

Les poursuites CIRDI contre l'Argentine :

Quand la gestion publique se heurte aux droits des investisseurs étrangers

Rémi Bachand

La dernière décennie a été marquée, en Argentine, par trois événements qui sont appelés à jouer un rôle fondamental dans l'évolution prochaine du droit international de l'investissement. D'abord, le début des années 90 a été témoin d'une importante vague de privatisations d'entreprises publiques, causée, comme on le sait, par l'imposante dette du pays. Un élément important dans ces privatisations est le fait qu'une part substantielle des nouveaux investisseurs est d'origine étrangère. Le second élément consiste en la crise financière qui a secoué le pays à partir de 1999 et qui culmina vers la fin de l'année 2001. On se souviendra que Buenos Aires avait, à ce moment, été dans l'obligation d'abandonner la parité monétaire par laquelle, jusqu'alors, le peso s'échangeait contre le dollar au taux d'un pour un. Enfin, le pays a, à partir du début de la décennie 90, conclu plus de 50 traités bilatéraux d'investissement (TBI)¹ qui ont comme finalité d'offrir une meilleure protection juridique aux investissements étrangers afin de rendre le territoire plus attrayant pour ceux-ci.

Ces trois éléments mis en conjoncture ont permis à des investisseurs étrangers de déposer, au cours des dernières années, une trentaine de requêtes devant le *Centre international de règlement des différends relatifs aux investissements* (CIRDI) dont l'activité principale consiste en la gestion de tribunaux arbitraux se penchant sur des différends pouvant émerger entre un investisseur et le pays hôte de son investissement. C'est de ces différends que cette note de recherche a l'ambition de parler de façon générale car celle-ci sera suivie de nouvelles notes de recherche qui se pencheront de manière plus spécifique sur les plus importants de ceux-ci.

Cette note sera divisée en deux parties. Dans la première, nous mettrons les différents éléments juridiques pertinents en perspective, à savoir les traités bilatéraux d'investissement ainsi que les mécanismes d'arbitrage qui sont utilisés par les

¹ J. Diez-Hochleitner, *La eficacia de los tratados de protección de inversiones extranjeras*, Real Instituto Elcano de estudios internacionales y estratégicos, en ligne : <http://www.realinstitutoelcano.org/calendarios/Diez-Hochleitner.pdf>.

investisseurs pour revendiquer des compensations à l'Argentine. La seconde partie sera plutôt consacrée à décrire certaines des caractéristiques sociopolitiques et juridiques de ces poursuites.

1. Les traités bilatéraux d'investissement et le CIRDI

Si les deux premiers éléments mentionnés plus haut (la privatisation et la crise) ont déjà fait l'objet de nombreux commentaires, les caractéristiques du dernier demeurent encore relativement mal comprises par bien des chercheurs en sciences sociales voire en droit international. La première partie de cette note de recherche cherchera à expliquer brièvement le contenu juridique des TBI conclus par l'Argentine (1.1) et le fonctionnement ainsi que l'importance du CIRDI (1.2).

1.1 Les traités bilatéraux d'investissement : quand la protection ne signifie pas nécessairement la promotion.

Nous assistons depuis le milieu voire le début des années 90 à l'explosion du nombre de traités bilatéraux d'investissement, aussi appelés traités de *promotion* et de *protection* de l'investissement. À l'échelle mondiale, leur nombre dépasse désormais les 2250², plus de 50 d'entre eux ayant l'Argentine comme partie. Si la *protection* offerte aux investisseurs étrangers ne fait plus aucun doute (comme nous allons le voir brièvement dans cette note et de façon plus détaillée lors de notes de recherche subséquentes sur les différents cas touchant l'Argentine), leur aspect *promoteur* de l'investissement laisse toujours à être prouvé, la CNUCED faisant remarquer dans deux de ses derniers rapports annuels qu'elle était incapable de trouver un lien entre l'entrée en vigueur d'un TBI et l'augmentation des flux d'investissements entre les pays signataires. En effet, fait remarquer la Conférence, si ces flux augmentent, la hausse n'est pas significativement différente de celle remarquée dans les pays non-signataires de tels traités³.

