

CMS contre Argentine : Premières réflexions sur une sentence arbitrale qui deviendra célèbre

Rémi Bachand

À partir de 1989, l'Argentine a entrepris une vague de privatisations afin de renflouer ses coffres et d'honorer sa dette exorbitante¹. Dans le secteur du gaz plus particulièrement, c'est à partir de 1992 que celle-ci s'effectue. C'est à cette époque qu'un investisseur états-unien, l'entreprise CMS, achète des actions dans *Transportadora de Gaz de Norte* (TGN), entreprise argentine oeuvrant dans le transport du gaz, jusqu'à en posséder près de 30 % à partir de 1995. La licence d'exploitation accordée en décembre 1992 à TGN pour une période de 35 ans prévoyait, selon l'investisseur, deux dispositions importantes à savoir :

- Une disposition prévoyant que les tarifs devaient être calculés en dollars états-unis et exprimés en peso au moment de la facturation.
- Une seconde disposition selon laquelle ces prix devaient être ajustés de façon semi-annuelle conformément à l'Indice des prix à la production des États-Unis (IPP).

Le cœur de la requête déposée par CMS au CIRDI vient de mesures prises par le gouvernement de la République argentine au moment de la crise qui a culminé à la fin de l'année 2001. Plus spécifiquement, les mesures qui ont donné lieu à la requête concernent la décision du gouvernement de mettre fin à la convertibilité du peso avec le dollar états-unien au taux de 1 pour 1 en décembre de cette année et d'abandonner le régime d'indexation.

Concrètement, la situation financière nationale et internationale ne permettant plus au gouvernement argentin de préserver la convertibilité maintenue de plus en plus artificiellement, le peso a dû être « décroché » du dollar et abandonné aux forces du marché. Suite à cette mesure, cette monnaie fut fortement dévaluée, sa valeur tombant aussi bas qu'à un taux de 3,6 pour 1 dollar états-unien. Cette dévaluation subite signifiait toutefois que si l'on reprenait la méthode de calcul des prix en dollars et indexés en fonction de l'IPP pour être ensuite exprimés en peso au

¹ Pour une analyse du contexte politique et économique des requêtes, voir notre note de recherche : Bachand, R., *Les poursuites CIRDI contre l'Argentine : Quand la gestion publique se heurte aux droits des investisseurs étrangers*, Montréal, GRIC, 2005

moment de la facturation², le prix d'éléments et de services aussi essentiels que le gaz, l'eau et l'électricité aurait, pour les familles argentines (déjà fortement touchées par la crise faut-il le rappeler) été multiplié par 3,6, rendant ceux-ci *de facto* inaccessibles pour plusieurs d'entre elles. Faisant face à cette réalité, le gouvernement a donc décidé d'abandonner définitivement le régime d'indexation calculé en fonction de l'IPP des États-Unis et la méthode de calcul des prix en dollars états-uniens, convertis ensuite en pesos. Pour les investisseurs, cet abandon signifiait évidemment une diminution substantielle de leurs profits, ceux-ci étant désormais calculés dans une monnaie ne valant plus qu'une partie aliquote de sa valeur antérieure. Cette réduction étant d'autant plus importante qu'une partie des dépenses continuaient à être facturées dans d'autres monnaies dont la valeur demeurait stable³. En d'autres mots, le gouvernement argentin, forcé par la conjoncture défavorable de dévaluer sa monnaie, était en face du choix suivant concernant la livraison de gaz, d'eau et d'électricité : ou il gardait sa politique d'indexation des prix sur l'IPP états-unien avec comme conséquence de priver sa population de services aussi essentiels que l'eau, l'électricité et le gaz, décision qui aurait permis aux investisseurs de garder intacts leurs profits, voire d'augmenter ceux-ci considérant qu'une partie des dépenses étaient exprimées en peso dont le coût était subitement beaucoup plus bas (!) ; ou il abandonnait cette politique, heurtant les intérêts financiers des investisseurs dans ces secteurs mais évitant à une grande partie de sa population de se voir couper de ces services. Il choisit la seconde option.

