dans lequel évoluait cet investissement. Cela va donc avoir un impact négatif et peser sur la stabilité et sur la prévisibilité du marché, et a par conséquent violé le traitement juste et équitable[\[56\]](#).

4- L'argentine a-t-elle violé l'article II (2)c) du TBI ?

De la même façon, le Tribunal a considéré que la « clause parapluie » qui demande aux

parties de respecter les engagements pris, n'a pas été respectée par la partie défenderesse[57].

C-2: L'état de nécessité et les mesures d'urgences excluent-elles la responsabilité de l'Argentine ?

L'Argentine a avancé la question de l'état de nécessité dans lequel se serait retrouvé l'Argentine après la crise et qui n'est qu'un argument subsidiaire en cas de reconnaissance, par le Tribunal, de violations du TBI (Ce qui est le cas).

Effectivement, l'Argentine, pour excuser les mesures drastiques prises lors de la crise financière qui a violemment secoué le pays, a tenté de convaincre le Tribunal qu'autant le droit coutumier que le TBI prévoyaient que les obligations internationales n'engageaient pas la responsabilité internationale d'un Etat lorsque celui-ci se trouve dans un état de nécessité.

Pour ce qui est de l'article 25 du projet d'articles de la Commission du droit international sur la responsabilité des Etats[58], l'Argentine devait convaincre le tribunal que :

- *les intérêts essentiels pour elle étaient en danger;*
- *les mesures prises étaient les seuls qui pouvaient l'être afin d'éviter la situation;*

** elle n'a pas contribué « à la survenance de la situation ».*

Avant d'entamer l'étude des dispositions de l'article 25, comme il a été interprété par le Tribunal, il faut rappeler que ce dernier était conscient des circonstances dans lesquelles se trouvait l'Argentine et a exprimé de la compassion à son égard:

« L'Argentine a été affecté d'une crise profonde de nature économique, sociale et

politique. La récession économique a débuté en 1994, du fait de la montée rapide de la fortune et des chiffres d'affaires des politiciens occupant les plus hauts postes dans le pays, couplée au bouleversement social et à la désobéissance civile qui étaient une réalité dramatique ».

Il va sans dire que le Tribunal éprouve également la plus grande compassion à l'égard du peuple argentin, qui est en détresse du fait de telles circonstances, et respecte ses efforts pour surmonter la situation[59].

Cette attitude du Tribunal était déjà un indice que la partie défenderesse serait déboutée. Effectivement, le Tribunal, même s'il compatit avec le traumatisme subi par l'Argentine, il ne reconnaît pas qu'un intérêt essentiel de l'Etat était en danger. «Les effets relatifs qui peuvent être raisonnablement attribuées à la crise ne nous permettent pas de statuer sur une exclusion de l'illicéité », a affirmé le Tribunal[60].

A propos du second point, le Tribunal a essayé de voir si les mesures prises par l'Argentine étaient la seule issue pour remédier la situation et par conséquent aucune alternative n'était envisageable.

Quant à la deuxième partie de la phrase de l'article 25, à savoir, si le péril est grave et imminent, le Tribunal, même s'il admettait que « la situation était suffisamment difficile pour justifier les mesures prises par le gouvernement afin d'éviter que la situation s'aggrave davantage et que l'économie du pays ne soit totalement effondrée ».

Mais, comme on le remarque, le Tribunal ne fournit pas les critères nécessaires sur lesquels il a fondé son raisonnement pour écarter le péril imminent.

En dernier lieu, le Tribunal s'est contenté de l'analyse de l'alinéa(b) du deuxième paragraphe de l'article 25 sur l'état de nécessité ; en d'autres termes, l'Etat argentin a-t-il ou non contribué à la survenance de cette situation ?

Le Tribunal a expliqué que les politiques, mises en œuvre par les gouvernements qui se

sont succédés au pouvoir, ont contribué à la survenance de cette situation[61].

En guise de conclusion, le tribunal a écarté l'état de nécessité invoqué par l'Argentine, puisque les dispositions de l'article 25 du projet d'articles de la Commission du droit international sur la responsabilité des Etats n'étaient pas réunies cumulativement dans ce cas.

Par ailleurs, l'Argentine a, dans une dernière tentative, utilisé l'article XI du TBI qui dispose que ce traité n'empêche pas les parties de prendre les mesures nécessaires au maintien de l'ordre public et de la protection des intérêts essentiels de sécurité[62].

L'appréciation de la crise à la lumière des dispositions de cet article par les arbitres, tout comme ils ont procédé dans le cas de l'état de nécessité, a débouché sur le fait que la situation économique en Argentine était au même niveau que d'autres économies qui, malgré la crise n'ont pas dérogé aux obligations internationales de l'Etat, et en l'espèce, aucune situation de force majeure n'est présente et aucun intérêt essentiel de l'Etat n'est non plus menacé[63].

En outre, le Tribunal s'interrogeait sur le degré de gravité de la crise pour la qualifier d'intérêts essentiels de sécurité « the question is, however, how grave these economic difficulties might be »[64].

Le Tribunal n'exclut pas la possibilité offerte à l'Etat de prendre des mesures de préservation en cas de situation grave, mais l'appréciation de la situation est du ressort du Tribunal.

L'exclusion de la clause d'urgence par le Tribunal est une conséquence directe de l'absence de l'état de nécessité invoqué par l'Argentine.

En conclusion, les éléments de défense de l'Argentine se sont avérés insuffisants pour convaincre le Tribunal arbitral. Le Tribunal a donc statué que l'Argentine a enfreint certaines de ses obligations internationales insérées dans le TBI conclu avec les Etats-Unis,

à savoir, l'obligation d'offrir aux investisseurs états-uniens un traitement juste et équitable et celle de respecter ses engagements avec eux[65].

D- les conséquences pécuniaires suite à la décision du Tribunal

Toutes les tentatives de l'Argentine pour convaincre le tribunal se sont soldées par des échecs; ce qui a conduit évidemment le Tribunal d'allouer à la partie demanderesse une réparation pécuniaire en se basant essentiellement sur des questions économiques et sur des rapports d'experts.

A cet effet, le Tribunal a ordonné le paiement d'une compensation de 133,2 millions de dollars à CMS par l'Argentine suite aux violations du TBI.

En outre, le Tribunal oblige la demanderesse a transféré ses actions à l'Argentine pour éviter toute nouvelle déconvenue contre laquelle cette dernière versera plus de deux millions de dollars[66].

E- L'Argentine dépose une demande d'annulation

Suite à cette décision du Tribunal arbitral dont les conséquences pécuniaires se sont avérées très lourdes, l'Argentine le dos au mur va jouer sa dernière carte, à savoir, la demande d'annulation de la sentence devant un comité ad hoc pour contester la décision du Tribunal.

Rappelons d'abord que contrairement au mécanisme supplémentaire, qui a besoin d'autres outils juridiques nationaux ou internationaux pour que ses sentences soient reconnues ou exécutées, la convention du CIRDI stipule que les sentences rendues seront obligatoires et ne pourront faire l'objet d'aucun appel ou recours non prévus dans la convention, les seules situations où les annulations de la sentences peut être obtenues sont énumérées à l'article 52 qui se lit comme suit :

Chacune des parties peut demander, par écrit, au Secrétaire Général, l'annulation de la sentence pour l'un quelconque des motifs suivants :

- a- vice dans la constitution du Tribunal ;*
- b- Exès de pouvoir manifeste du Tribunal ;*
- c- Corruption d'un membre du Tribunal ;*
- d- Inobservation grave d'une règle fondamentale de procédure ;*
- e- Défaut de motifs[67].*

L'Argentine a basé sa demande d'annulation sur deux des motifs énoncés dans l'article 52 à savoir:

- l'exès de pouvoir manifeste du Tribunal*
- et le défaut de motifs.*

L'exès de pouvoir manifeste du Tribunal arbitral constitue le premier axe de défense des conseils de l'Etat Argentin.