La plupart des TBI contiennent, *grosso modo*, les mêmes dispositions substantives. Étant donné que ces dispositions ont déjà fait l'objet d'une analyse substantielle de notre part⁴, nous ne ferons qu'une analyse relativement brève de ses dispositions les plus importantes.

² CNUCED, *Rapport sur l'investissement dans le monde 2003*, Nations Unies, New York, Genève, 2003, p. 8.

³ Voir notamment : CNUCED, *World Investment Report 2002*, Nations Unies, Genève, 2003, aux pp. 83 et ss.. Voir aussi, dans le même ordre d'idée : Deblock, C. et É. Jasmin, *Mondialisation et régionalisation des investissements : Les investissements directs des États-Unis dans les Amériques*, Montréal, GRIC, 2005, cahier de recherche 05-03; et

⁴ Notamment : R. Bachand, M. Gallié et S. Rousseau, « Droit de l'investissement et droits humains dans les Amériques » (2003) 49 *Annuaire français de droit international*, 575; et R. Bachand, *Les poursuites intentées en vertu du chapitre 11 de l'ALÉNA : quelles leçons en tirer?* Montréal, GRIC, 2000, cahier de recherche 2000-13.

La première disposition, celle dite du traitement national, demande aux États de ne pas offrir aux investisseurs étrangers des conditions moins favorables à celles offertes aux investisseurs nationaux dans des circonstances similaires. Cet impératif empêche donc les pays de favoriser les investisseurs nationaux même lorsque ceux-ci sembleraient plus susceptibles d'encourager le développement national que les investisseurs étrangers qui rapatrient bien souvent les profits à l'extérieur du pays.

La seconde disposition concerne l'obligation d'offrir un traitement juste et équitable aux investisseurs étrangers, c'est-à-dire en respect avec la norme minimale de traitement reconnue par le droit international. Or, s'il existe un consensus sur l'*existence* de cette norme minimale de traitement, son *contenu*, lui, fait l'objet de débats importants dans la communauté juridique internationale ainsi que dans le corpus juridique formé des différentes décisions où des tribunaux arbitraux ont eu à en définir les pourtours. Cette indétermination dans la définition du concept incite les États à beaucoup de retenue lors de l'adoption de mesures de gestion publique qui ne violent peut-être pas les dispositions normatives du droit international.

Enfin, les TBI demandent aux États de ne pas prendre de mesures d'expropriation ou « équivalent » à l'expropriation sans que ces mesures ne soient accompagnées de compensation. Là encore, la difficulté de circonscrire la définition de ce qu'est une expropriation ou, *a fortiori*, une mesure « équivalent » à l'expropriation permet aux investisseurs de mettre de la pression sur l'État hôte de l'investissement lorsque celui-ci cherche à légiférer.

La plupart des TBI stipulent également qu'en cas de conflit entre un investisseur d'une partie et l'État accueillant son investissement, le premier aura la possibilité de soumettre le différend soit aux juridictions nationales de l'État d'accueil, soit à un l'arbitrage international, c'est-à-dire généralement au CIRDI, au règlement d'arbitrage de la Commission des Nations Unies sur le droit commercial international (CNUDCI), ou à un tribunal arbitral *ad hoc* dont le règlement de procédure et la formation seront à déterminer par les parties en litige. On permet aussi, dans certaines situations, le recours au règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce international (CCI).

Une distinction majeure entre le CIRDI, d'une part, et les autres forums d'arbitrage consistent en la politique de diffusion des décisions. Alors que les différends sur lesquels le CIRDI est appelé à se pencher sont systématiquement répertoriés sur le site Web du Centre et que les textes des décisions sont habituellement disponibles assez rapidement, en ligne ou dans les revues spécialisées, les arbitrages tenus devant la CNUDCI ou la CCI sont dans bien des cas tenus secrets. Ainsi, si l'on connaît avec exactitude le nombre de plaintes formulées contre l'Argentine au CIRDI, on n'a aucune idée de l'importance quantitative des recours inaugurés devant les autres forums, même si on sait d'ores et déjà qu'il en existe. En partie parce que ses décisions sont disponibles, cette note de recherche ainsi que les suivantes ne se pencheront que sur celles émanant du CIRDI.