La décision sur la juridiction

C'est donc à la suite de ces événements qu'une requête fut formulée par CMS en juillet 2001 en vertu du traité bilatéral d'investissement conclu et ratifié par les États-Unis et la République Argentine. À l'origine, cette requête ne concernait que la suspension du régime d'indexation, mesure prise en 1999 et effective à partir de janvier 2000. Elle s'est toutefois étendue par la suite à d'autres mesures prises par le pays, notamment suite aux événements de décembre 2001.

Comme sa juridiction était, pour diverses raisons, contestée par l'Argentine, le tribunal a commencé par juger de celle-ci. En d'autres termes, le tribunal devait se pencher sur la question de savoir s'il avait la compétence juridique nécessaire pour statuer sur l'affaire. Dans cette décision sur sa juridiction rendue en juillet 2003, le tribunal a commencé par expliquer les situations dans lesquelles il serait obligé de rejeter sa compétence. Ces réflexions sont d'un intérêt incontestable pour les juristes et méritent certainement d'être soulignées. D'abord, à cause de l'article 25 (1) de la *Convention de Washington* qui exclut les différends non-juridiques et ne concernant pas un investissement,

les questions de politiques économiques générales non directement reliés à un investissement, contrairement aux mesures spécifiques dirigées vers les opérations de l'entreprise concernée, tomberont généralement à l'extérieur de la juridiction du Centre. Une relation directe peut,

² En fait, certaines mesures en ce sens ont été prises aussi tôt qu'en janvier 2000 où le régime d'indexation en fonction de l'IPP a été suspendu, d'abord pour une période de six mois, mesure reconduite ensuite pour une période supplémentaire de deux ans, puis indéfiniment.

³ Ici faut-il toutefois faire remarquer que la totalité des dépenses de ces entreprises n'étaient pas en devises étrangères et qu'une partie importante de celles-ci (telle que la masse salariale, par exemple) l'était plutôt en pesos c'est-à-dire que les coûts reliés à celles-ci chutaient en même temps que ce monnaie.

toutefois, être établie si ces mesures générales sont adoptées en violation d'engagements spécifiques donnés à l'investisseur par le biais de traités, de législations ou de contrats⁴.

Puis, cherchant à expliquer l'équilibre existant au fondement du droit international de l'investissement :

Le droit de l'État d'accueil d'adopter ses politiques économiques ainsi que les droits de l'investisseur à un système de garanties et de protection sont au cœur de ce difficile équilibre, équilibre que la Convention cherchait à préserver. [...] [Néanmoins] ces [traités bilatéraux d'investissements] ne peuvent isoler complètement les investissements étrangers de la situation générale d'un pays. Ils établissent des règles pour un traitement juste et équitable, la non-discrimination, des garanties contre l'expropriation et d'autres sujets analogues, mais ne peuvent empêcher un pays de poursuivre ses propres choix économiques⁵.

Suite à cette analyse, le Tribunal conclut qu'il n'avait pas compétence pour juger des mesures *générales* prises par l'Argentine, mais qu'il pouvait retenir celle-ci pour certaines mesures *spécifiques*⁶.

Le Tribunal s'est ensuite penché sur la question délicate de savoir s'il pouvait retenir sa compétence même si la licence d'exploitation accordée à TGN prévoyait que les différends devaient être réglés devant la Cour fédérale de Buenos Aires sur les contentieux administratifs ou devant la Cour fédérale de Buenos Aires sur les contentieux civils et commerciaux. En d'autres mots, la question était de savoir si les dispositions de la licence prévoyant les recours à des tribunaux administratifs nationaux signifiaient une renonciation aux autres mécanismes de règlement de différends, dont le recours au CIRDI. Sur cette question, s'appuyant sur les précédentes affaires *Lanco*⁷, *Compañía de Aguas del Aconquija & Compagnie générale des eaux*⁸ et *Wena*⁹, il a conclu que la référence, pour certains types de différends, aux tribunaux locaux d'Argentine, ne signifiait pas un abandon de la possibilité d'avoir recours aux tribunaux arbitraux du CIRDI.