Selon eux, le Tribunal n'aurait pas fait application de l'article XI du TBI relatif à l'adoption par l'Etat de mesures d'ordre public et de sécurité. Le Tribunal aurait également commis une erreur sur le droit applicable en écartant la législation nationale au profit du texte conventionnel.

Le second volet de l'argumentation argentine met en avant l'absence de motifs dans la décision prise par le Tribunal. L'Argentine reproche au Tribunal arbitral des ne pas avoir expliqué pourquoi l'article XI du TBI ne faisait pas obstacle à l'application de l'article II (a) et (b) du TBI.

L'Argentine allègue ensuite que le Tribunal arbitral n'a pas établi les raisons pour lesquelles il avait écarté l'application du principe de nécessité. Enfin le mode de calcul des dommages est également critiqué par l'Argentine[68].

La demande d'annulation a été déposée le 8 septembre 2005, soit dans les délais de 120 jours à partir de la décision du Tribunal au fond, et est toujours, à l'écriture de ces lignes, pendante devant le Tribunal.

Si le Comité ad hoc validerait la demande de l'Argentine, celle-ci serait sûrement confortée, vu les dizaines de procédures à son encontre.

Conclusion

*Cette sentence est qualifiée de sentence phaire par plusieurs chroniqueurs puisqu'elle est la première sentence rendue à l'issue de la crise économique dans laquelle a sombré l'Argentine, et sans nul doute, elle est devenue une référence pour les arbitres dans les autres décisions postérieures, ce qui pourrait laisser dire que les autres sentences, vu leur similarité, auront peut être la même solution. D'ailleurs, la plus récente sentence dans le courant de cette année 2007, à savoir, *Enron Corporation et Ponderosa Assets. L.P c. Argentine (ARB/01/3)* qu'on étudiera après, en est la preuve.*

Par ailleurs, dans cette sentence, on a, pour la première fois, invoqué l'état de nécessité, depuis le dépôt du projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite par la CDI en 2001.[\[69\]](#)

La sentence a aussi mis en évidence deux principes majeurs du droit international : l'estoppel comme notion générale à tous les traités (qu'ils soient bilatéraux ou multilatéraux) et l'intangibilité des contrats d'investissement.

L'estoppel désigne la stabilité de l'environnement juridique, mais ne signifie en aucun cas que la vie est pérenne ; les investisseurs sont venus en Argentine à la lumière des données avancées par cet Etat, donc si les conditions économiques, politiques et sociales ont changé en Argentine à cause de la crise économique qui l'a secoué; l'investisseur n'y est pour rien, et le traité doit être catégoriquement respecté. L'Etat est libre de prendre les mesures qu'il juge opportunes, et entre autres, les mesures d'urgence comme c'est le cas ici, mais il a

toujours l'obligation d'honorer ses engagements.

Quant à l'intangibilité, elle signifie que les contrats et traités d'investissement sont considérés comme une obligation[70].

Un dernier point peut être soulevé de la décision des arbitres, il s'agit de la responsabilisation du peuple argentin, évidemment à travers son représentant, le gouvernement. Malgré sa conscience de la crise que traverse l'Argentine, d'ailleurs comme on l'a déjà vu, il a éprouvé sa compassion à l'égard du peuple argentin, il a rendu sa décision, qui, par ses conséquences pécuniaires lourdes ne peut qu'aggraver et compliquer la vie des argentins, puisque ces montants que doit payer l'Etat seront prélevés du pouvoir d'achat du peuple.

Où on est donc des droits de l'Homme ?

Section 2 : Enron corporation et Ponderosa Assets c.Argentine, du 22 mai 2007

Le 22 mai 2007, un Tribunal du CIRDI^[71], a rendu, à l'unanimité, une sentence arbitrale relative au différend qui opposait Enron corporation et Ponderosa Assets à la République argentine.

L'origine de cette sentence remonte au 26 février 2001, date à laquelle les demandeurs ont déposé devant le CIRDI une première demande d'arbitrage qui concerne les mesures fiscales dont fût l'objet la Transportadora Gas del sur. Par ailleurs, et conformément à l'article 4 du Règlement d'arbitrage², les demandeurs ont déposé une demande accessoire liée à la crise financière qui a secoué l'Argentine.

A- Exposé des faits

A partir de 1989, Le Gouvernement argentin a entrepris un vaste programme de privatisation d'entreprises publiques, incluant entre autres secteurs principaux de l'économie le transport et la distribution du gaz. Dans le but de structurer l'économie argentine, la loi 23.928 relative à la convertibilité de la devise a été promulguée en 1991. Plusieurs traités bilatéraux d'investissement ont été conclus par l'Argentine^[72]. De nouvelles règles régissant le transport et la distribution du gaz ont été fixées par la loi 24.076 de 1992 et c'est dans ce cadre que deux compagnies principales de transport de gaz ont été créées, il s'agit de la Transportadora de Gas del Norte (TGN) et la Transportadora de Gas del sur (TGS). Afin de faciliter le processus de privatisation, une licence de transport de gaz, d'une durée de 35 ans, a été signée par TGS et le Gouvernement argentin l'a approuvée par décret 2458/92.

Encouragée par les offres et garanties du Gouvernement argentin la société Enron va investir dans la TGS un capital de 343.945.134 dollars américains, ce qui équivaut 35.263% des actions de la TGS. Cette dernière se voit réclamer par les autorités fiscales de différentes provinces un montant total de 800 millions de dollars^[73]. La société Enron estime que cette imposition est non justifiée et saisit le CIRDI le 26 février 2001 sur la base du traité bilatéral de protection des investissements conclu entre les États-Unis et l'Argentine.

Pour encourager les investisseurs étrangers à s'implanter en Argentine, divers

avantages leur ont été offerts. Parmi ces avantages, il y a d'une part, l'ajustement semestriel des tarifs. En effet, l'article 41 de la loi de gaz a prévu cet ajustement « selon une formule basée sur les indicateurs du marché international », cette formule n'a pas été définie par la loi. Cependant, les règles de base de la licence précisent que l'ajustement doit être opéré semestriellement et être lié à l'indice des prix de production des USA. C'était également l'information fournie aux investisseurs étrangers dans le " Mémoire d'information ".

D'autre part, parmi les garanties offertes aux investisseurs étrangers figurent le droit de calculer les tarifs en dollars américains^[74], l'engagement de ne pas geler les prix sans compensation et l'obligation de ne pas modifier la licence sans le consentement des concessionnaires.

Tout au long des années 90, le système de normalisation du secteur de transport et de distribution du gaz a fonctionné sans difficulté, marqué par la modification périodique des prix en fonction du coût de gaz naturel et l'ajustement suivant les variations de l'IPP aux USA. Mais vers la fin de 1999, la situation a commencé à changer. En effet, un accord a été signé le 6 janvier 2000 reportant pour une période de six mois l'ajustement IPP, avec engagement du Gouvernement pour les industriels de récupérer l'augmentation reportée avec les intérêts. Néanmoins, cet accord s'est avéré de courte durée puisque quelques mois plus tard, le Gouvernement va exiger le gel des tarifs pour une période de deux ans.

Le 6 janvier 2002, le Gouvernement argentin décréta la loi n°25.561 (la loi d'urgence), qui est au cœur de beaucoup d'autres réclamations. Cette loi met fin à la parité entre le peso et le dollar et a éliminé le droit de calculer les tarifs en dollars américains.

