

**CENTRE INTERNATIONAL POUR LE RÈGLEMENT
DES DIFFÉRENDS RELATIFS AUX INVESTISSEMENTS**

**SAUR INTERNATIONAL
CONTRE
LA REPUBLIQUE ARGENTINE**

(Affaire CIRDI N° ARB/04/4)

**DÉCISION DU TRIBUNAL ARBITRAL
RELATIVE AUX EXCEPTIONS A LA
JURIDICTION**

Membres du tribunal:

Juan Fernández-Armesto, Président
Bernard Hanotiau, Arbitre
Christian Tomuschat, Arbitre

Secrétaire du tribunal:

Claudia Frutos-Peterson

Washington, D.C., le 27 février 2006

<u>TABLE DES MATIERES</u>	<u>PAGE</u>
I. HISTORIQUE DE LA PROCEDURE	3 – 5
II. FAITS NON CONTROVERSEES ET RECLAMATIONS DES PARTIES	6 – 7
III. EXPOSE DES MOYENS DES PARTIES	8 – 17
1. LA DEMANDE DE SAURI	8
2. L’OBJECTION DE LA REPUBLIQUE ARGENTINE	9
3. LA REPOSE DE SAURI	10
4. LES ARGUMENTS PRESENTES PAR LA REPUBLIQUE ARGENTINE LORS DE SA PREMIERE INTERVENTION EN AUDIENCE	11
5. LES ARGUMENTS PRESENTES PAR SAURI LORS DE SA PREMIERE INTERVENTION EN AUDIENCE	13
6. LES ARGUMENTS SUPPLEMENTAIRES PRESENTES PAR LA REPUBLIQUE ARGENTINE LORS DE SA DEUXIEME INTERVENTION EN AUDIENCE	15
7. LES ARGUMENTS SUPPLEMENTAIRES PRESENTES PAR SAURI LORS DE SA DEUXIEME INTERVENTION EN AUDIENCE	16
8. LES ECRITS POSTERIEURS DES PARTIES	17
IV. FONDEMENTS JURIDIQUES	18 – 35
1. CONDITIONS A REMPLIR PAR LA DEMANDERESSE POUR AVOIR LA CAPACITE D’AGIR, RECEVABILITE DU DIFFEREND ET COMPETENCE DU TRIBUNAL ARBITRAL	18 – 29
(i) Les parties légitimées: Investisseur et Partie Contractante	19
(ii) Le consentement des parties	22
(iii) Un différend d’ordre juridique	23
(iv) Un différend relatif à un investissement et qui en découle directement	26
2. DECISION DU TRIBUNAL	29
3. REFERENCES A D’AUTRES DECISIONS DU CIRDI	29
V. DECISION	36

I. HISTORIQUE DE LA PROCEDURE

1. Le 17 novembre 2003, le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (« CIRDI » ou le « Centre ») a reçu de SAUR International (« Sauri » ou « la Demanderesse »), une société constituée en vertu de la législation française, dont le siège social est situé à l'adresse suivante: Challenger, 1, avenue Eugène Freyssinet, 78280 Guyancourt, France, une demande d'arbitrage en date du 13 novembre 2003 (la « Requête d'Arbitrage ») à l'encontre de la République Argentine (« l'Argentine » ou « la Défenderesse »).
2. Le 19 novembre 2003, le Centre a accusé réception de la Requête d'Arbitrage et en a transmis une copie à la Défenderesse et à l'ambassade de la République Argentine dans la ville de Washington, D.C., conformément à l'article 5 du Règlement de procédure relatif à l'introduction des instances de conciliation et d'arbitrage du CIRDI (« Règlement d'introduction des instances »). Le différend concerne certaines actions et omissions prétendument commises par la République Argentine et la province de Mendoza à l'encontre de l'investissement réalisé par Sauri dans Obras Sanitarias de Mendoza S.A. (OSM), une société de services publics assurant la distribution d'eau potable et le traitement et l'évacuation des eaux usées dans la province argentine de Mendoza. Dans sa Requête d'Arbitrage, la Demanderesse invoque les dispositions de l'Accord pour la promotion et la protection réciproques des investissements entre la République Française et la République Argentine du 3 juillet 1991 (le « Traité Bilatéral »).
3. Conformément aux dispositions de l'article 36(3) de la Convention pour le Règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États du CIRDI (« Convention du CIRDI »), le Secrétaire général par intérim du CIRDI a, le 27 janvier 2004, enregistré la Requête d'Arbitrage et notifié cet enregistrement aux parties, en les invitant à constituer dès que possible un tribunal arbitral, le tout conformément à l'article 7 du Règlement d'introduction des instances.
4. La Demanderesse a par la suite nommé comme arbitre M. Bernard Hanotiau, de nationalité belge. La Défenderesse a pour sa part nommé comme arbitre M. Christian Tomuschat, de nationalité allemande.
5. Après avoir consulté les parties, et conformément à l'article 38 de la Convention du CIRDI et à l'article 4 du Règlement de procédure relative aux instances d'arbitrage du Centre (« Règlement d'arbitrage »), le Président du Conseil administratif du CIRDI a nommé M. Juan Fernández-Armesto, de nationalité espagnole, comme troisième arbitre et Président du Tribunal.
6. Conformément aux dispositions de l'article 6(1) du Règlement d'arbitrage, le 3 septembre 2004, le Secrétaire général du Centre a notifié aux parties que les trois

arbitres avaient accepté leur nomination et que le Tribunal était donc réputé constitué, et l'instance engagée à cette date. De même, les parties ont été informées que Mme Claudia Frutos-Peterson, conseiller juridique du CIRDI, assurerait les fonctions de Secrétaire du Tribunal conformément à l'article 25 du Règlement administratif et financier du CIRDI.