1.2 Le fonctionnement des arbitrages CIRDI

On doit, en premier lieu, faire mention de la fonction du CIRDI. Celle-ci est définie dans l'article premier de la *Convention de Washington* qui l'a créé.

(2) L'objet du Centre est d'offrir des moyens de conciliation et d'arbitrage pour régler les différends relatifs aux investissements opposant des États contractants à des ressortissants d'autres États contractants, conformément aux dispositions de la présente Convention⁵.

La compétence du CIRDI est mieux détaillée à l'article 25 dont le paragraphe premier se lit comme suit :

(1) La compétence du Centre s'étend aux *différends d'ordre juridique* entre un *État contractant* (ou telle collectivité publique ou tel organisme dépendant de lui qu'il désigne au Centre) et le *ressortissant d'un autre État contractant* qui sont en relation directe avec un *investissement* et que les parties ont *consenti par écrit* à soumettre au Centre. [...] ⁶.

De façon plus schématique, les points nécessaires à sa compétence sont les suivants :

1. Le différend doit être *juridique*. Cette caractéristique ne nous apparaît pas comme étant extrêmement contraignante dans la mesure où nous considérons que tout différend peut être réglé grâce aux règles juridiques existantes.
2. Le premier protagoniste doit être un *État contractant*, c'est-à-dire ayant ratifié la *Convention de Washington*. Cependant, il est à remarquer qu'au cours de son existence, le CIRDI a aussi élaboré un *mécanisme supplémentaire* qui permet à des États *ne faisant pas partie du Centre* de régler, eux aussi, des différends relatifs aux investissements avec des investisseurs étrangers grâce à des procédures qui se distinguent légèrement de celles figurant dans la *Convention de Washington*⁷. L'Argentine étant partie contractante du Centre depuis le 18 novembre 1994, les différends l'impliquant sont réglés en vertu des procédures prévues par la *Convention de Washington* et non du mécanisme supplémentaire.

⁵ *Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États* [1965] 575 RTNU 169, 4 I.L.M. 524 (en vigueur : 14 octobre 1966), [ci-après : *Convention de Washington*] § 1(2).

⁶ *Ibid.*, § 25 (1) [nos italiques].

⁷ À titre d'exemple, le Canada et le Mexique ne font pas partie du CIRDI mais une partie importante des arbitrages découlant du chapitre sur l'investisseur de l'ALÉNA se font au CIRDI conformément au mécanisme supplémentaire. Ce dernier se distingue particulièrement par le fait que les décisions de ses Tribunaux arbitraux ne sont pas automatiquement obligatoires dans l'ordre interne des États et doivent donc s'appuyer sur des instruments juridiques nationaux (tels que des lois sur l'arbitrage qui rendent les sentences arbitrales obligatoires sur le territoire sur lequel les dites lois ont juridiction), ou encore sur d'autres instruments juridiques internationaux telle que la *Convention de New-York : Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères*, 10 novembre 1958, 330 R.T.N.U. (entrée en vigueur : 7 juin 1959) [ci-après : *Convention de New-York*].