Ces mesures d'urgence entreprises par le Gouvernement argentin sont au cœur de la demande accessoire des demandeurs qui fut déposée devant le CIRDI le 25 mars 2003, sur la base du TIB USA-Argentine.

Le tribunal se prononça d'abord sur sa compétence avant de trancher le fond du litige.

B- Décisions sur la juridiction

Dans sa décision du 14 janvier 2004, le tribunal s'est déclaré compétent pour connaître du différend relatif aux mesures fiscales. Dans une autre décision, datée du 2 août 2004, le même tribunal se déclare également compétent pour connaître du litige objet de la demande accessoire.

a/ Compétence à propos du différend relatif aux " stamp taxes"

Nombreuses sont les exceptions d'incompétence soulevées par l'Argentine. Il faut signaler que les objections de l'Argentine dans cette affaire ne diffèrent pas de celles déjà exprimées lors du différend avec la CMS.

◆ -Le jus standi

La défenderesse ne conteste plus la qualité pour agir des actionnaires minoritaires comme ce fût le cas lors de l'affaire CMS Gas c/ Argentine, mais soutient que cette qualité est limitée. Cette allégation est réfutée par les demandeurs en expliquant que leur demande concerne uniquement les préjudices qu'ils ont subi en tant qu'investisseur américain.

Le tribunal, pour définir les droits des actionnaires protégés par le TBI, adopte les définitions larges d' « investissement » et d' « investisseurs » sur lesquelles se sont basés les tribunaux arbitraux pour résoudre la question du jus standi. En second lieu, le tribunal examine si le consentement à l'arbitrage a été donné pour des différends avec de tels investisseurs. Le tribunal a estimé que « les invitations répétées du gouvernement argentin aux investisseurs privés pour qu'ils prennent des participations dans les sociétés en voie de privatisation suffisent au tribunal à affirmer que leurs droits sont protégés par le traité »^[75]. Etant qualifiés d'investisseurs à part entière par le Tribunal CIRDI, les demandeurs acquièrent la qualité pour agir, en dépit de leur statut d'actionnaires

minoritaires.

◆-L'absence de lien direct avec un investissement

L'Argentine soutient que les demandeurs n'ont pas le droit d'agir car le différend est fiscal, par conséquent, il n'est pas lié directement à un investissement puisqu'il affecte uniquement les sociétés dans lesquelles les investisseurs possèdent des actions et non pas les actions elles mêmes.

Le Tribunal rejette cette objection.

◆-L'exclusion des problèmes fiscaux du champ d'application de la clause de règlement des différends du TBI

L'Argentine se réfère à l'article XII du TBI USA-Argentine pour contester l'arbitrabilité des problèmes fiscaux. En effet, la défenderesse soutient qu'elle n'est tenue que d'une obligation de moyen et non d'une obligation de résultat. En d'autres termes l'Argentine doit simplement essayer de traiter les investisseurs de manière juste et équitable. Cette interprétation du texte est non seulement contestée par les demandeurs, mais, aussi rejetée par le Tribunal qui refuse l'idée que le TBI ne pose qu'une simple obligation de moyen car cela permettrait à l'Argentine d'exproprier impunément par les mesures fiscales.

Ainsi, le droit d'agir est reconnu aux demandeurs.

◆-L'absence d'autorisation d'investir

L'Argentine ne qualifie pas d'autorisation d'investir ou d'accord sur l'investissement, au sens du TBI, le transfert des actions. Mais, le Tribunal indique que l'investissement est constitué d'une multitude d'éléments : les accords, les contrats, les licences ... Par suite ce moyen est aussi rejeté par le Tribunal.

◆-Le caractère hypothétique du différend

Pour l'Argentine, le différend est hypothétique du fait qu'elle n'a pas collecté les taxes. Cette argumentation est rejetée par le Tribunal au motif que c'est la décision de collecter les taxes qui compte et non pas la collecte en elle-même.

◆-Les recours offerts aux demandeurs et pouvoir d'injonction

Selon l'Argentine, toute possibilité de recours offerte à Enron bénéficie automatiquement à la TGS qui n'est pas partie à l'instance, cela reviendrait à accorder des bénéfices indus à un tiers à l'instance.

Quant au Tribunal, il estime que si un remède, en plus de la protection des droits de l'investisseur, bénéficie à un tiers qui a un lien avec l'affaire, cela ne peut faire l'objet d'objection sur la juridiction.

D'autre part, l'Argentine soutient que la convention de Washington et le TBI USA-Argentine n'accordent pas le pouvoir d'injonction à un tribunal arbitral. Autrement dit, le Tribunal ne pourrait ordonner le paiement de dommages et intérêts, mais, uniquement émettre une déclaration de principe au sujet des mesures fiscales.

Le Tribunal déclare qu'il possède le pouvoir d'injonction pour ordonner l'arrêt des mesures entraînant une violation du droit international ou des obligations contractées par l'Etat.

◆-Notification des demandes à l'encontre de nouvelles provinces

L'Argentine conteste le fait que les demandeurs ne lui ont notifié que les demandes relatives aux actes concernant deux provinces alors que leur demande se fonde aussi sur des violations engendrées par d'autres provinces. Le Tribunal note qu'il serait superflu, injustifié et inefficace d'ordonner qu'une procédure séparée soit engagée pour les autres provinces, il ajoute qu'il est plus raisonnable de refuser une multiplication artificielle des procédures.

◆-La clause de l'option irrévocable

La question qui se pose à ce niveau est de savoir si l'engagement des poursuites devant les juridictions internes par TGS empêche qu'un tribunal CIRDI connaisse du différend.

Pour le Tribunal la réponse est par la négative puisque, d'une part, les recours internes n'étaient pas intentés par les demandeurs devant le CIRDI. D'autre part, la demande introduite par la TGS, qui est une réaction aux mesures fiscales, revêt un caractère défensif, par conséquent, elle n'a pas été engagée par sa propre initiative.

La clause de l'option irrévocable n'est donc pas actionnée.

Ainsi, toutes les objections évoquées par l'Argentine ont été rejetées par le Tribunal qui se déclare compétent pour connaître de l'affaire.

b/ compétence sur la demande accessoire

Le 02 août 2004, le Tribunal a rendu sa décision sur la juridiction relativement à la demande accessoire introduite par Enron corporation et Ponderosa Assets.

Le tribunal a statué sur sa compétence eu égard à la situation suivante :

Le refus de l'Argentine de permettre l'ajustement des tarifs suivant l'indice des prix de production des USA, l'établissement de la loi n° 25.561 qui a annulé l'ajustement et le calcul des tarifs en dollars américains. Ces mesures violent les engagements contractés par l'Argentine en vertu du TBI USA-Argentine.

L'Argentine a, cette fois-ci, soulevé cinq exceptions d'incompétence. Force est de constater qu'il y a une grande similitude entre ces objections et celles présentées le 14 janvier 2004, ce qui pose la question de l'existence du principe du stare decisis. En effet, il s'agit dans cette demande accessoire des mêmes faits et le Tribunal, dans le souci de l'économie jurisprudentielle, pouvait, sinon devait, se référer à sa décision précédente pour se déclarer compétent.

◆-L'absence du jus standi

Désormais, les actionnaires minoritaires sont des investisseurs à part entière, ils ont donc qualité pour agir. L'objection présentée par l'Argentine à ce sujet est rejetée par le Tribunal qui s'appuie sur des décisions précédentes pour renforcer sa position sur la question de la qualité pour agir.