L'Argentine évoquait également la clause de l'option irrévocable (*fork on the road*) insérée dans le traité et selon laquelle l'utilisation d'un recours pour un différend empêche subséquemment l'utilisation de tout autre mécanisme disponible pour le règlement du dit différend. Puisque TGN avait déposé une requête à la Cour suprême fédérale, CMS ne pouvait pas, selon la défenderesse, porter le même différend devant le Centre. CMS soutenait au contraire que sa présence à la Cour Suprême n'avait eu lieu qu'en tant que tierce partie dans une procédure de l'Ombudsman argentin. Le Tribunal a retenu l'explication de la demanderesse et repoussé l'objection de l'Argentine pour les raisons suivantes :

⁴ *CMS Gaz c. Argentine* (ARB/01/8) (Décision sur la juridiction), (2003) 42 *I.L.M.* 788, §27 [notre traduction].

⁵ *Ibid.*, §28 et 29 [notre traduction].

⁶ *Ibid.*, §33.

⁷ *Lanco International inc. c. Argentine*, (ARB/97/6), dans (2001) 40 *I.L.M.* 457.

⁸ *Compañía de Aguas del Aconquija, S.A. & Compagnie Générale des Eaux v. Argentine* (décision) (ARB/97/3) (21 novembre 2000), raisonnement confirmé dans : *Compañía de Aguas del Aconquija, S.A. & Vivendi (ex-Compagnie Générale des Eaux) v. Argentine* (ARB/97/3) (décision d'annulation du comité ad hoc) (3 juillet 2002) dans (2003) 130 :1 *Journal de droit international*, 195 (traduction E. Gaillard).

⁹ *Wena Hotels Limited c. Egypte* (ARB/98/4) (décision d'annulation du comité *as hoc*) (5 février 2002).

Les décisions de plusieurs tribunaux CIRDI ont établi que les requêtes contractuelles sont différentes que les requêtes faites sur la base de traités et que même s'il y a avait eu ou 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 raison 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 différentes¹⁰.

Il est à ce moment-ci important de garder en tête que pour ses rédacteurs, le consentement des parties constituait la pierre angulaire de la *Convention de Washington* portant création du CIRDI¹¹. Le tribunal devait donc se questionner sur ce consentement et se poser les questions suivantes : le consentement à régler d'éventuels différends avec des investisseurs états-unis donnés dans le TBI a-t-il été modifié par la licence octroyée à un groupe (formé en partie d'investisseurs de cet autre pays) et qui prévoyait que les disputes seraient réglées devant les tribunaux nationaux argentins ? La disposition du traité prévoyant qu'on devait, au moment du constat d'un différend juridique, choisir entre les tribunaux nationaux et l'arbitrage international affecte-t-il, et si oui de quelle façon, la façon dont le tribunal arbitral doit statuer sur sa propre compétence ?

Il nous semble que le consentement des deux parties impliquées dans cette affaire (l'Argentine et CMS) et tel qu'exprimé dans la licence ait été d'avoir recours à des tribunaux argentins en cas de différend. Il nous semble également que le consentement des parties au traité (l'Argentine et les États-Unis) ait été de demander aux investisseurs de choisir entre deux juridictions, celle des tribunaux nationaux et celle des tribunaux arbitraux internationaux, et d'assumer ce choix jusqu'au bout (ce choix étant bien exprimé par le surnom anglais de cette disposition, la clause de la *fork on the road*). Or, le tribunal, reprenant un raisonnement qui est un plus explicite dans la décision *Salini c. Maroc*¹², a plutôt épousé la thèse des deux ordres juridiques. Selon cette thèse existeraient deux ordres juridiques différents, l'ordre juridique national (dans lequel serait inséré 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 (*contract claims*). Par conséquent, la disposition de cette requête stipulant que les différends seraient soumis aux tribunaux nationaux ne concernerait pas les violations alléguées du traité (*treaty claim*). De la même façon, le recours aux juridictions nationales concernant les ruptures de contrat ou de licence (*contract claims*) n'empêcherait pas l'investisseur d'avoir recours à l'arbitrage international pour les violations du traité (*treaty claims*). Si ce raisonnement nous semble défendable, il appert que d'autres voies auraient aussi bien pu être suivies. Par exemple, un raisonnement fondé sur la règle *lex specialis derogat generalis* selon laquelle un engagement spécifique (ici, la licence) doit prédominer sur un engagement général (le traité) aurait pu être utilisé afin de donner la pleine juridiction aux tribunaux administratifs argentins.

¹⁰ *CMS Gaz c. Argentine*, *supra* note 4, §80 [notre traduction].

¹¹ I.B.R.D. : *Convention on Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States* : Report of the Executive Directors », (1965) 4 *I.L.M.* 524, art. 23.