3. Le second protagoniste doit être un *ressortissant d'un autre État contractant*, ce ressortissant pouvant être une personne physique⁸ autant qu'une personne morale⁹ possédant la nationalité d'un État contractant, *autre que l'État partie au différend*. En d'autres termes, les investisseurs argentins ne peuvent se prévaloir contre l'Argentine des avantages que procure le CIRDI aux investisseurs étrangers originaires des autres pays membres du Centre.
4. Le différend doit porter sur un *investissement*. Il est notable que le terme investissement *n'est pas défini dans la Convention* et qu'on doive se référer aux TBI permettant le recours au CIRDI afin de définir ce terme. On doit également souligner qu'on remarque actuellement une tendance à l'élargissement de la définition de l'investissement, celle-ci s'étendant souvent non seulement aux investissements directs étrangers, mais aussi aux investissements de porte-feuille, aux prêts et parfois même aux droits de propriété intellectuelle.
5. Enfin, le *consentement* à régler le différend devant un Tribunal arbitral du Centre doit être *écrit*. Encore une fois, une remarque s'impose. Ce consentement était à l'origine presque exclusivement exprimé à l'intérieur d'un contrat d'exploitation (contrat d'État, contrat de concession, etc.) ou *après* qu'un différend soit apparu entre un investisseur et un État et que ceux-ci aient jugé que la meilleure façon de régler celui-ci était de consentir à le porter devant la juridiction du Centre. En d'autres mots, l'État consentait à porter devant le Centre un différend éventuel *avec un certain investisseur* ou encore un *différend particulier ayant déjà émergé entre eux*. Cependant, au cours des dernières années (et cette remarque est particulièrement vraie pour les conflits dans lesquels l'Argentine est présentement impliquée), le consentement provient généralement des TBI qui prévoient habituellement que les États parties acceptent de porter devant le CIRDI les différends pouvant survenir entre eux et un investisseur de l'autre partie. De plus, un débat jurisprudentiel a émergé au cours des dernières années au sujet de la signification de la clause de la nation la plus favorisée. Dans certains cas, dont deux au moins concernant l'Argentine¹⁰, le TBI dont se prévalait l'investisseur *ne prévoyait pas le recours au CIRDI* ou prévoyait des *conditions particulières* pour qu'un différend puisse être résolu devant le Centre, *conditions qui n'étaient pas réunies dans le différend porté devant celui-ci*. Or, puisque le TBI accordait aux investisseurs de l'autre partie le traitement de la nation la plus favorisée et que le pays partie au différend avait ratifié d'autres TBI *qui ne conditionnaient pas l'accès au Centre à ces mêmes conditions*, le Tribunal arbitral a jugé qu'il devait accorder le meilleur traitement accordé à des investisseurs étrangers par l'État partie au différend à l'investisseur lui ayant soumis la plainte. Conséquemment, et puisque le meilleur traitement accordé par un TBI de cet État ne conditionnait pas l'accès au Centre aux conditions prévues dans le TBI utilisé, il devait se déclarer compétent à juger le différend porté devant lui.

⁸ *Convention de Washington*, art. 25 (2)(a).

⁹ *Ibid*, art. 25 (2)(b).

¹⁰ *Siemens A.G. v. Argentine* (Cas No : ARB/02/08) (décision sur la juridiction : 3 août 2004) ; et *Camuzzi International S.A. v. Argentine* (ARB/03/7) (décision sur la juridiction : 10 mai 2005)

Brièvement, soulignons que le Tribunal est formé d'un nombre impair d'arbitres¹¹, habituellement trois, qu'il est juge de sa compétence¹² et qu'il « ne peut refuser de juger sous prétexte du silence ou de l'obscurité du droit »¹³. Contrairement au mécanisme supplémentaire qui a besoin d'autres outils juridiques nationaux ou internationaux pour que ses sentences soient reconnues ou exécutées, la Convention stipule que les sentences rendues seront obligatoires et ne pourront faire l'objet d'aucun appel ou recours non prévus dans la Convention¹⁴. Les seules situations où l'annulation de la sentence peut être obtenue 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) excès de pouvoir manifeste du Tribunal ;
- (c) corruption d'un membre du Tribunal ;
- (d) inobservation grave d'une règle fondamentale de procédure ;
- (e) défaut de motifs¹⁵.

Enfin, et toujours concernant la reconnaissance et l'exécution des sentences, l'article 54 mentionne que :

(1) Chaque État contractant reconnaît toute sentence rendue dans le cadre de la présente Convention comme obligatoire et assure l'exécution sur son territoire des obligations pécuniaires que la sentence impose comme s'il s'agissait d'un jugement définitif d'un tribunal fonctionnant sur le territoire dudit État [...] ¹⁶.