7. Conformément à l'article 13 du Règlement d'arbitrage, le Tribunal a tenu sa première audience dans la ville de Washington, D.C., le 13 novembre 2004. Étaient présents M. Philippe Pinsolle, du cabinet d'avocats Shearman & Sterling, Paris, France, représentant la Demanderesse; et, représentant la Défenderesse, Mmes Cintia Yaryura et Gisela Makowski et M. Gabriel Bottini, du Trésor public argentin (Procuración del Tesoro de la Nación Argentina).
8. Durant la première audience du Tribunal, les parties sont convenues que le Tribunal était constitué conformément à la Convention et au Règlement d'arbitrage du CIRDI et qu'elles n'avaient aucune objection à formuler à l'encontre des membres du Tribunal. Il a également été décidé que la procédure serait menée à bien conformément au Règlement d'arbitrage en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2003.
9. Lors de la première audience, les parties sont également convenues de diverses questions de procédure, qui ont été consignées dans un acte récapitulatif, signé par le Président et la Secrétaire du Tribunal. En ce qui concerne le calendrier de présentation des moyens écrits des parties, le Tribunal, après avoir consulté les parties à ce sujet, et au vu de la demande formulée par la Demanderesse que sa Requête d'arbitrage soit considérée comme son mémoire au fond, a décidé que la Demanderesse disposerait d'un délai de 30 jours, à compter de la date de la première audience, pour présenter les preuves supplémentaires qu'elle juge pertinentes, lesquelles comprendraient des preuves documentaires, des témoignages et/ou des opinions d'experts, et que la Défenderesse disposerait d'un délai de 120 jours, à compter de la date de réception des preuves supplémentaires présentées par la Demanderesse, pour présenter son mémoire en réponse sur le fond. La Demanderesse comme la Défenderesse disposerait ensuite d'un délai de 90 jours pour présenter respectivement leurs mémoires en réplique et en duplique. Un calendrier alternatif a également été convenu au cas où la Demanderesse émettrait des objections relatives à la juridiction du Centre et à la compétence du Tribunal.
10. Conformément à ce qui a été convenu lors de la première audience, le 13 décembre 2004 la Demanderesse a présenté les preuves supplémentaires complétant sa Requête d'arbitrage.
11. Le 25 février 2005, la Défenderesse a déposé un mémoire présentant ses objections relatives à la juridiction du Centre et à la compétence du Tribunal¹ (le « Mémoire des objections »).

¹ Il convient de noter que la version espagnole de la Convention du CIRDI utilise dans l'article 25 le terme « *jurisdicción* » du CIRDI et dans l'article 41(1) le terme « *competencia* » du Tribunal Arbitral. La version française de la même Convention utilise dans les deux cas le terme « compétence ». Le Tribunal Arbitral

12. Au vu des objections présentées par la Défenderesse, le Tribunal a suspendu, le 8 mars 2005, la procédure sur le fond de l'affaire conformément aux dispositions de l'article 41(3) du Règlement d'arbitrage, et invité la Demanderesse à présenter son mémoire en réponse dans un délai de 90 jours à compter de la réception des objections formulées par la Défenderesse, ce délai venant à échéance le 6 juin 2005.
13. Conformément à ce qui précède, la Demanderesse a présenté son mémoire en réponse sur la juridiction et compétence (le « Mémoire en réponse ») le 6 juin 2005.
14. Le 28 juin 2005, le Tribunal, après avoir préalablement consulté les parties et avec leur accord, a déterminé, au vu des arguments présentés en détail par les parties dans leurs mémoires, qu'il n'était pas nécessaire de présenter de mémoires en réplique ou en duplique. Le 23 septembre et le 17 octobre 2005, le Tribunal a décidé, avec l'accord des parties, que l'audience sur la juridiction se tiendrait les 10 et 11 novembre 2005 dans la ville de Washington, D.C.
15. La Demanderesse était représentée à l'audience par MM. Emmanuel Gaillard, Philippe Pinsolle et Fernando Mantilla-Serrano, du cabinet d'avocats Shearman & Sterling, Paris, France. La Défenderesse était représentée par MM. Ignacio Torterola, Ariel Martins, Martín Moncayo von Hase et Florencio Travieso du Trésor public argentin (Procuración del Tesoro de la Nación Argentina).
16. Durant l'audience, le Tribunal a écouté l'exposé des moyens des parties concernant la juridiction et compétence et a interrogé les parties à ce sujet.
17. Le 21 novembre 2005, les deux parties ont présenté des écrits en réponse à certaines questions posées par le Tribunal durant l'audience. Le 14 décembre 2005, la République Argentine a présenté sa dernière écriture.

emploiera en français et en espagnol le terme « juridiction/*jurisdicción* » pour faire référence au CIRDI et « compétence/*competencia* » pour faire référence au Tribunal Arbitral.