¹² *Salini c. Maroc*, (ARB/00/4) (décision sur la juridiction) dans (2002) 129 *J.D.I.* 196

Enfin, soulignons que la conséquence de ce raisonnement sera évidemment que, s'il s'est bien reconnu compétence sur les violations du traité, le tribunal ne pourra se pencher sur la question de savoir si le contrat a été enfreint par le gouvernement argentin, sauf peut-être si des violations de celui-ci signifient également une violation du traité.

La décision sur le fond

C'est le 12 mai 2005 que le même tribunal a rendu sa décision sur le fond. Concrètement, celui-ci devait se positionner concernant les allégations de l'investisseur comme quoi l'Argentine aurait violé quatre dispositions du TBI, à savoir :

- L'article IV qui interdit que des expropriations ou des mesures équivalent à une expropriation n'aient lieu, à moins qu'une compensation ne soit versée à l'investisseur ;
- L'article II (2) a) qui demande aux parties d'offrir aux investisseurs de l'autre partie un traitement juste et équitable;
- L'article II (2) b) qui interdit qu'un traitement discriminatoire ou arbitraire ne soit offert aux investisseurs de l'autre partie ;
- L'article II (2) c) qui demande aux parties signataires du TBI de respecter les engagements pris envers les investisseurs de l'autre partie¹³.

Le tribunal devait agir en deux étapes. Dans un premier temps, il devait voir si certaines des obligations tenues par l'Argentine en vertu du TBI avaient été effectivement violées par ce pays. En second lieu, il avait comme tâche de se pencher sur la défense de l'Argentine qui affirmait que sa responsabilité internationale n'a pas été engagée à cause de l'état d'urgence qui existait dans le pays et qui justifiait les mesures prises.

1. Des obligations de l'Argentine ont-elles été violées ?

Au centre du débat figurait la question de savoir si le calcul des prix en dollar et en fonction de l'IPP était un droit acquis de l'investisseur. Selon la demanderesse, cette question commandait une réponse positive puisqu'il était stipulé dans la licence, contrat conclu entre TGN et la République, que les prix seraient, justement, calculés en dollars et en fonction de l'indice états-unien. À l'opposé, la thèse de l'Argentine était plutôt que ce calcul était fait en fonction de la loi sur la convertibilité, que les dispositions pertinentes de la licence se réfèrent directement à celle-ci et que le retrait de cette loi rendait invalides ces mêmes dispositions¹⁴. Le tribunal n'a pas cru cette position et a plutôt expliqué que les deux éléments (la licence et la loi sur la convertibilité) étaient indépendants. Par conséquent, ce que la licence stipule doit être vu comme créant des droits et obligations pour les parties à ce contrat selon le tribunal.

Si l'on s'obstine à faire une analyse strictement positiviste et qu'on refuse d'utiliser des éléments contextuels afin de découvrir les droits et obligations que les parties ont vraiment voulu créer avec la licence, cette position du tribunal est défendable. Elle l'est beaucoup moins toutefois si l'on réfléchit au contexte politique et économique dans lequel a été adoptée la licence. S'il est

¹³ *CMS Gaz c. Argentine* (ARB/01/8) (Décision sur le fond), (2005) §88.

¹⁴ *Ibid*, §136.

vrai que les parties signataires ont réellement cherché, par cet instrument juridique, à accorder à l'investisseur le droit de voir ses profits calculés en dollars états-uniens et en fonction de l'IPP et de façon indépendante de la politique et la conjoncture monétaire du pays (et de la loi sur la convertibilité) et ce, *pour une période de 35 ans (!)*, c'est que les négociateurs de la partie gouvernementale ont eu suffisamment confiance dans le système monétaire argentin pour prendre le pari que rien ne viendrait perturber celui-ci et forcer le pays à abandonner le régime de parité peso-dollar pendant toute la durée de cette période. Or, considérant l'histoire chaotique du système financier argentin (comme de celui de ses voisins sud-américains d'ailleurs) marquée par une inflation, voire une hyper-inflation quasi-chronique et qui a obligé les différents régimes à changer de monnaie à quelques reprises, considérant également le poids de la dette menaçant sans cesse le régime financier du pays, la thèse selon laquelle un négociateur aurait gagé sur la stabilité financière de l'Argentine pour une période de *35 ans* est absolument *invraisemblable !* En d'autres mots, les chances qu'un négociateur argentin ait pu donner la garantie juridique à un investisseur étranger que le régime financier prévalant à l'époque serait suffisamment efficace pour durer durant plus d'un tiers de siècle sont définitivement proches de zéro. La décision du tribunal s'appuie toutefois implicitement sur cette thèse.