En d'autres termes, si un tribunal décidait que l'Argentine doit payer une compensation d'un montant déterminé à un investisseur x, mais que ce pays refusait de verser ladite compensation, n'importe quel État membre du Centre aurait l'obligation, sur présentation d'une copie certifiée de la sentence par l'investisseur, de reconnaître et d'exécuter la sentence, c'est-à-dire, par exemple, de saisir des biens dont l'Argentine pourrait être propriétaire sur le territoire de ce pays et de les verser à l'investisseur.

2. Les poursuites contre l'Argentine devant le CIRDI et leurs particularités.

Les différentes poursuites instituées contre l'Argentine présentent plusieurs caractéristiques qui rendent leur étude d'un grand intérêt. Ces caractéristiques sont de deux ordres : d'abord sur le plan socio-politique ; ensuite sur le plan juridique.

¹¹ *Convention de Washington*, art. 37.

¹² *Ibid*, art. 41.

¹³ *Ibid*, art. 42(2).

¹⁴ *Ibid*, art. 53(1).

¹⁵ *Ibid*, art. 52 (1).

¹⁶ *Ibid*, art. 54 (1).

2.1 Caractéristiques socio-politiques

La première particularité socio-politique des requêtes présentées par les investisseurs étrangers contre l'Argentine devant le CIRDI est qu'un certain nombre d'entre eux concernent des services publics, certains étant essentiels. De plus, dans bien des cas, les investissements ont été réalisés à la suite des privatisations qui ont eu lieu au cours du début des années 90.

Ainsi si des différends émergent de secteurs tels que ceux du contrôle de la migration et de l'identification personnelle¹⁷ et de la gestion portuaire¹⁸, d'autres ont comme origine des investissements dans les secteurs aussi sensibles que ceux de la fourniture d'eau¹⁹, d'électricité²⁰ et de gaz²¹. La nature même des poursuites, nous le verrons progressivement, met en question la capacité qu'ont désormais les États d'assurer un certain contrôle sur des services qui sont essentiels, si l'on demeure dans une analyse juridique positiviste, au respect des droits humains tels que codifiés dans différents instruments internationaux.

Le second attribut des différends est relatif au fait que plusieurs d'entre eux sont reliés à des mesures prises par Buenos Aires ou ses provinces concernant la gestion des graves problèmes financiers qu'a connu le pays et qui ont culminé lors de la crise financière qui a violemment secoué le pays, on s'en souviendra, à la fin de l'année 2001. Parmi les mesures ciblées par les investisseurs, on en remarquera principalement deux : d'abord, l'abandon par le pays de la parité du peso au 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 derniers tiraient leurs revenus²². Ensuite, le gel des prix des services offerts par les investisseurs et imposé par Buenos Aires et par certaines provinces²³. En effet, à cause de la brusque dévaluation du peso, monnaie en laquelle étaient payés la majorité des Argentins en 2001, les salaires de ceux-ci ont subi, si on les compare au dollar, une violente réduction. Les entreprises qui, elles, avaient des prêts en

¹⁷ *Siemens, A.G. v. Argentine*, (ARB/02/8).

¹⁸ Par exemple : *Lanco International inc. v. Argentine* (ARB/97/6)

¹⁹ Notamment : *Azuriz Corp v. Argentine*, (ARB/01/12) et *Compañia de Aguas del Aconquija, S.A. & Vivendi (ex-Compagnie Générale des Eaux) v. Argentine* (ARB/97/3).

²⁰ Par exemple : *AES Corporation v. Argentine* (ARB/02/17) et *Camuzzi International S.A. v. Argentine* (ARB/03/7).