◆-Violation de l'article 25 de la convention de Washington

L'article 25 (1) de la convention de Washington stipule : " La compétence du centre s'étend aux différends d'ordre juridique entre un Etat contractant (ou telle collectivité publique ou tel organisme dépendant de lui qu'il désigne au centre) et le ressortissant d'un autre Etat contractant qui sont en relation directe avec un investissement et que les parties ont consenti par écrit à soumettre au centre. Lorsque les parties ont donné leur consentement, aucune d'elles ne peut le retirer unilatéralement."

L'une des conditions posées par cet article pour que le CIRDI se déclare compétent est que le différend soit en relation directe avec un investissement. L'Argentine s'appuie sur cette disposition pour contester la compétence du Tribunal.

Le tribunal s'appuie sur des précédents jurisprudentiels^[76] " pour renforcer sa position quant à la qualité pour agir d'une personne privée ayant une participation directe ou indirecte ou exerçant un contrôle sur des investissements"^[77].

◆-La clause attributive de compétence

La question fondamentale qui se pose à ce niveau est relative à la portée de la clause attributive de compétence contenue dans le contrat par rapport à celle contenue dans le traité. En effet, les demandes fondées sur le contrat ne devraient pas être tranchées par un tribunal arbitral constitué en vertu d'un TIB. L'Argentine utilise cette argumentation pour réfuter la compétence du Tribunal.

Le tribunal répète ce qu'il a déjà énoncée dans sa première décision : " il y a sans aucun doute des questions relatives au contrat mais l'essence même des demandes se fonde sur des violations du traité" [78]. Le Tribunal rejette ainsi cette exception d'incompétence soulevée par la défenderesse.

L'argentine soulève également le fait que le différend a été soumis préalablement aux juridictions internes mais, le Tribunal réfute aussi ce moyen et se déclare compétent pour connaître de l'affaire.

C- Décision sur le fond

Il faut signaler d'emblée qu'après la décision sur la compétence relative aux mesures fiscales rendu, les demandeurs ont invité, le 28 mai 2004 le Tribunal à suspendre les démarches pour une période de six mois afin de donner une chance aux juridictions argentines de trancher le litige. De son côté, la défenderesse a demandé la suspension de la procédure mais pour une période de dix-huit mois. Le tribunal, le 10 juin 2004, déclara la suspension de la procédure pour une période de huit mois^[79]. Le 8 décembre 2005, le Tribunal a publié l'ordonnance relative à la cessation de la procédure relative au différend sur les mesures fiscales^[80]. Désormais, le Tribunal se penchera uniquement sur la demande accessoire.

a/ Les mesures desquelles se sont plaints les demandeurs

*Les demandeurs ont contesté devant le Tribunal les mesures suivantes : -
Aucun ajustement des tarifs suivant l'IPP des Etats-Unis depuis 1999 : en effet, tout au long des années 90, le système de normalisation conçu pour le transport de gaz fonctionnait sans difficultés, il était marqué par la modification périodique des tarifs suivant l'IPP des Etats-Unis. Cependant, un accord de suspension de l'ajustement des tarifs, pendant six mois, a été signé le 6 janvier, entre le gouvernement et les industriels. Un deuxième accord*

est intervenu le 17 juillet 2002 suspendant pour deux ans l'ajustement des tarifs suivant l'IPP des Etats-Unis. Peu de temps après ce deuxième accord l'Ombudsman argentin a demandé une injonction juridique contre le décret 669/00 au motif qu'il est inconstitutionnel. L'injonction est accordée le 18 août 2002 et depuis, aucun ajustement suivant l'IPP des Etats-Unis n'a été fait.

- La loi d'urgence : la crise financière continuait à s'aggraver ce qui amena le gouvernement argentin à décréter, le 6 janvier 2002, la loi d'urgence (loi n° 25.561), qui a éliminé le droit de calculer les tarifs en dollars américains et a autorisé la dévaluation du peso.

b/ Effets préjudiciables

Les demandeurs classent les effets préjudiciables des mesures gouvernementales en deux secteurs : le premier est l'incapacité de TGS de fixer son financement international puisqu'elle n'a pas pu restructurer sa dette ce qui a conduit à sa dévaluation. Quant au second, les demandeurs soutiennent que l'absence de l'ajustement des tarifs suivant l'IPP des Etats-Unis, rien que durant la période 2000-2001, a entraîné une perte de 15.8 millions dollars américains, alors que la loi d'urgence a diminué la valeur des affaires de la compagnie de plus d'un milliard de dollars américains.

c/ Revendications des demandeurs

Les demandeurs soutiennent que les diverses mesures entreprises par le gouvernement argentin constituent une violation à la fois des engagements en vers les investisseurs et des engagements contractuels contenus dans la licence de transport de gaz. Ils ajoutent, en outre, que ces engagements étaient déterminants pour investir en Argentine. Ces engagements incluent en particulier le droit de calculer les tarifs en dollars américains, l'ajustement semestriel suivant l'IPP des Etats-Unis, l'obligation de ne pas geler les tarifs et de ne pas les soumettre au contrôle des prix sans compensation ainsi que l'obligation de

ne pas modifier la licence unilatéralement sans consentement du concessionnaire. Ces mesures constituent, pour les demandeurs, une expropriation directe et indirecte. Ils estiment également qu'ils n'ont pas bénéficié d'un traitement juste et équitable compatible avec leurs espérances légitimes, que la défenderesse a enfreint à la clause " Umbrella " ni de la pleine protection et de la sécurité. Par ces mesures, la défenderesse a violé le TBI conclu entre les Etats-Unis et l'Argentine.

d/ Décision du Tribunal arbitral

Le 22 mai 2007, le Tribunal rend sa sentence sur le fond en décidant :

-La défenderesse a violé son obligation de fournir un traitement juste et équitable à l'investisseur garanti par l'article II (2) (a). La défenderesse a violé les engagements garantis par l'article II (2) (c) du TBI.

-La défenderesse payera aux demandeurs 106.2 millions de dollars américains.

- la défenderesse payera des intérêts pour la période du 1er janvier 2002 jusqu'à la date de l'expédition de la sentence.

-Chaque partie payera la moitié des coûts de l'arbitrage et supportera ses propres coûts.

- Toutes les autres réclamations sont écartées.

D- Analyse de la décision

La sentence arbitrale a été prise à la lumière de l'analyse par le Tribunal de quelques points juridiques que l'on peut présenter comme suit :

a/ Expropriation directe et indirecte

La réclamation principale dans cette affaire est que les mesures adoptées à partir de 2000, et en particulier la loi d'urgence, ont exproprié directement et indirectement les

investisseurs en violation de l'article IV du TBI.

Le Tribunal estime qu'une expropriation directe ne peut avoir lieu sans qu'au moins certains composants essentiels des droits de propriété ne soient transférés à un bénéficiaire différent^[81] et que dans cette affaire même s'il y a eu transfert d'avantages économiques, cela n'a pas affecté un élément légal de la propriété.