II. FAITS NON CONTROVERSES ET RECLAMATIONS DES PARTIES

18. Le 3 juillet 1991, la République Française et la République Argentine ont souscrit un Accord pour la promotion et la protection réciproques des investissements (ci-après le « Traité Bilatéral ») qui est entré en vigueur le 3 mars 1993.
19. Les faits non controversés sont les suivants:
- En 1998, la province de Mendoza a décidé de privatiser le service public d'approvisionnement en eau dont la société OSM était concessionnaire; pour ce faire, trois types d'actions ont été émises: (i) des actions de type A, représentant 60 % du capital de OSM, 50 % de celui-ci étant destinés à un investisseur privé, et les 10 % restants, au personnel; (ii) des actions de type B, équivalant à 20 % du capital, réservées à la province; et (iii) des actions de type C, représentant les 20 % restants du capital, réservées à l'opérateur technique.
 - SAURI, suite à la privatisation, a pris une participation minoritaire et indirecte au capital de OSM, en détenant des actions de type A par l'intermédiaire de Inversores de Mendoza, S.A. et Inversores del Aconcagua, S.A., ainsi que des actions de type C par l'intermédiaire de Aguas de Mendoza, S.A.
 - Le 9 juin 1998, la province de Mendoza a accordé un Contrat de concession à OSM pour la fourniture de services publics d'approvisionnement en eau potable et d'évacuation des eaux usées; SAURI n'est pas partie audit contrat.
 - Le 22 juillet 1998, OSM et SAURI ont signé un Contrat d'assistance technique, en vertu duquel SAURI s'est engagée à fournir une assistance technique à OSM, en qualité d'opérateur technique, en échange d'une rémunération d'un montant déterminé.
20. Le 17 novembre 2003, SAURI a introduit une Requête d'arbitrage contre la République Argentine, en imputant à la Défenderesse deux types d'inobservations:
- premièrement, des actions et omissions des autorités argentines qui auraient empêché OSM de poursuivre normalement ses activités et qui auraient affecté son équilibre économique;
 - deuxièmement, l'adoption par les autorités argentines de Mesures d'Urgence (Loi 25.561 d'urgence publique et Réforme du régime des changes, en date du 6 janvier 2002, à laquelle la province de Mendoza s'est conformée via la Loi provinciale 6.967 du 15 janvier 2002), qui auraient entraîné une perte de valeur de l'investissement réalisé par SAURI.
21. Ces inobservations constitueraient, selon de la Demanderesse, des violations des articles 2, 3, 4, et 5 du Traité Bilatéral et justifieraient son *petitum*: que la

République Argentine soit condamnée à lui verser une indemnisation équivalant aux dommages occasionnés à ses investissements.

22. La Défenderesse, pour sa part, invoque le défaut de juridiction du Centre et, par conséquent, demande que le Tribunal arbitral se déclare lui-même incompétent pour connaître de la prétention de la Demanderesse, rejette la Requête d'arbitrage et condamne la Demanderesse aux dépens. Cette réclamation de la Défenderesse est la seule question que le Tribunal arbitral doit résoudre dans le cadre de la présente décision, sans préjuger de sa décision sur le fond.

III. EXPOSE DES MOYENS DES PARTIES

1. LA DEMANDE DE SAURI

23. La Société d'Aménagement Urbain et Rural (« SAUR ») est une entreprise française, spécialisée dans la production et la distribution d'eau potable. SAUR détient la quasi-totalité du capital social de SAURI. Cette société a elle-même décidé de participer au processus de privatisation du service public d'approvisionnement en eau de la province de Mendoza et constitué à cet effet deux sociétés argentines: Inversora del Aconcagua S.A. (à laquelle participent d'autres actionnaires) et Aguas de Mendoza S.A. (filiale à 100 % de SAUR et SAURI). Par l'entremise de ces deux sociétés, le groupe SAUR déclare détenir directement ou indirectement 32,08 % du capital de Obras Sanitarias Mendoza S.A., la société argentine qui, en vertu d'un contrat de concession (le « Contrat de concession »), gère le service public de distribution d'eau potable et de traitement des eaux usées dans la province de Mendoza. En outre, le 21 juillet 1998, SAURI a signé, en qualité d'opérateur technique, un contrat d'assistance technique avec OSM (le « Contrat d'assistance technique »). Le montant total de l'investissement réalisé par SAURI au bénéfice de la province de Mendoza représenterait, selon les affirmations de la Demanderesse, plus de 72 millions de dollars des États-Unis (« Dollars »).
24. Dans sa Requête d'arbitrage SAURI déclare avoir subi une perte de valeur de son investissement et de toute perspective de rentabilité par suite de certaines actions et omissions des autorités argentines qui contreviendraient aux engagements pris dans le Traité Bilatéral.
25. Concrètement, SAURI impute à la République Argentine deux types d'inexécution de ses obligations:
- premièrement, certaines actions et omissions des autorités argentines auraient fait obstacle à la poursuite normale des opérations d'OSM et auraient affecté son équilibre économique. La Demanderesse cite plusieurs exemples de ce type de comportement: les autorités auraient bloqué l'ajustement des tarifs tel que prévu dans le Contrat de concession; elles auraient suspendu la mise à jour du fichier clients d'OSM; elles auraient réduit la facturation de certains immeubles; elles auraient imposé à OSM d'adopter certaines mesures pour atteindre les objectifs de service; elles ne se seraient pas acquittées de leurs obligations de paiement à OSM; et, enfin, elles auraient imposé à la société concessionnaire des obligations non prévues dans le Contrat de concession;
 - deuxièmement, les Mesures d'Urgence adoptées par les autorités argentines auraient porté atteinte à la valeur de l'investissement réalisé par SAURI; concrètement, la Demanderesse cite la Loi 25.561 « Ley de Emergencia Pública y Reforma del Régimen Cambiario », du 6 janvier 2002, à laquelle la Province de Mendoza s'est conformée via la Loi 6.967 « Ley Provincial » du 15 janvier

de la même année (ci-après dénommées, collectivement, les « Mesures d'Urgence »); ces lois auraient aggravé considérablement la situation financière de OSM et, par conséquent, auraient porté préjudice à SAURI en tant qu'actionnaire, en « pesifiant »² les crédits, en convertissant obligatoirement à Pesos certaines dettes libellées en devises étrangères, en dévaluant la monnaie argentine et en gelant les tarifs des services publics.