²¹ Par exemple : *CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic* (ARB/01/8), *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine*, (ARB 01/3) et *Camuzzi International S.A. v. Argentine* (ARB/03/7) (à noter, Camuzzi a déposé deux requêtes, une concernant ses services de livraison d'électricité (ARB/03/2) et une seconde concernant la livraison de gaz (ARB/03/7)).

²² Voir, par exemple: *CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic* (ARB/01/8). À noter, les arrangements pris au moment de la privatisations prévoyaient que les tarifs demandés par les entreprises seraient collectés en peso mais calculés en dollars des États-Unis en fonction de l'indice de prix à la production états-unienne; voir : Escobar, A., *Argentina's Deluge of Investor-State Arbitration Proceedings*, Colloque de l'Institut des hautes études internationales, Université Panthéon-Assas (Paris II), 3 mai 2004, les actes sont à paraître.

²³ Notamment : *Electricidad Argentina S.A. et EDF International S.A. v. Argentina* (ARB/03/22).

dollars et autres monnaies fortes, tenaient à ce que leurs services : soit, continuent à être payés en dollar; soit soient payés en pesos mais puissent être augmentés de façon à ce que le montant perçu dans cette monnaie soit l'équivalent des anciens coûts chargés à l'époque de la parité, ce qui signifiait des augmentations de 200, 300 ou 400 % pour les clients. On comprendra que pour les utilisateurs déjà lourdement frappés par la crise, par les pertes d'emplois et par l'explosion du prix des produits importés, cela signifiait une augmentation des prix de certains services essentiels que plusieurs auraient été incapables d'absorber. Enfin, et même si la mesure reprochée n'a pas été prise après la crise ou au moment de celle-ci, on doit noter la plainte que la compagnie Enron a déposée contre l'Argentine au motif que ce pays aurait imposé une augmentation de certaines taxes, augmentation qui signifierait, pour la compagnie, une mesure équivalente à une expropriation²⁴.

Plusieurs questions peuvent être soulevées relativement à ces différends. D'abord, peut-on exiger des investisseurs une certaine solidarité avec les populations des pays où ceux-ci entretiennent leurs activités économiques ? Dans le cas argentin, les dysfonctions du système capitaliste international et du système politique et financier argentin ont fait en sorte que la population de ce pays a, en quelques semaines, vu son niveau de vie passer d'un degré relativement élevé si on le compare à celui prévalant dans les autres régions d'Amérique latine à une situation où la précarité et la lutte pour la survie fait partie du quotidien de la majeure partie de la population. En d'autres mots, la population argentine a, le mot est faible, payé le prix de l'échec du système financier argentin et international. Peut-on exiger des investisseurs internationaux, qui sont en général les premiers à tirer bénéfice du même système lorsque celui-ci permet d'engendrer des profits (voire des surprofits), qu'ils payent aussi le prix lorsque celui-ci connaît des défaillances ? Lorsque les gouvernements voient la situation économique de leur pays sombrer dans le chaos et que la survie de leur population est en jeu, dans quelle mesure peuvent-ils intervenir pour tenter de corriger la situation si les mesures engendrent des pertes financières pour les investisseurs étrangers ? C'est ce que les décisions sur le fond des tribunaux arbitraux nous indiqueront au cours des prochains mois.

Deuxièmement, il y a lieu de se demander si on peut considérer que les mesures prises par le pays du cône sud (l'abandon de la parité, le gel des prix, l'obligation de percevoir les recettes dans la monnaie en laquelle la population est payée) font partie des risques financiers qui, en principe, ne font pas partie de l'intérêt juridique protégé en droit de l'investissement. En d'autres mots, on sait que la responsabilité de l'État ne peut être engagée lorsque surviennent des événements économiques tels qu'une crise financière, l'effondrement d'une devise ou du cours mondial d'un produit quelconque, etc.. Or, puisque les mesures prises par l'Argentine étaient *directement* liées à la situation économique du pays et de la région, considérant que ces mesures étaient, selon d'aucuns, essentielles pour la survie économique du pays, peut-on les considérer comme faisant partie des risques économiques que l'investisseur doit assumer, dégageant ainsi le pays de sa responsabilité juridique internationale ? Là encore, les raisonnements juridiques que dégageront les arbitres engagés dans les différends argentins nous donneront réponse à ces questions.