*Quant à l'expropriation indirecte, tout en constatant qu'elle peut résulter de beaucoup de mesures, il n'a pas été convaincu de son existence dans cette affaire qu'il n'y avait aucune interférence appréciable avec les opérations quotidiennes de la compagnie. Le Tribunal se réfère à l'affaire *Talbot et Pope*^[82] qui précise les mesures susceptibles d'équivaloir une expropriation indirecte.*

La défenderesse a qualifié d'inopportun d'invoquer simultanément l'expropriation directe et indirecte. Tout en admettant cet argument, le Tribunal refuse le rejet d'une réclamation d'un demandeur qui ne qualifie pas avec précision les mesures desquelles il se plaint. La plainte relative à l'expropriation directe et indirecte est donc rejetée par le Tribunal.

b/ Traitement juste et équitable

En l'absence d'une définition unanimement acceptée, le principe de traitement juste et équitable demeure une œuvre jurisprudentielle. Conscients de cette réalité, les demandeurs se sont appuyés sur de précédentes affaires pour renforcer leur position quant au non respect de la défenderesse de ce principe. Ainsi, le principe signifie " un traitement compatible avec les espérances des investisseurs étrangers ^[83], comme il signifie aussi " l'observation des arrangements sur lesquels l'investisseur à compter pour investir^[84]. En outre, une autre signification est attribuée au principe, à savoir " le maintien d'un cadre légal stable^[85].

L'Argentine avait garanti que les tarifs seront calculés en dollars américains, convertis en pesos au moment de la facturation, elle avait aussi garanti un ajustement semestriel des

tarifs suivant l'IPP des Etats-Unis, ensuite, la défenderesse a garanti que les tarifs ne seraient pas gelés ou soumis au contrôle sans compensation. Il n'y a pas de doute que ces garanties étaient déterminantes dans l'établissement de ces investisseurs en Argentine. Le tribunal note que : " étant donné la portée du processus de privatisation en Argentine, de sa commercialisation au plan international, et de l'enchâssement statutaire du régime des tarifs, Enron a eu raisons de compter sur de telles conditions"^[86]. Mais, une décennie plus tard, toutes les garanties ont été démantelées, la stabilité et la certitude ont cédé place au doute et à l'ambiguïté. Le cadre juridique stable qui a séduit les investisseurs n'est plus disponible. Il y a donc une infraction au traitement juste et équitable prévu par le TIB.

c/ La clause Parapluie

L'article II (2) (c) du traité demande aux parties de respecter les engagements pris envers les investisseurs de l'autre partie. La question qui se pose alors est la suivante : ces " engagements", doivent ils être limités à ceux contenus dans les accords d'investissements entre un Etat et un investisseur étranger ou doivent ils être étendus à tout engagement contenu dans un contrat ou dans une loi interne et par conséquent toute violation de cette disposition constitue une violation du TBI ?

Les tribunaux adoptent des interprétations parfois divergentes. Dans cette affaire, le Tribunal a soutenu que la disposition du traité en question autorise la société Enron à réclamer que des infractions de contrat (licence de distribution de gaz) et de la législation interne s'élèvent au niveau des infractions du traité, bien qu'Enron n'ait été pas partie à la licence de distribution de gaz (et donc L'Argentine n'a pris aucun engagement envers Enron). Force est de constater que le Tribunal s'écarte de la position qu'il a prise dans certaines affaires^[87], et conclut à ce que la défenderesse a violé la clause parapluie.

d/ Autres infractions

D'autres réclamations ont été faites par les demandeurs. Elles concernent la clause de

sécurité et la pleine protection. Les requérants demandent une interprétation large de l'article II (2) (b) qui impose qu'un traitement discriminatoire ou arbitraire ne soit pas offert aux investisseurs de l'autre partie. Mais cette réclamation a été rejetée par le Tribunal.

Quant à l'état de nécessité invoquée par la défenderesse, le Tribunal a rejeté toutes les allégations en reprenant quasiment la même argumentation poursuivie lors de l'examen de l'affaire CMS Gas c. Argentine, sans pour autant fournir les justifications nécessaires.

L'ultime refuge pour l'Argentine réside dans la possibilité de demander l'annulation de cette sentence. Mais, minimes sont les chances pour qu'elle s'en sorte saine et sauve.

Conclusion

Désormais, aucun différend n'échappe à la compétence du CIRDI. Le centre fait une interprétation très large de la convention de Washington.

En outre, cette sentence confirme l'absence de la règle du stare decisis dans l'arbitrage international, ce qui peut ne pas rassurer les parties aux litiges ni la doctrine qui a pour mission d'élaborer des schémas explicatifs. Si lors de l'affaire LG & E c. Argentine, le Tribunal a estimé que la défenderesse a eu droit au moins au cours de 17 mois de la crise à prévaloir l'état de nécessité, il s'est écarté de cette position dans cette affaire tout comme c'était le cas lors de l'affaire CMS Gas c. Argentine. Il est tout à fait légitime de s'interroger si cette convergence (dans le cas de la CMS Gas) n'est pas liée au fait que c'est le même président ; Professeur Francisco Orrego-Vicuña; qui a siégé dans les deux affaires.

Enfin, force est de signaler que certaines conclusions des arbitres nécessitaient plus de justifications quand le point de l'état de nécessité a été tranché, le Tribunal a soutenu que les mesures d'urgence n'étaient pas le seul moyen possible, sans toutefois, préciser quels sont ces autres moyens dont disposait la défenderesse.

A première vue, les sentences CIRDI semblent privilégier les investisseurs étrangers au détriment du pays hôte, cela risque d'affecter l'image du centre et l'image de l'arbitrage en général.



En guise de conclusion, il paraît logique et raisonnable de s'interroger, à la lumière du cas argentin, sur l'efficacité et la crédibilité de la politique trop libérale qui laisse les portes grandes ouvertes au flux d'investissements. En d'autres termes, l'adoption du modèle américain établissant le principe de la liberté d'accès des investisseurs, n'est-il pas dangereux pour les économies émergentes ? En conséquence, pour un pays en développement, ne doit-il pas adopter le modèle européen qui laisse à l'Etat d'accueil la liberté de définir dans quelles conditions il souhaite recevoir des investissements et user de son pouvoir discrétionnaire pour les accueillir.

Le cas Argentin, laisse planer une sorte de réticence vis-à-vis de la politique économique trop libérale, voire de son mode de règlement de différends par le biais de l'arbitrage devant le CIRDI. En effet, les investisseurs étrangers qui proviennent

en majorité des pays développés ont trop de droits ; des droits presque sans limite à tel point que la souveraineté des pays hôtes est remise en cause.

D'ailleurs, cette réticence vis-à-vis de l'arbitrage du CIRDI vient de se concrétiser récemment, le 2 mai 2007, suite à la notification[88], par la Bolivie, à la banque mondiale, d'une lettre de dénonciation de la convention de Washington. La dénonciation sera effective 6 mois après la réception de ladite lettre, c'est-à-dire, le 3 novembre 2007. La Bolivie a apparemment retenu la leçon du cas argentin ; elle veut donc anticiper les événements pour éviter de sombrer dans une telle situation.

Mais, on ne peut jeter le bébé dans l'eau, puisque cette analyse peut s'avérer trop restrictive si on fait une étude approfondie de la crise économique qui a déséquilibré l'Argentine.

Les raisons de cette situation ne peuvent qu'incomber aux gouvernements qui se sont succédés en Argentine. En effet, comment peut on accepter que le gouvernement argentin, à partir de 1995, puisse s'obliger de promettre aux investisseurs, notamment américains, des garanties de stabilité sur une période de 35 ans ? Et comme on l'a vu, il n'a pas pu tenir ses promesses même pour une décennie.

Par ailleurs, les conseils juridiques de l'Etat argentin sont restés, au cours des plaidoiries dans les affaires, si nombreuses, portées devant le CIRDI figés et fixés sur les mêmes prétentions sans pour autant essayer d'explorer d'autres champs des droits de l'Homme, du moment que c'est le peuple argentin qui est la victime de cette tragédie.

Le droit international doit donc évoluer dans le sens où, les investisseurs, notamment les transnationales, doivent être solidaires pendant la survenance des crises économiques dans les pays d'accueil en contrepartie des profits qu'ils y réalisent.