26. Dans le cadre du présent arbitrage, SAURI demande que la République Argentine soit condamnée à verser une indemnité équivalant au préjudice occasionné aux investissements de SAURI par suite des mesures prises en contravention aux articles 2, 3, 4 et 5 du Traité Bilatéral. En outre, SAURI sollicite une condamnation de la partie adverse aux dépens, majorés d'intérêts.

2. L'OBJECTION DE LA REPUBLIQUE ARGENTINE

27. Dans son Mémoire des objections, la République Argentine a invoqué quatre motifs pour contester la juridiction du CIRDI et la compétence du Tribunal arbitral:
- premièrement, le différend soumis au Tribunal ne satisferait pas aux conditions requises par l'article 25(1) de la Convention du CIRDI portant définition de la juridiction du Centre et de la compétence du Tribunal; la Défenderesse considère que le différend, pour être admissible, doit être en relation directe avec l'investissement; par conséquent, les mesures à caractère général qui seraient prises par les États ne sauraient relever de la juridiction du CIRDI, puisque les tribunaux arbitraux porteraient alors un jugement sur une politique publique et non un différend d'ordre juridique; les Mesures d'Urgence adoptées avant l'effondrement du régime des changes argentin correspondraient justement à ce cas de figure;
 - deuxièmement, le différend soumis au Tribunal ne constituerait pas un différend relatif à un investissement au sens des dispositions de l'article 8 du Traité Bilatéral, car les revendications s'appuieraient sur le prétendu échec d'un processus d'ajustement tarifaire, lui-même fondé sur des considérations de politique publique et d'équité;
 - troisièmement, SAURI n'aurait pas de légitimation active (*ius standi*), en vertu du droit international et du droit argentin, s'agissant de revendications d'actionnaires de nature dérivée: les associés ne peuvent pas obtenir réparation pour des préjudices qui auraient été occasionnés à la société, car cela impliquerait la destruction de la société;
 - quatrièmement, les parties ont consenti par contrat à se soumettre à la juridiction de la province de Mendoza aux fins d'interprétation et d'exécution du Contrat de concession.

² Expression relative à la conversion des crédits en Pesos argentins.

28. La Défenderesse a présenté une opinion de M. Ricardo Augusto Nissen, qui analyse le droit argentin des sociétés et conclut que ce ne sont pas les associés ou les actionnaires, mais la société qui a qualité pour intenter toute action visant à incorporer des droits à son patrimoine; qu'une revendication émanant d'un actionnaire pour préjudice occasionné à la société ne saurait être régi par les dispositions applicables au recours subrogatoire ou à l'action oblique; que les actionnaires peuvent assigner en responsabilité les administrateurs de la société; et qu'il n'existe aucun principe ou règle dans le droit argentin des sociétés qui garantisse en permanence l'intangibilité, à un niveau donné, d'une valeur déterminée des actions d'une société.

3. LA REPONSE DE SAURI

29. Dans son Mémoire en réponse SAURI présente une série d'arguments contrant les raisons avancées par la République Argentine.

30. En premier lieu, la Demanderesse a fait valoir que, conformément à l'article 8 du Traité Bilatéral, il suffirait, pour que le Tribunal arbitral soit compétent, qu'il existe un « *différend* »:

- entre une partie contractante et un investisseur de l'autre partie contractante;
- relatif à des investissements au sens du Traité Bilatéral; et le Traité Bilatéral, dans son article 1, définit comme investissement (entre autres) « *les actions ... même minoritaires ou indirectes, aux sociétés constituées sur le territoire de l'une des Parties contractantes.* »

De l'avis de SAURI, ces deux conditions sont remplies dans le présent arbitrage.

31. En second lieu, SAURI a opposé les arguments suivants aux raisons spécifiquement avancées par la République Argentine pour contester la juridiction du CIRDI et la compétence du Tribunal arbitral:

- la Demanderesse a signalé qu'un grand nombre de ses réclamations se réfèrent à des actions de la République Argentine antérieures à la promulgation des Mesures d'Urgence; en ce qui concerne les autres demandes, la question que doit résoudre le Tribunal est celle de savoir si, en promulguant des lois d'urgence et en les appliquant de manière discriminatoire, la République Argentine a manqué aux engagements internationaux qu'elle a pris dans le Traité Bilatéral;
- la Demanderesse considère que la République Argentine essaie de créer une confusion en faisant croire au Tribunal arbitral que la question à résoudre est celle de savoir si l'on se trouve devant des « *contract claims* » (prétentions relevant du droit contractuel fondées sur le respect ou le non-respect du contrat d'investissement) ou devant un « *treaty claim* » (prétentions du droit international fondées sur la protection accordées par le Traité Bilatéral aux

investisseurs étrangers); en réalité, SAURI n'est pas partie au Contrat de concession, si bien qu'il ne peut, par définition, exister de "contract claims"; par conséquent, la compétence exclusive des tribunaux de Mendoza ne saurait être invoquée à l'encontre de SAURI;

- quant à l'argument selon lequel la Demanderesse n'aurait pas qualité pour agir (*ius standi*), puisqu'il s'agit de réclamations dérivées ayant trait à une entreprise, il serait invalidé par l'article 1.1.b) du Traité Bilatéral qui inclut expressément dans la notion d'investissement la participation au capital de sociétés argentines, y compris les participations minoritaires ou indirectes; SAURI a également fait valoir que cette question avait déjà été tranchée dans plusieurs arbitrages CIRDI, dans un sens contraire à celui défendu par l'Argentine.