Par ailleurs, le tribunal s'est interrogé sur l'objectif de la licence. Selon lui, ce que les parties ont voulu faire lors de l'octroi de celle-ci est de garantir la stabilité de la structure tarifaire et de la méthode de calcul des prix. Or, soutient le tribunal, cette stabilité a été éliminée¹⁵. Cette prise de position nous pousse à nous poser la question suivante : l'objectif de la licence était-il de garantir la stabilité ou plutôt de la garantir *autant que possible* ? En d'autres termes, est-il possible de garantir juridiquement une telle stabilité nonobstant le contexte social et économique ? Peut-on continuer à la garantir dans une période de chaos comme celle vécue par l'Argentine ?

À la suite de ces remarques, le tribunal s'est penché sur les allégations de la demanderesse à l'effet de quoi la République argentine aurait violé quatre dispositions du TBI. Concernant l'expropriation, en premier lieu, la tribunal a retenu une liste de trois critères qui permettent d'affirmer qu'une expropriation n'a pas eu lieu dans ce cas : « l'investisseur est en contrôle de l'investissement ; le gouvernement n'assure pas la gestion quotidienne de la compagnie ; et l'investisseur garde la pleine propriété et le plein contrôle de l'investissement »¹⁶. Par conséquent, le tribunal a considéré que les mesures prises par la République ne constituaient pas une expropriation. Soulignons en passant qu'il s'agit là de critères relativement étroits qui tendent à laisser une certaine marge de manœuvre aux États en matière de gestion publique¹⁷. Il n'a pas trouvé non plus que les mesures étaient arbitraires ou discriminatoires puisque appliquées indistinctement à tous et que, conséquemment, l'article II (2) b) n'a pas été violé¹⁸.

À l'opposé, et reprenant les considérations évoquées plus haut, il a constaté que l'obligation d'offrir un traitement juste et équitable avait été violée du fait que la stabilité légale n'a pas été assurée en tout temps¹⁹. De la même façon, et parce que deux des dispositions de la licence n'ont

¹⁵ *Ibid*, §161 et 162.

¹⁶ *Ibid*, §263.

¹⁷ Comparez, par exemple, avec : *Metalclad v. United States of Mexico* (ARB(AF)/97/1) (décision finale) (2000).

¹⁸ *CMS c. Argentine*, *supra* note 13, §295.

¹⁹ *Ibid*, §273 et ss..

pas été respectées par l'Argentine, la « clause parapluie » (article II (2) c)) qui demande aux parties de respecter les engagements pris n'a pas été respectée par la partie défenderesse²⁰.

Ainsi, les obligations découlant de deux dispositions du TBI n'ont pas été respectées par l'Argentine a conclu le tribunal arbitral à qui il restait encore la tâche de décider si les circonstances extraordinaires entourant l'adoption des mesures menant à ces violations permettaient de désengager la responsabilité du pays.

2. La responsabilité de l'Argentine est-elle engagée par les mesures prises ?

Au cours de ses plaidoiries, l'Argentine a expliqué que selon elle, sa responsabilité internationale n'a pas été engagée par les mesures prises au moment de la crise à cause de l'état de nécessité dans lequel elle se trouvait. Elle a notamment 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 État lorsque celui-ci se trouve dans un état de nécessité.

Dans sa décision, le tribunal a expliqué qu'il considérait (comme les deux parties au différend d'ailleurs) que l'article 25 du projet d'articles de la Commission du droit international sur la responsabilité des États reflétait l'état du droit international coutumier en la matière. Cet article se lit comme suit :

1. L'État 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'État 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'État ou des États 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 invoqué par l'État comme cause d'exclusion de l'illicéité :

- a) Si l'obligation internationale en question exclut la possibilité d'invoquer l'état de nécessité; ou
- b) Si l'État a contribué à la survenance de cette situation²¹.