Les Tribunaux arbitraux auraient dû au mois dans les sentences rendues sur le fond, octroyer aux investisseurs des réparations raisonnables en prenant en considération la situation désastreuse du peuple argentin et en incitant les investisseurs à faire preuve de solidarité.

D'ailleurs, le fait d'écarter totalement l'état de nécessité invoqué par l'Argentine malgré la compassion des arbitres à l'égard du peuple argentin, montre bien l'absence de l'aspect social dans les décisions du CIRDI.

Finally, on peut recommander aux Etats dont les économies sont fragiles, notamment l'Argentine, de profiter des nouvelles tendances, en ce qui concerne le nouveau modèle d'accords sur les investissements conclus par les EUA, en adaptant leurs futurs accords à ces tendances qui sont au nombre de trois : [89]

- En matière de libéralisation et de transfert de capitaux de portefeuille... il est toujours utile aux pays possédant un marché financier fragile de posséder certains outils pour contrôler le flux de capitaux dans les périodes de turbulence financière. Or, si les anciens accords privaient les Etats de ces outils, un modèle alternatif présent actuellement dans les accords Etats-Unis/ Chili et Etats-Unis/ SINGAPOUR, redonne dans une certaine mesure ces outils aux Etats.

- Suite aux échecs successifs des négociations multilatérales (à l'OMC) et régionales (dans le cadre de la ZLEA) font en sorte que les EU cherche à conclure à tout prix et rapidement des ententes bilatérales de libre échange. Cette conjoncture permet probablement aux pays partenaires d'arracher quelques compromis aux EUA comme l'on fait par exemple SINGAPOUR et le CHILI pour les transferts de capitaux et l'Australie pour l'absence (sauf interprétation contraire) de mécanisme de règlement des différends investisseur- Etat.

- En dernier lieu, des éclaircissements sont apportés dans le nouveau modèle d'accords sur l'investissement des EUA en ce qui concerne l'expropriation et le standard minimal de traitement. Ainsi pour les expropriations, notamment les expropriations indirectes, et pour déterminer si une mesure constitue ou non une expropriation indirecte (et, du coup, nécessite une compensation), l'interprète devra, selon les instructions du nouveau modèle, faire une enquête pour connaître dans quelle mesure l'action gouvernementale a eu un impact sur la valeur économique de l'investissement ou sur les attentes raisonnables de profits ainsi que pour le caractère de l'action gouvernementale. Enfin, si des mesures seront prises de façon

non discriminatoire, des actions gouvernementales prises à des fins de bien-être public, par exemple, afin de protéger la santé publique, l'environnement et la sécurité, ne seront pas considérés comme étant des expropriations.

- Pour ce qui est de l'éclaircissement de certaines ambiguïtés du standard minimum de traitement, le nouveau modèle cherche à combler les lacunes des règles plus concrètement posées, d'assurer un plancher sous lequel le traitement accordé aux investisseurs étrangers ne peut tomber même s'il est accordé sans discrimination par rapport aux investisseurs nationaux, ainsi que du respect de certaines règles de source coutumière telle que l'assurance de voir les décisions judiciaires être dûment appliquées.

Les prochaines décisions arbitrales, en matière d'investissement, notamment celles qui concernent les affaires pendantes devant le CIRDI, apporteront sûrement d'amples explications aux orientations futures des règlements de différends investisseurs -Etat.

Liste des références

1. Société française de droit international, en ligne
« <http://www.sfdi.org/actualites/a2006/Sentinelle%2063.htm> ».
2. Arnaud Zacharie, Aux origines de la crise argentine, en ligne: http://www.oulala.net/Portail/imprimer.php3?id_article=107
3. https://hal.ccsd.cnrs.fr/view_by_stamp.php?
4. Hugo Ruiz Diaz, l'accord bilatéral sur les investissements entre les EUA et l'Argentine ou la démission du pouvoir public en faveur des multinationales, 2003, en ligne :
http://www.cadtm.org/article.php3?id_article=1314 ».
5. www.edc.ca/french/docs/gargentina_f.pdf
6. Fernando Krakowiak, Tribunal CIADI : aberration des traités bilatéraux d'investissement, en ligne :
« http://www.elcorreo.eu.org/article.php3?id_article=2358 ».
7. Frédéric Marty, Les partenariats public privé dans les pays développement : Déterminants, risques et difficultés d'exécution, en ligne :
"<http://beagle.u-bordeaux4.fr/jourdev/Papers/Marty-Voisin.pdf>
8. Electricidad Argentina SA. Et EDF International SA. c. Argentine (ARB/03/22).

9. Enron Corporation et Ponderosa Assets, LP c. Argentine (compétence) (2004) affaire n° : ARB/01/3, en ligne:
« <http://www.sfdi.org/actualites/a2004/Sentinelle%2063.htm> »
10. Dettes publiques et le FMI, Restructuration de la dette de l'Argentine, en ligne :
« http://projetscours.fsa.ulaval.ca/gie-64375/argentine/dettes_publiques.html »
11. Manifestation et effets de la crise économique, en ligne:
« <http://www.irenees.net/fr/fiches/analyse/fiche-analyse-95.html> ».
12. Julien Fouret et Me Dany Khayat, centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements, en ligne :
« http://www.sqdi.org/volumes/pdf/71.1_-_Fouret_-_Khayat.pdf ».
13. AES Corp c. Argentine (compétence) (26/04/2005) affaire n ARB/02/17.
14. Sempra Energy Internacional c. Argentine (compétence) (11/05/2005) affaire n ARB/02/16, société française de droit international, en ligne :
« <http://www.sfdi.org/actualites/a2006/Sentinelle%2063.htm> ».
15. Cammuzi International SA c. Argentine (compétence) (11/05/2005 affaire n ARB/03/2) (10/06/2005 affaire n ARB/03/). Société française de droit international, en ligne :
« <http://www.sfdi.org/actualites/a2006/Sentinelle%2063.htm> ».
16. Compañia de Aguas del Aconquija, S.A. et Vivendi Universal (ex. Compagnie Générale des Eaux) c. République argentine, Affaire No ARB/97/3, Décision du Comité ad hoc du 3 juillet 2002.
17. Salini Costruttori S.p.A. et Italstrade S.p.A c. Royaume du Maroc, Affaire n°: (ARB/00/4), Décision du 23 juillet 2001 sur la compétence.

18. Lanco International Inc.c Argentine (ARB/97/6).
19. CMS Gas Transmission Company c. République argentine, Affaire n°:ARB/01/8, Décision du Tribunal du 17 juillet 2003 sur les exceptions d'incompétence.
20. LG&E c.Argentine (compétence) (2004) affaire n°: (ARB/02/1) en ligne :

« <http://www.worldbank.org/icsid> »

21. Gas Natural SDG SA c.Argentine (compétence) (17/06/2005) affaire n°: ARB/03/10 société française de droit international, en ligne:

« <http://www.sfdi.org/actualites/a2006/Sentinelle%2063.htm> ».

22. <http://www.worldbank.org/icsid>.

23. Azurix c.Argentine,14/07/2006,en ligne:

« <http://www.sfdi.org/actualites/a2006/Sentinelle%2063.htm> ».

24. Continental Casualty Company c. Argentine (ARB /03/9) du 22 Février 2006 en ligne:

« <http://www.sfdi.org/actualites/a2006/Sentinelle%2063.htm> ».

25. Suez, AGBAR & Interaguas c.Argentine (ARB/03/17) du 16 Mai 2006 en ligne:

« <http://www.sfdi.org/actualites/a2006/Sentinelle%2063.htm> ».