²⁴ *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine*, (ARB 01/3).

2.2 Caractéristiques juridiques

Sur le plan juridique, les décisions que rendront les tribunaux arbitraux du CIRDI seront d'un grand intérêt à au moins quatre égards. Dans un premier temps, on verra si l'Argentine plaidera la force majeure ou la détresse pour expliquer son comportement face aux investisseurs étrangers. Rappelons que le projet d'articles de la Commission du droit international déposé en 2001 rappelle, à son article 23, que :

1. L'illicéité du fait d'un État non conforme à une obligation internationale de cet État est exclue si ce fait est dû à la force majeure, consistant en la survenance d'une force irrésistible ou d'un événement extérieur imprévu qui échappe au contrôle de l'État et fait qu'il est matériellement impossible, étant donné les circonstances, d'exécuter l'obligation²⁵.

L'article 24, pour sa part, stipule que :

1. L'illicéité du fait d'un État non conforme à une obligation internationale de cet État est exclue si l'auteur dudit fait n'a raisonnablement pas d'autre moyen, dans une situation de détresse, de sauver sa propre vie ou de personnes qu'il a la charge de protéger²⁶.

Une réception positive d'un argument argentin utilisant l'un de ces deux articles signifierait que même si les mesures violaient les règles énoncées dans les traités bilatéraux, la responsabilité internationale de l'Argentine ne serait pas engagée et cet État n'aurait pas à verser de compensation aux investisseurs plaignants.

En fait, il semblerait que ce soit plutôt vers l'article 25 du projet d'articles que les avocats de l'Argentine se soient tournés. En effet, la première décision rendue sur le fond²⁷ et qui fera l'objet de la prochaine note de recherche nous a appris que ceux-ci ont tenté de convaincre le tribunal arbitral que c'est l'*état de nécessité* qui prévalait à cause de la crise qui a dégagé l'Argentine de son obligation de respecter ses engagements internationaux. Cet argument n'a pas su persuader le tribunal qui a finalement, comme nous le verrons, conclu en la violation du TBI en vigueur entre l'Argentine et les États-Unis et a condamné le premier pays à verser une compensation de 133 millions de dollars à l'investisseur, la compagnie CMS.

En second lieu, il sera intéressant de voir si les avocats de l'Argentine tenteront de justifier les actes de l'État par l'impossibilité de respecter autrement des obligations de

²⁵ Commission du droit international, *Projet d'article sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite*, art. 23.

²⁶ *Ibid*, art. 24.

²⁷ *CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic* (ARB/01/8), *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine*, (ARB 01/3) (12 mai 2005).

droit international positif issues du droit international des droits humains²⁸. Il s'agirait entre autres d'argumenter que les obligations contenues dans les TBI étaient, au moment de la crise, irréconciliables avec les obligations internationales de l'Argentine en matière de droits humains. Étant donné que la Charte des Nations Unies fait mention à trois reprises (dont une fois dans son article premier qui énumère les buts de l'Organisation) de l'obligation de respecter les droits humains et que son article 103 place cet instrument à un endroit hiérarchiquement supérieur aux autres instruments de droit international²⁹, les obligations en matière de droits humains devraient être respectées prioritairement en cas de conflit avec ceux provenant du droit de l'investissement. À notre connaissance, cette stratégie n'a pas été explorée mais il nous semble que les juristes de cet État n'auraient rien à perdre en testant ce terrain.

Troisièmement, et sur un plan un peu plus technique, il est à noter qu'un certain nombre de différends ont comme origine la violation de contrats de concession conclus entre l'investisseur plaignant et une province argentine, contrat contenant une disposition prévoyant que les disputes survenant entre les deux cocontractants devront être réglées devant les tribunaux administratifs de la province ou du pays³⁰. L'intérêt, on le conçoit dès lors, provient de la question à savoir si un tribunal arbitral du CIRDI aura compétence sur un différend impliquant l'investisseur partie au contrat de concession si celui-ci se plaint non directement d'une violation du contrat, mais plutôt d'une violation du traité d'investissement, violation provenant par ailleurs du comportement de la province et de la violation du contrat de concession³¹.