Puisque les éléments requis doivent tous être présents pour que la responsabilité de l'État soit exclue, l'Argentine devait convaincre le tribunal des trois éléments suivants :

- 1) Des intérêts essentiels pour elle étaient en danger ;
- 2) Les mesures prises étaient les seules qui pouvaient l'être afin d'éviter la situation ;
- 3) Elle n'a pas contribué « à la survenance de la situation ».

²⁰ *Ibid*, §302.

²¹ Commission du droit international, *Responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite* (projet d'articles), art. 25.

À propos de la première question, le tribunal a expliqué que si nul ne pourrait soutenir sérieusement « que rien d'important n'est survenu », on ne pourrait pas non plus prétendre « que l'illicéité pourrait être exclue dans de telles circonstances »²². Pour le tribunal, en d'autres mots, la crise ne fut pas suffisamment importante pour pousser le pays à ne plus respecter ses obligations internationales. Par conséquent, « les effets relatifs qui peuvent être raisonnablement attribués à la crise ne nous permettent pas de statuer sur une exclusion de l'illicéité »²³. De la même façon, il a également émis l'opinion que les mesures prises n'étaient pas les seules qui étaient disponibles pour sortir le pays de la crise²⁴. Enfin, il a également considéré que les différents gouvernements depuis les années 80 ont contribué à la crise²⁵.

Deux points peuvent être rapidement soulevés concernant ces conclusions du tribunal. En premier lieu, alors qu'il a lui-même avoué que les différents experts s'étant prononcés sur la gravité de la crise et sur la question de savoir si d'autres mesures étaient disponibles ont donné des opinions totalement diverses, le tribunal a dans les deux cas pris position en faveur de la partie demanderesse, statuant que la crise n'était pas assez grave pour que des intérêts essentiels soient en jeu et que d'autres mesures étaient disponibles. Ses conclusions sur ces points nous semblent peut-être défendables, mais il aurait aussi bien pu conclure à l'inverse et de façon tout aussi convaincante que la crise menaçait des intérêts essentiels de l'État (à savoir sa population) et que les mesures prises étaient nécessaires pour éviter que l'aggravation de la situation. Deuxièmement, nous pouvons souligner le peu d'arguments apportés afin de soutenir les conclusions de chacune de ces trois questions. En effet, dans chaque cas, le tribunal se contente de donner ses conclusions sans expliquer le fondement de celle-ci. À cet égard, nous rappelons que selon l'article 52 de la *Convention de Washington*²⁶, le défaut de motifs est l'une des cinq causes pouvant entraîner l'annulation d'une sentence arbitrale rendue selon les règles du CIRDI, à condition que la demande d'annulation soit formulée dans les 120 jours suivant le prononcé de la décision. Dans le cas qui nous intéresse, cela signifie que l'Argentine aurait jusqu'à la mi-septembre pour demander une telle annulation si, à son avis, le tribunal a été trop chiche dans l'explication de ses motifs. Nous ne serions pas surpris qu'elle agisse en ce sens dans les prochaines semaines.

Les conclusions établies par le tribunal ont été maintenues concernant la tentative de l'Argentine d'utiliser l'article XI du TBI (selon lequel le 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) afin de désengager sa responsabilité internationale. De la même façon qu'il l'avait fait concernant le droit international coutumier, le tribunal a considéré que la crise, bien que sévère, n'a pas mené à un effondrement social et économique et ne peut être caractérisée de « catastrophique » et que des intérêts essentiels de sécurité, tels que mentionné dans l'article XI, n'étaient pas menacés.

En conclusion, le tribunal ayant statué que l'Argentine a enfreint certaines de ses obligations internationales découlant du TBI conclu avec les États-Unis (à savoir l'obligation d'offrir aux

²² *CMS Gaz c. Argentine supra* note 13, §320.

²³ *Ibid*, §321.

²⁴ *Ibid*, §324.

²⁵ *Ibid*, §328 et 329.

²⁶ 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), art 52 (1).

investisseurs états-uniens un traitement juste et équitable et celle de respecter ses engagements avec eux), obligations que même la situation causée par la crise financière ne permettait pas de contrevenir, il a donc ordonné le paiement d'une compensation de 133,2 millions de dollars à CMS par l'Argentine.