26. SARL. Benvenuté c.Congo (ARB /77/2 du 08/08/1980.)

27. Rémi Bachand, poursuites CIRDI contre l'Argentine, en ligne :

« <http://www.worldbank.org/icsid> ».

28. Suez, AGBAR & Interaguas c.Argentine (ARB/03/17) du 16 Mai 2006 en ligne:

« <http://www.sfdi.org/actualites/a2006/Sentinelle%2063.htm> ».

29. El Paso c. Argentine (27/04/2006), en ligne :
 « <http://www.sfdi.org/actualites/a2006/Sentinelle%2063.htm> »
30. Siemens, A.G.v.Argentine,(ARB/02/8).
31. J.Fouret et D.khyat, Revue québécoise de droit international, en ligne :
 « <http://www.Bankmondial.org/icsid> »
32. Hotels Limited .v.Egypte (ARB/98/4).
33. Guillaume Arean, en ligne :
 « www.sfdi.org/actualités/sentinelle%2042.htm ».
34. R. Bachand, CMS c.Argentine, 1ère réflexion sur une sentence qui deviendrait célèbre, en ligne:
 « http://www.uqm.ca/noble/ieim/img/pdf/bcahand_cms.pdf »
35. [http:// www.sqdi.org/volumes/cms_volume_tablemat.php](http://www.sqdi.org/volumes/cms_volume_tablemat.php)
36. CME République tchèque B.V. c. République tchèque (UNCITRAL), décision partielle du 13 septembre 2001.

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION	1
Partie I: la crise argentine et les décisions CIRDI sur la compétence	4
Section1: la crise argentine et les mesures entreprises	4
A- Origines et conséquences de la crise	4
B- Mesures entreprises	7
Section 2 : les décisions sur la compétence	10
A- la règle du Stare decisis ou (le précédent obligatoire)	11

B- Le jus standi ou (La qualité pour agir)	14
C- La clause de l'option irrévocable (The fork in the road)	16
D- Le fondement des violations alléguées (Contract claim /treaty Claim)..	17
Partie 2: Etude de deux sentences CIRDI rendues sur le fond...	20
Section 1 : CMS GAS TRANSMISSION c. Argentine	20
A- Résumé des faits	21
B- De la compétence	22
C- Du Fond	24
D- les conséquences pécuniaires suite à la décision du Tribunal	30
E- L'Argentine dépose une demande d'annulation.	30
Conclusion	32
Section 2 : Enron corporation et Pondero Assets c.Argentine, du 22 mai 2007.....	34
A- Exposé des faits	34
B- Décisions sur la juridiction	36
C- Décision sur le fond	41
D- Analyse de la décision	44
CONCLUSION	47
CONCLUSION	48
BIBLIOGRAPHIE	52

[1] -Arnaud Zacharie, Aux origines de la crise argentine, en ligne:

« http://www.oulala.net/Portail/imprimer.php3?id_article=107 »

[2]- https://hal.ccsd.cnrs.fr/view_by_stamp.php?

[3] -Hugo Ruiz Diaz, *l'accord bilatéral sur les investissements entre les EUA et l'Argentine ou la démission du pouvoir public en faveur des multinationales*, 2003, en ligne :

« http://www.cadtm.org/article.php3?id_article=1314 ».

[4] -www.edc.ca/french/docs/gargentina_f.pdf

[5] -Fernando Krakowiak, *Tribunal CIADI : aberration des traités bilatéraux d'investissement*, en ligne :

« http://www.elcorreo.eu.org/article.php3?id_article=2358 ».

[6] -Frédéric Marty, *Les partenariats public privé dans les pays développement : Déterminants, risques et difficultés d'exécution*, en ligne :

"<http://beagle.u-bordeaux4.fr/jourdev/Papers/Marty-Voisin.pdf> ».

[7] -Ibid.

[8] - *Electricidad Argentina SA. Et EDF International SA. c.Argentine (ARB/03/22)*.

[9] - *Enron Corporation et Ponderosa Assets, LP c.Argentine (compétence) (2004) affaire n° : ARB/01/3*, en ligne :

« <http://www.sfdi.org/actualites/a2004/Sentinelle%2063.htm> ».

[10] - *Dettes publiques et le FMI, Restructuration de la dette de l'Argentine*, en ligne :

« http://projetscours.fsa.ulaval.ca/gie-64375/argentine/dettes_publicques.html ».

[11] - *Manifestation et effets de la crise économique*, en ligne :

« <http://www.irenees.net/fr/fiches/analyse/fiche-analyse-95.html> ».

[12] -Julien Fouret et Me Dany Khayat, *centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements*, en ligne :

« http://www.sqdi.org/volumes/pdf/71.1_-_Fouret_-_Khayat.pdf ».

[13] - Omar E.Garcia Bolivar, « Foreign investment dispute under ICSID », a review of its desions on jurisdiction, 2004.

[14] -AES Corp c.Argentine (compétence) (26/04/2005) affaire n ARB/02/17.

[15] -*Sempra Energy Internacional c. Argentine (compétence) (11/05/2005) affaire n ARB/02/16, société française de droit international*, en ligne :

« <http://www.sfdi.org/actualites/a2006/Sentinelle%2063.htm> ».

[16] -Cammuzzi Inernational SA c.Argentine (compétence) (11/05/2005 affaire n ARB/03/2) (10/06/2005 affaire n ARB/03/). Société française de droit international, en ligne :

« <http://www.sfdi.org/actualites/a2006/Sentinelle%2063.htm> ».

[17] -Gas Natural SDG SA c.Argentine (compétence) (17/06/2005) affaire n ARB/03/10 société française de droit international, en ligne :

« <http://www.sfdi.org/actualites/a2006/Sentinelle%2063.htm> ».

[18] -<http://www.worldbank.org/icsid>.

[19] -Ibid.

[20] - Affaire n°: (ARB/01/12), Décision sur la compétence du 8 décembre 2003.

3- *Compañia de Aguas del Aconquija, S.A. et Vivendi Universal (ex. Compagnie Générale des Eaux) c. République argentine, Affaire No ARB/97/3, Décision du Comité ad hoc du 3 juillet 2002.*

[22] - *Salini Costruttori S.p.A. et Italstrade S.p.A c. Royaume du Maroc, Affaire n°:*

(ARB/00/4), Décision du 23 juillet 2001 sur la compétence.

[23]- Lanco International Inc.c Argentine (ARB/97/6).

[24]- CMS Gas Transmission Company c. République argentine, Affaire n°:ARB/01/8, Décision du Tribunal du 17 juillet 2003 sur les exceptions d'incompétence.

[25]- LG&E c.Argentine (compétence) (2004) affaire n°: (ARB/02/1).

[26] - <http://www.worldbank.org/icsid>.

[27] -ibid.

[28]- Azurix c.Argentine,14/07/2006,en ligne:

« <http://www.sfdi.org/actualites/a2006/Sentinelle%2063.htm> ».

[29]- Continental Casualty Company c. Argentine (ARB /03/9) du 22 Février 2006 en ligne:

« <http://www.sfdi.org/actualites/a2006/Sentinelle%2063.htm> ».

[30]- Suez, AGBAR & Interaguas c.Argentine (ARB/03/17) du 16 Mai 2006 en ligne:

« <http://www.sfdi.org/actualites/a2006/Sentinelle%2063.htm> ».

1- « <http://www.sfdi.org/actualites/a2006/Sentinelle%2063.htm> ».

[32] - SARL. Benvenuté c.Congo (ARB /77/2 du 08/08/1980.)

[33]-Rémi Bachand, poursuites CIRDI contre l'Argentine, en ligne :

« <http://www.worldbank.org/icsid> ».