4. LES ARGUMENTS PRESENTES PAR LA REPUBLIQUE ARGENTINE LORS DE SA PREMIERE INTERVENTION EN AUDIENCE

32. Durant l'audience qui s'est tenue le 10 novembre 2005, la République Argentine a fait une présentation « *complémentaire* » de celle exposée dans son Mémoire des objections, et a centré ses arguments sur quatre objections: la nature contractuelle de la réclamation de la Demanderesse, les droits de SAURI en tant qu'investisseur étranger, l'inadmissibilité des actions dérivées en droit international, et l'acceptation par SAURI de la compétence exclusive des tribunaux de Mendoza.
33. Selon les allégations de la Défenderesse, la Requête d'arbitrage de SAURI ne porterait pas sur un différend au regard du droit international, mais sur des prétentions de nature contractuelle. La Demanderesse chercherait à tirer parti d'une situation de crise économique générale pour présenter une demande sous couvert du Traité Bilatéral. Elle échouerait toutefois dans son argumentation, faute de pouvoir démontrer que les mesures à l'origine du prétendu préjudice portent directement atteinte aux droits protégés par le Traité. Elle ne serait pas non plus parvenue à prouver l'existence d'un quelconque préjudice, ni à démontrer que le comportement de la République Argentine a porté atteinte à l'investissement de SAURI. Elle a invoqué à l'appui de sa thèse les paragraphes 127, 151 et 160 de l'affaire Salini³.
34. Cette argumentation serait fondée sur l'article 25 de la Convention du CIRDI qui, correctement interprété, exigerait l'existence d'une relation directe entre le différend et l'investissement, relation que la Demanderesse, en l'occurrence, n'aurait pas été en mesure d'établir. SAURI n'a pas réussi à prouver que sa participation au capital aurait perdu de sa valeur. Ces principes ont été établis il y a plus de 30 ans dans l'affaire Barcelona Traction⁴.

³ Salini Costruttori SpA et Italstrade SpA contre le Royaume Hachimite de Jordanie (ARB/02/13), décision sur la juridiction.

⁴ Barcelona Traction, Light and Power Company Limited, décision de la CIJ du 5 février 1970.

35. La République Argentine reconnaît la qualité d'investisseur étranger de SAURI, en vertu de l'article 1.1.b) du Traité Bilatéral, et elle reconnaît que SAURI a qualité pour agir, mais pas pour exercer des droits dont elle n'est pas titulaire ou qui ne lui étoient pas. L'article 1.1.b) du Traité Bilatéral, qui fait référence aux actionnaires minoritaires ou indirects, permet à ces derniers d'être considérés comme des investisseurs étrangers, mais ne les habilite pas à formuler une réclamation indirecte, OSM étant seule titulaire de ce droit. Les réclamations indirectes ne peuvent être formulées que dans le cadre de traités internationaux prévoyant expressément cette possibilité; or, le Traité Bilatéral entre l'Argentine et la France n'entre pas dans cette catégorie. En outre, les droits en question doivent être des droits appartenant aux actionnaires: il faut que ceux-ci aient été expropriés, par exemple, ou qu'on les ait empêché de percevoir des dividendes ou d'exercer leur droit de retrait.
36. La République Argentine considère que la limitation au pouvoir d'exercer des actions indirectes constitue un principe général de droit, reconnu par les nations civilisées, conformément à l'article 38(1)c) du Statut de la Cour Internationale de Justice, et elle demande au Tribunal arbitral de la considérer comme telle.
37. Les préjudices allégués par SAURI se rapportent à OSM. La République Argentine n'a pris aucune mesure qui aurait porté directement atteinte aux actions détenues par SAURI. Si le raisonnement est que SAURI a subi un préjudice du fait des actions des autorités argentines à l'encontre de OSM, alors la clause de juridiction contenue dans le Contrat de concession s'appliquerait également. La République Argentine invoque le paragraphe 154 de SGS contre les Philippines⁵ à l'appui de son argumentation. Le fait que le Contrat de concession n'aurait pas été signé par SAURI mais uniquement par OSM ne changerait rien à la situation, puisque SAURI ne formule pas de réclamations à propos de mesures prises par le Gouvernement Argentin à son encontre, mais à propos de mesures prises à l'encontre de OSM. En outre, les parties audit Contrat ont renoncé expressément à la juridiction de tout tribunal autre que les tribunaux de droit commun de Mendoza, et cette renonciation a pris effet après l'entrée en vigueur du Traité Bilatéral.
38. La Défenderesse a informé le Tribunal que OSM est engagée dans un processus de renégociation avec la province de Mendoza. Le 5 octobre 2005, un Protocole assorti d'une série d'accords aurait été signé. Si cet accord, qui doit encore être entériné par le pouvoir législatif, était approuvé, la République Argentine estime que les deux tiers des questions en litige dans le cadre de cette procédure seraient résolus.
39. La République Argentine a également soutenu que SAURI, dans les paragraphes 28 à 30 de son Mémoire en réponse, aurait inclus un nouveau chef de préjudice, qui ne figurait pas dans la Requête d'arbitrage, à savoir, que la République Argentine aurait également violé le Traité en n'acquittant pas la commission de gestion (*Management Fee*) qu'elle doit verser à SAURI en tant qu'opérateur du Contrat de

⁵ SGS Société Générale de Surveillance S.A. contre la République des Philippines (ARB/02/06), décision sur la juridiction.

concession. L'introduction de cette nouvelle demande serait tardive et, qui plus est, infondée, puisque cette commission n'est pas due par la province à SAURI; c'est en effet OSM qui s'est engagée à verser certaines redevances à la Demanderesse.