Conclusion

Le titre choisi pour cette note de recherche évoquait l'idée que cette sentence arbitrale risquait de devenir célèbre. Un certain nombre de raisons nous incitent à penser ainsi. D'abord, elle est la première décision de ce qui risque de devenir une saga. Plus d'une trentaine de requêtes ont été déposées au CIRDI au cours des dernières années contre l'Argentine (dont une majorité concernant des mesures prises afin d'endiguer les effets de la crise) et *CMS c. Argentine* risque de devenir un phare pour les sentences à venir. Même si les panels arbitraux formés pour se pencher sur ces requêtes ne sont pas formellement tenus de suivre en droit les raisonnements effectués dans la présente affaire, ne reste pas moins que : 1) les arbitres impliqués dans *CMS* (Francisco Vicuña, président, Francisco Rezek et Marc Lalonde) sont également arbitres dans certaines de ces autres affaires et ils chercheront probablement à y statuer de la même façon ; 2) certains de ces trois arbitres semblent avoir une influence importante sur leurs collègues de la communauté arbitrale, voire de la communauté des internationalistes (faut-il rappeler, par exemple, que Francisco Rezek est également juge à la Cour internationale de justice ?) ; et 3) on remarque, au cours des dernières années, une tendance à utiliser les raisonnements des panels antérieurement formés pour fonder les décisions. Bref, cette sentence risque de faire jurisprudence à bien des égards.

Ensuite, si cette décision risque d'être amplement citée dans le cours de droit international au cours des prochaines décennies, c'est qu'elle est la première à se pencher sur le concept d'état de nécessité depuis le dépôt du projet d'articles sur la *Responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite* par la Commission du droit international en 2001. À ce sujet, il nous semble que le seuil défini par le tribunal et servant à établir à partir de quel moment une situation quelconque est suffisamment grave pour que l'état de nécessité puisse être invoqué pour exclure la responsabilité internationale l'État nous apparaît excessivement élevé²⁷. Autrement dit, si la

²⁷ Un article du journal *La Presse* nous donne un exemple des effets sociaux de la crise qui sévissait :

« Des armées de mendiants éventrent chaque soir les sacs poubelle du centre de Buenos Aires et dans la proche banlieue du sud de la capitale une population affamée traque les rats, chats, crapauds, grenouilles ou abattent des chevaux malades pour les manger.

L'ancien "grenier à blé" du monde apprend la misère. Dans le nord-ouest de l'Argentine, dans la province de Tucuman, la vision des nouveau-nés en état de malnutrition, transmise par les télévisions locales, ressemble aux pires images des famines africaines.

Dans la périphérie de la capitale, "les chats ont disparu et de nombreux porteurs de bouteilles ont tué leurs chevaux, leurs instruments de travail, et les ont mangés. Maintenant, les enfants ne vont plus en classe car ce sont eux qui tirent les charrettes", a raconté au quotidien *Página/12* Beatriz Hamari, la directrice d'une école de la banlieue de Quilmes, ville peuplée de 400 000 habitants. [...] Quatre années de récession, un chômage qui touche plus de 25 % de la population active, des revenus tombés en moins d'une année de 8000 à 2000 dollars par tête, ce cocktail a eu pour résultat de précipiter sous le seuil de pauvreté plus de la moitié des 36 millions d'Argentins et près de 6 millions ont faim.

Si faim que "depuis quelques mois, ils mangent des rats, des souris, des grenouilles et des crapauds", a assuré Beatriz Hamari.

situation vécue par l'Argentine au moment de la crise n'est pas suffisamment grave pour justifier l'état de nécessité, quelle situation pourrait alors le justifier ?