[34]- Salini c. Royaume du Maroc, op.cit.

[35]-« Cette affaire a soulevé la question de savoir si un tribunal CIRDI connaîtra de demandes purement contractuelles qui n'équivalent pas également à des infractions au traité si le contrat d'investissement contenait une clause exclusive d'élection de for.

En réponse a cette question, le comité a mis au point le critère de « fondement essentiel » des lors le tribunal chercherait établir si le « centre de gravité » du différend a un fondement de nature conventionnelle ou contractuelle et n'exercerait sa compétence que dans le premier cas ».

[36] - Suez, AGBAR & Interaguas c.Argentine (ARB/03/17) du 16 Mai 2006 en ligne:

« <http://www.sfdi.org/actualites/a2006/Sentinelle%2063.htm> ».

[37] -<http://www.sfdi.org/actualites/a2006/Sentinelle%2063.htm> ».

[38] -El Paso c.Argentine (27/04/2006), en ligne :

« <http://www.sfdi.org/actualites/a2006/Sentinelle%2063.htm> ».

[39] - Siemens, A.G.v.Argentine,(ARB/02/8).

[40] -par exemple: Lanco international inc.v.Argentine (ARB/97/6) .

[41] - Notamment:Azurix Corp.v.Argentine(ARB/01/12) et Compana des Aguas del Aconquija, s.a et Vivendi (ex compagnie générale des eaux) v.Argentine(ARB/97/3)

[42] - Par exemple: AES Corporation v.Argentine (ARB/02/17) et Camuzzi international S.A.v.Argentine(ARB/03/7)

[43] - A noter,Camuzzi a déjà deux requêtes ,une concernant ses services de livraison d'électricité (ARB/03/2) et une seconde concernant la livraison de gaz (ARB/03/7) .

[44] - J.Fouret et D.khyat, Revue québécoise de droit international, « en ligne »<http://www.Bankmondial.org/icsid>.

[45] - TBI, Etats-Unis et Argentine, 14 Novembre 1991 (entré en vigueur le 20/10/1994).

[46] - Rémi Bachand, les poursuites du CIRDI contre l'Argentine, en ligne:

«www.er.uqma.ca/nobel/icim/IMG/pdf/poursuites_Argentine.pdf»

[47] - Compana de Aguas del Aconquija, S.A et compagnie générale des eaux v.Argentine (ARB/97/3).

- Lanco international inc.v.Argentine (ARB/97/6).

- Wena Hotels Limited .v.Egypte (ARB/98/4).

[48] - J.Fouret et D.khyat, Op.cit

[49] - Rémi Bachand, CMS contre Argentine: Première réflexion sur une sentence qui deviendrait célèbre, en ligne:

« www.uqm.ca/nobelieim/IMG/pdf/Bachand_CMS.pdf »

[50] - Ibid.

[51] - Salini c.Maroc (ARB/00/4).

[52] - Remi Bachand, Op.cit.

[53] - CMS. Gaz c.Argentin (ARB/01/8) « décision sur le fond ».

[54] - Ibid. para.263.

[55] - J. Fouret et D. Khayat, Op.cit.

[56] - Ibid.

[57] - CMS. c.Argentine, para.302

[58] - Projet d'articles sur la responsabilité des Etats, article 25:

1- l'Etat ne peut invoquer l'état de nécessité comme cause d'exclusion de l'illicéité d'un fait non-conforme à l'une de ses obligations internationales que si ce fait :

a- Constitue pour l'Etat le seul moyen de protéger un intérêt essentiel contre un péril grave et imminent;

b- ne porte pas gravement atteinte à un intérêt essentiel de l'Etat ou des Etats à l'égard desquels l'obligation existe ou de la communauté internationale dans son ensemble.

2- En tout cas, l'état de nécessité ne peut être invoquée par l'Etat comme cause de l'exclusion de l'illicéité :

a- Si l'obligation internationale en question exclut la possibilité d'invoquer l'état de nécessité; ou

b- si l'Etat a contribué à la survenance de cette situation.

[59] - CMS. c.Argentine (notre traduction).

[60] - Ibid, (Traduction R.Bachand).

[61] - J. Fouret et D. Khayat, Op.cit.

[62] - R. Bachand, Op.cit.

[63] - J.Fouret et D. Khayat, Op.cit.

[64] - Ibid.

[65] - R. Bachand, Op.cit.

[66] - J. Fouret et D. Khayat, Op.cit.

[67] - Article 52 de la convention de Washington.

[68] - Guillaume Arean, en ligne :

« www.sfdi.org/actualités/sentinelle%2042.htm ».

[69] - R. Bachand, CMS c. Argentine, 1^{ère} réflexion sur une sentence qui deviendrait célèbre, en ligne:

« http://www.uqm.ca/noble/ieim/img/pdf/bcahand_cms.pdf »

[70] - Intervention du professeur A. Jannati Idrissi, lors d'un séminaire de DESA sur l'affaire CMS c. Argentine le : 12 Juillet 2006.

[71]- Il s'agit du tribunal Luke Eric Peterson dont la composition est comme suit :Président : Francisco orrego- vicuña , Arbitres : Pierre-Yves Tschanz et Héctor Gros Espiell , ce dernier a soumis sa démission le 26 mai 2006 et a été remplacé par Albert jan van den berg.

[72] A partir de 1990, l'Argentine a conclu plus de 50 TBI parmi lesquels celui conclu avec les USA le 14 novembre 1991.

[73]- Il s'agit des « stamp taxes » ou les impôts de timbre.

[74]- L'article 41 de la loi de gaz stipule "...les tarifs de transport et de distribution de gaz seront calculés en dollars américains".

[75]- [http:// www.sqdi.org/volumes/cms_volume_tablemat.php](http://www.sqdi.org/volumes/cms_volume_tablemat.php)

[76]- Le Tribunal cite les affaires: Mondev International Ltd.c.États-Unis (2004) et Vacuum Salt Products.c.Ghana (1994).

[77]- Sqdi, Op.cit, p.3

[78]- Ibid.

[79]- Enron et Ponderosa Assets.c.Argentine, decisión du 22 mai 2007, para.26.

[80]- Ibid, para.28.

[81]- Ibid, para. 243.

[82]- Liste des mesures considérées dans l'affaire Pope & Talbot Inc. c. Canada comme équivalent à l'expropriation indirecte : privation substantielle ayant qui empêche l'investisseur de contrôler son investissement, contrôle de jour en jour de la compagnie, interférence dans l'administration, interférence dans la nomination des fonctionnaires et directeurs, empêcher la distribution des dividendes, priver la compagnie de sa propriété en totalité ou en partie.

[83]- Tecnicas Medioambientales Tecmed, S.A. c. Mexique, décision du 29 mai 2003, para.115.

[84]- CME République tchèque B.V. c. République tchèque (UNCITRAL), décision partielle du 13 septembre 2001, para.611.

[85]- Compagnie Occidentale d'Exploration et de Production c. Equateur, Cour Internationale d'Arbitrage Administré de Londres, décision du 1 juillet 2004. para.183.

[86]- Enron et Ponderosa Assets c. Argentine, op.cit, para.265.

[87]- S.G.V c. Pakistan, décision de juridiction du 3 août 2003, para.166.

Fedax N.V c. Venezuela, décision du 9 mars 1998, para.29.

[88] - <http://www.worldbank.org/icsid>.

[89] - Rami. Bachand, le nouvelle donne en matière d'accords sur l'investissements pour les Etats-Unis ; entre les vœux et la réalité en ligne :www.er.uqma.ca/nobel/ieim/IMG/pdf/chrono_0411_inv

Bachand.