5. LES ARGUMENTS PRESENTES PAR SAURI LORS DE SA PREMIERE INTERVENTION EN AUDIENCE

40. SAURI a tout d'abord fait valoir que la République Argentine a reconnu l'existence d'un investissement d'un montant de 72 millions de dollars et la qualité d'investisseur étranger à SAURI aux fins d'application du Traité Bilatéral. Une fois ces deux points admis, la Défenderesse aurait été contrainte, pour pouvoir contester la compétence du Tribunal, de faire un amalgame entre questions de fond et questions relatives à la juridiction. En réalité, SAURI a engagé une action dérivée de son statut d'investisseur protégé et rien de plus. C'est pourquoi la Demanderesse démontrera tout d'abord qu'elle réunit les conditions requises par le Traité Bilatéral pour pouvoir agir. À cet égard, le Tribunal doit se borner simplement à considérer les demandes telles qu'elles ont été présentées par la Demanderesse, sans procéder à leur examen ni se prononcer sur le fond.
41. Dans sa Requête d'Arbitrage, SAURI déclare que la Défenderesse aurait violé les articles 2, 3, 4 et 5 du Traité Bilatéral, et elle demande à être indemnisée pour le préjudice subi. Cette réclamation serait couverte par l'article 8.1 du Traité Bilatéral qui stipule:
- que le différend doit opposer une partie contractante et un investisseur de l'autre partie, point accepté par la Défenderesse;
 - que le différend doit se rapporter à des investissements au sens du Traité Bilatéral; la définition des investissements aux fins de cet arbitrage figure à l'article 1.1.b) et c); le paragraphe b) couvre les investissements sous forme de participation, même minoritaire ou indirecte, au capital, et le paragraphe c) couvre les obligations, crédits et droits à toutes prestations ayant une valeur économique.
42. La République Argentine semble argumenter que la réclamation de la Demanderesse ne satisferait pas aux conditions requises par la Convention du CIRDI et, plus précisément, par les dispositions de l'article 25(1). Cet article établit que la juridiction du CIRDI est circonscrite aux différends d'ordre juridique qui sont en relation directe avec un investissement. Cela étant, cette condition doit être replacée dans le contexte global du Traité, comme cela a été fait dans l'affaire Maffezini⁶. Les réclamations formulées par la Demanderesse constituent un différend d'ordre juridique, car elles se fondent sur le non-respect par la République Argentine des obligations qui lui incombent en vertu du Traité Bilatéral. Les

⁶ Emilio Agustín Maffezini contre le Royaume d'Espagne (ARB/97/7), décision sur la juridiction.

affaires Fedax⁷, Antoine Goetz⁸ et CSOB⁹ viennent étayer cette interprétation. Ces réclamations sont également en relation directe avec l'investissement: en effet, SAURI est un investisseur, cette société a effectué l'investissement sous la protection de la Convention du CIRDI, et elle prétend maintenant que cet investissement n'a pas été protégé par l'Argentine comme l'Argentine s'était engagée à le faire. La Demanderesse invoque à l'appui de sa thèse les affaires citées dans son Mémoire des objections, ainsi que l'affaire Gas Natural du 17 juin 2005¹⁰.

43. SAURI a également contesté les objections concrètes formulées par la Défenderesse.
44. En ce qui concerne l'objection selon laquelle le Tribunal n'est pas compétent puisque c'est une mesure de caractère général, SAURI a déclaré que ses prétentions se rapportent en partie seulement aux Mesures d'Urgence; ses autres revendications se fondent sur des actions et omissions des autorités argentines qui auraient été commises en marge desdites mesures. En outre, la compétence du Tribunal arbitral ne saurait être limitée aux seules mesures *ad hominem*, mais devrait être étendue de sorte que le Tribunal puisse juger de la compatibilité d'une loi et de son application pratique avec les engagements internationaux de la République Argentine. SAURI considère que la jurisprudence établie dans l'affaire Methanex¹¹ s'applique à l'Accord de libre-échange nord-américain, qui diffère de la Convention du CIRDI; elle ne saurait donc être extrapolée pour s'appliquer à un arbitrage du CIRDI. L'inapplicabilité de l'affaire Methanex aurait été confirmée par la décision rendue dans l'affaire AES¹².
45. Quant à la seconde objection formulée par la République Argentine, SAURI considère que la Défenderesse essaierait de faire valoir que le différend relève d'une discussion doctrinale entre la notion de "*contract claims*" et celle de "*treaty claims*". Cette distinction aurait un sens s'agissant d'un traité qui contiendrait une « clause miroir » (« *umbrella clause* »), mais elle n'a pas lieu d'être faite dans l'affaire qui nous occupe. Dans le cadre du présent arbitrage, les prétentions de la Demanderesse, énoncées au paragraphe 69 de sa Requête d'arbitrage, sont fondées sur les obligations matérielles du Traité Bilatéral. Cela ne signifie pas que SAURI ne peut invoquer l'existence du Contrat de concession et la manière dont il a été exécuté, même si l'on tient compte de ce que la Demanderesse n'est pas partie audit contrat. C'est ce qui ressort expressément des décisions d'annulation rendues dans les affaires Vivendi¹³ et Klöckner¹⁴, ainsi que de la décision qui a été rendue dans

⁷ Fedax NV contre la République de Venezuela (ARB/96/3), décision sur la juridiction.

⁸ Antoine Goetz et consorts contre la République du Burundi (ARB/95/3), sentence arbitrale.

⁹ Ceskoslovenska obchodni banka A.S. contre la République Slovaque (ARB/97/4), décision sur la juridiction.