Ensuite, l'explication du panel à l'effet de quoi les différents gouvernements argentins depuis les années 80 ont contribué à la survenance de la crise est, juridiquement, probablement défendable. Elle contribue cependant à mettre en exergue un élément essentiel qui concerne le fondement même du droit international. Le droit international, nous apprend la doctrine, établit les droits et les obligations des États. Or, cette vision du droit international prend implicitement racine dans la fiction hégélienne selon laquelle l'État est le résultat de l'universalisation des intérêts particuliers de tous les membres de la collectivité²⁸. C'est en prenant pour acquise cette fiction que le tribunal a fait un raisonnement qui mène à la conclusion suivante : « *Puisque l'État argentin est la représentation de la volonté libre des citoyens argentins et que son but est la défense des intérêts de ceux-ci, la population argentine est entièrement responsable des actions des différents gouvernements que ce pays a connus au cours des dernières années. Le gouvernement (le peuple en définitive) argentin a pris des engagements internationaux envers lesquels il était juridiquement lié. Il a aussi pris un ensemble de mesures qui ont mené le pays à la crise. Puisqu'il a contribué à la survenance de celle-ci, il ne peut conséquemment se prévaloir de l'état de nécessité pour expliquer des violations de ses engagements même si celles-ci avaient comme objectif de sauver la population d'une situation économique désastreuse* ». Cette analyse mythique et idéaliste de l'État est implicitement partagée par une majorité des membres de la communauté des internationalistes. Dans le cas qui nous intéresse cependant, le peuple argentin, dont les intérêts sont supposés être défendus par l'État selon la version fictive présentée ci-haut, a plutôt été bafoué par des décennies de corruption et de répression ainsi que par des gouvernements qui, au début des années 90, ont vendu le pays au plus offrant (c'est-à-dire souvent à celui qui offrait le plus gros pot-de-vin !) et qui ont adopté des politiques ayant mené le pays au chaos. Cette vision contraste (le mot est faible !) avec la vision idyllique de l'idéalisme hégélien. Pourtant, lorsque la population est sortie dans la rue pour forcer le gouvernement à protéger ses intérêts, voire à assurer sa survie, le droit international (version doctrinale) lui a répondu : « *Bien sûr, votre survie est en jeu, vous allez d'ici peu être privés de gaz (mais aussi d'eau potable et d'électricité) parce que celui-ci sera rendu trop coûteux pour que vous puissiez vous l'offrir mais, que voulez-vous, cette situation est causée par une crise à laquelle vous avez (par l'entremise de votre gouvernement) contribué. Vous devez donc, malgré tout, respecter vos engagements internationaux* » !

Nous débarrassant d'une autre fiction, celle de l'interprétation (ou de la réponse) unique²⁹, nous remarquons également que dans la majorité des situations où, dans les des deux décisions (celle

Pagina/12 raconte longuement comment Pepe prépare "le chat à l'étouffée" ou l'histoire d'Ariel, un écolier qui affirme devant les enseignants de l'école provinciale 65 que "la grenouille a beaucoup plus de goût que le crapaud" mais se plaint que "le crapaud, c'est trop dur" ! » : « Argentine : l'ancien grenier à blé apprend la misère » *La Presse*, 8 juin 2002, B9.

²⁸ Hegel, G., *Principes de la philosophie du droit*, Paris, Gallimard, 1940, particulièrement aux § 257 et ss. et, en ce qui concerne le droit international, pp. 330 et ss..

²⁹ Voir par exemple, Kelsen, H., *Théorie pure du droit*, Paris, Bruxelles, Bruylant, LGDJ, 1999, aux pp. 340 et ss..

sur la juridiction et celle sur le fond), plus d'une interprétation étaient possibles, le tribunal a offert un raisonnement favorable aux intérêts de l'investisseur. Bien sûr, dans la décision sur la juridiction (concernant l'interprétation de la clause de la licence donnant compétence aux tribunaux nationaux pour les différends entre le pays d'accueil et les investisseurs étrangers, et la fameuse clause *fork on the road*), le panel a utilisé les raisonnements faits avant lui dans d'autres affaires afin de statuer positivement sur sa compétence (que l'Argentine niait). À cet égard, le raisonnement critique formulé ici s'applique surtout aux tribunaux ayant rendu les décisions précédentes. Sur le fond toutefois, et exception faite des critères (relativement favorables à l'Argentine) retenus pour définir l'expropriation, les thèses retenues ont principalement été celles de la partie demanderesse, CMS. Le raisonnement concernant l'état de nécessité, discuté plus haut, est probablement l'exemple le plus patent de cet état de fait.

En dernier lieu, il sera intéressant de voir dans les prochaines semaines si l'Argentine cherchera à former un comité *ad hoc* pouvant annuler la décision sous le prétexte que certaines parties de celle-ci n'ont pas été adéquatement motivées. Considérant le rôle de guide que pourrait jouer celle-ci, nous croyons que l'Argentine aurait grandement intérêt à agir ainsi.