Enfin, il sera intéressant de voir si se dégagera une certaine tendance jurisprudentielle et, si oui, avec quelle rigueur celle-ci sera suivie. En effet, si d'un côté les décisions arbitrales ne seront obligatoires que pour les parties au différend, reste à savoir si, de l'autre, les arbitres auront le courage d'aller à l'encontre des raisonnements juridiques construits par leurs confrères et consœurs arbitres dans des cas précédents similaires à ceux sur lesquels eux-mêmes doivent se pencher.

Conclusion

D'un point de vue strictement juridique, nous craignons qu'un certain nombre de tribunaux arbitraux ne considèrent les mesures prises par les différentes entités de l'Argentine comme étant équivalentes à des expropriations ou contraire à d'autres

²⁸ Sur le lien entre le droit international de l'investissement et les droits humains, voir : R. Bachand, M. Gallié et S. Rousseau, *supra* note 4.

²⁹ *Charte des Nations Unies*, 26 juin 1945, 1 *R.T.N.U.* xvi (entrée en vigueur: 24 octobre 1945), au préambule, art. 1§3, 55 et 103.

³⁰ Par exemple : *Compañia de Aguas del Aconquija, S.A. & Vivendi (ex-Compagnie Générale des Eaux) v. Argentine* (ARB/97/3).

³¹ Voir à ce sujet : Fadlallah, Ibrahim, *Le fondement des demandes : contrat ou traité?*, Colloque de l'Institut des hautes études internationales, Université Panthéon-Assas (Paris II), 3 mai 2004, les actes sont à paraître.

obligations découlant des TBI conclus par l'Argentine³². Une récente tendance a en effet été de donner une interprétation relativement extensive à ce concept.

Advenant que ces tribunaux considèrent ces mesures comme étant des expropriations, au moins cinq stratégies pourraient être utilisées afin que la responsabilité de l'Argentine ne soit pas engagée, quatre d'entre elles ayant été déjà évoquées. Il s'agirait : d'évoquer la force majeure ; l'état de détresse ; ou l'état de nécessité dans lequel le pays se trouvait lorsque les mesures furent adoptées. On pourrait également évoquer l'impossibilité de respecter des obligations internationales contradictoires, certaines venant des TBI, d'autres des traités de droits humains. La dernière méthode serait de rappeler la décision du tribunal arbitral formé conformément au règlement de la CNUDCI dans l'affaire *S.D. Myers*³³ où a été affirmé qu'une mesure *temporaire* ne peut pas être considérée comme une expropriation. Or, le gouvernement argentin commençant depuis peu à accepter les doléances des investisseurs sur certaines questions, par exemple en permettant que soit haussé le prix de certains services publics, certains arbitres pourraient considérer que les mesures argentines n'étaient que temporaires.

Quoi qu'il en soit, nous croyons que les jugements qui seront émis par les tribunaux arbitraux seront évocateurs de la tendance actuelle du droit international. En effet, et considérant les enjeux impliqués dans les affaires à juger (un pays qui prend des mesures enfreignant le droit de propriété des investisseurs afin de défendre l'intérêt, voire la survie de la population), les décisions sur le fond nous permettront de voir si le droit international actuel permet de contrebalancer les droits du capital par une défense au moins minimale de ceux de l'humanité ; ou si, au contraire, les règles que se sont données les États pour gérer leurs relations n'ont comme unique finalité de défendre la propriété des possédants.

³² La première décision, rendue en mai dernier, a d'ailleurs considéré que l'Argentine avait dérogé à certaines de ses obligations, lui demandant

³³ *S.D. Myers contre le Canada, première décision partielle*, CNUDCI, (2000) §287.