¹⁰ Gas Natural SDG S.A. contre la République Argentine (ARB/03/10), décision sur la juridiction.

¹¹ Methanex contre les États-Unis d'Amérique, sentence arbitrale partielle du 7 août 2002.

¹² AES Corporation contre la République Argentine (ARB/02/17), décision sur la juridiction.

¹³ Compañía de Aguas del Aconguija et Vivendi Universal contre la République Argentine (ARB/97/3), décision en annulation.

l'affaire opposant SGS au Pakistan¹⁵. Cette conclusion se trouve renforcée par l'article 8.4 du Traité, qui stipule que le Tribunal arbitral décide sur la base « *des dispositions du présent accord, du droit de la Partie contractante partie au différend [République Argentine] –y compris les règles relatives aux conflits de lois-, des termes des accords particuliers éventuels qui auraient été conclus au sujet de l'investissement, ainsi que des principes de Droit International en la matière* ». Il ne fait aucun doute que le Contrat de concession figure au nombre des accords particuliers conclus en relation avec l'investissement. Le Tribunal est donc invité par les termes mêmes du Traité Bilatéral à prendre en considération les dispositions contractuelles lorsqu'il juge au fond.

46. La troisième objection formulée par la République Argentine concerne la prétendue compétence exclusive des Tribunaux argentins. Or, la compétence du Tribunal arbitral résulte de l'article 8 du Traité Bilatéral, et non de la clause du Contrat de concession que SAURI n'a, au demeurant, pas signé.

Conformément à l'article 8.2 du Traité Bilatéral l'investisseur peut choisir de s'en remettre à une juridiction nationale ou à l'arbitrage international. L'investisseur ayant opté pour l'arbitrage, les tribunaux argentins ne sauraient donc être compétents.

47. S'agissant de la prétendue nature dérivée de la demande, le fait que la part de capital détenue par SAURI est indirecte ou minoritaire ne constitue pas en réalité un obstacle à la compétence du Tribunal arbitral. C'est ce qui découle de l'article 8.1.b) du Traité Bilatéral, et ce principe a été admis dans de nombreuses décisions: Azurix¹⁶, CMS¹⁷, Enron¹⁸ et Gas Natural¹⁹.

6. LES ARGUMENTS SUPPLEMENTAIRES PRESENTES PAR LA REPUBLIQUE ARGENTINE LORS DE SA DEUXIEME INTERVENTION EN AUDIENCE

48. La République Argentine a insisté sur le fait que le Tribunal ne doit pas se borner à analyser les faits invoqués par les parties, mais qu'il a la faculté d'examiner des questions débordant du thème central de l'exposé des parties, et elle a invoqué à l'appui de sa thèse les affaires Joy Mining²⁰ et SGS contre les Philippines²¹.

¹⁴ Klöckner Industrie-Anlagen GmbH et autres contre la République Unie du Cameroun et la Société Camerounaise des Engrais (ARB/81/2), décision en annulation.

¹⁵ SGS Société Générale de Surveillance contre la République Islamique du Pakistan (ARB/01/13), décision sur la juridiction.

¹⁶ Azurix Corp. contre la République Argentine (ARB/01/12), décision sur la juridiction.

¹⁷ CMS Gas Transmission Company contre la République Argentine (ARB/01/08), décision sur la juridiction.

¹⁸ Enron Corp. et Ponderosa Assets, L.P. contre la République Argentine (ARB/01/03), décision sur la juridiction.

¹⁹ Gas Natural SDG, S.A. contre la République Argentine (ARB/03/10), décision sur la juridiction.

²⁰ Joy Mining Machinery Limited contre la République Arabe d'Égypte (ARB/03/11), sentence arbitrale sur la juridiction.

49. Le Traité Bilatéral protégerait uniquement les droits conférés par la condition d'actionnaire. Ces droits n'étant pas définis dans le Traité Bilatéral, ils seraient régis par la législation argentine et, concrètement, par le droit argentin des sociétés, qui accorde un ensemble de droits aux actionnaires. Le Traité Bilatéral, en revanche, ne protège pas contre les fluctuations de valeur des actions – s'il en était autrement, les investisseurs bénéficieraient en quelque sorte d'une police d'assurance. La réclamation de SAURI ne serait pas recevable dans la mesure où SAURI n'a pas établi la manière dont sa participation au capital aurait perdu de sa valeur et s'est bornée à faire des références dogmatiques à cette perte de valeur.
50. La République Argentine a insisté sur le fait que dans l'hypothèse où le Tribunal se déclarerait compétent, il devrait, dans tous les cas, rejeter *in limine* la réclamation de paiement du *Management Fee*, au motif qu'elle serait tardive.
51. Enfin, la République Argentine a développé de manière plus détaillée son argumentation sur le caractère infondé des demandes dérivées. Les droits prétendument violés appartiennent à OSM, non à SAURI, et l'indemnisation devrait être versée au patrimoine de la société, non à celui de l'actionnaire. Elle a invoqué à l'appui de cette thèse les décisions rendues dans les affaires Dipenta²² et Agrotexim²³.

7. LES ARGUMENTS SUPPLEMENTAIRES PRESENTES PAR SAURI LORS DE SA DEUXIEME INTERVENTION EN AUDIENCE

52. Tout d'abord, SAURI a réaffirmé qu'il ne s'agit pas d'une affaire où la Demanderesse formule des prétentions de nature contractuelle en essayant de les transformer en violations d'un Traité - la République Argentine dénaturerait les prétentions de la Demanderesse.
53. Deuxièmement, SAURI a souligné que sa réclamation ne porte pas sur une demande de paiement du *Management Fee* au titre du Contrat d'assistance technique, mais que l'investissement protégé par le Traité se compose de deux éléments: la participation en capital et les revenus générés par l'investissement susmentionné.
54. SAURI a également insisté sur le fait que le Tribunal arbitral, reconnu compétent, doit accepter les faits tels qu'ils ont été présentés par la Demanderesse; elle a cité

²¹ SGS Société Générale de Surveillance S. A. contre la République des Philippines (ARB/02/06), décision sur la juridiction.

²² Consorzio Groupement L.E.S.I. – Dipenta contre la République Algérienne Démocratique et Populaire (ARB/03/08), sentence arbitrale sur la juridiction.

²³ Agrotexim et autres contre la République de Grèce (Tribunal Européen des Droits de l'Homme; Affaire 15/1994/462/543).

les affaires Salini²⁴, Plama²⁵ et Impregilo²⁶ et a expliqué les raisons invoquées dans l'affaire Joy Mining²⁷.

55. S'agissant de la question des demandes dérivées, SAURI a invoqué la décision rendue dans l'affaire Camuzzi²⁸ qui estimait que l'affaire Barcelona Traction ne constitue pas un précédent adéquat.

8. LES ECRITS POSTERIEURS DES PARTIES

56. Dans ses questions, le Tribunal arbitral a demandé, entre autres, aux parties si l'attribution de la concession à une société de nationalité argentine avait été une condition de l'appel à la concurrence, et il a accordé un délai aux parties pour qu'elles formulent leur réponse par écrit. Les deux parties ont répondu par écrit le 21 novembre 2005 indiquant que l'offre n'exigeait pas expressément que les actions de OSM soient vendues à des sociétés argentines. Le 14 décembre 2005, la République Argentine a présenté un document écrit supplémentaire argumentant que SAURI aurait dû mobiliser les moyens nécessaires pour que ce soit OSM qui invoque ses droits via le mécanisme prévu à l'article 25(2)b *in fine* de la Convention du CIRDI.

²⁴ Salini Costruttori S.p.A. et Italstrade S.p.A. contre le Royaume Hachémite de Jordanie (ARB/02/13), décision sur la juridiction.

²⁵ Plama Consortium Limited contre la République de Bulgarie (ARB/03/24), décision sur la juridiction.

²⁶ Impregilo S.p.A. contre la République Islamique du Pakistan (ARB/03/03), décision sur la juridiction.

²⁷ Joy Mining Machinery Limited contre la République Arabe d'Egypte (ARB/03/11), sentence arbitrale sur la juridiction.

²⁸ Camuzzi International S.A. contre la République Argentine (ARB/03/07), décision sur la juridiction.

IV. FONDEMENTS JURIDIQUES

1. CONDITIONS A REMPLIR PAR LA DEMANDERESSE POUR AVOIR LA CAPACITE D'AGIR, RECEVABILITE DU DIFFEREND ET COMPETENCE DU TRIBUNAL ARBITRAL

57. Le Traité Bilatéral accorde aux investisseurs français en République Argentine et aux investisseurs argentins en France une série de droits spécifiques, qui sont établis dans les articles 2, 3, 4, 5 et 6. En outre, l'article 8²⁹ définit un mécanisme qui permet aux investisseurs dont les droits auraient été prétendument violés par le pays d'accueil de l'investissement de former un recours contre ce dernier. La procédure de règlement des différends se déroule en deux temps:

²⁹ Art. 8 du Traité Bilatéral :

1. *« Tout différend relatif aux investissements, au sens du présent accord, entre l'une des Parties contractantes et un investisseur de l'autre Partie contractante est, autant que possible, réglé à l'amiable entre les deux Parties concernées.*
2. *Si le différend n'a pu être réglé dans un délai de six mois à partir du moment où il a été soulevé par l'une ou l'autre des Parties concernées, il est soumis, à la demande de l'investisseur:*
 - *soit aux juridictions nationales de la Partie contractante impliquée dans le différend ;*
 - *soit à l'arbitrage international, dans les conditions décrites au paragraphe 3 ci-dessous.*

Une fois qu'un investisseur a soumis le différend soit aux juridictions de la Partie contractante concernée, soit à l'arbitrage international, le choix de l'une ou de l'autre de ces procédures reste définitif.
3. *En cas de recours à l'arbitrage international, le différend peut être porté devant l'un des organes d'arbitrage désignés ci-après, au choix de l'investisseur :*
 - *au Centre international pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements (C.I.R.D.I.), créé par la « Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats », ouverte à la signature à Washington le 18 mars 1965, lorsque chaque Etat partie au présent accord aura adhéré à celle-ci. Aussi longtemps que cette condition n'est pas remplie, chacune des Parties contractantes consent à ce que le différend soit soumis à l'arbitrage conformément au règlement du Mécanisme complémentaire du C.I.R.D.I.;*
 - *à un tribunal d'arbitrage ad hoc, établi selon les règles d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International (C.N.U.D.C.I.).*
4. *L'organe d'arbitrage statuera, sur la base des dispositions du présent accord, du droit de la Partie contractante partie au différend - y compris les règles relatives aux conflits de lois -, des termes des accords particuliers éventuels qui auraient été conclus au sujet de l'investissement ainsi que des principes de Droit International en la matière.*
5. *Les sentences arbitrales sont définitives et obligatoires à l'égard des parties au différend. »*

- Une première phase, d'au moins six mois, durant laquelle l'investisseur et le pays d'accueil s'efforcent de régler le différend « *à l'amiable* »; dans le cas qui nous occupe, les parties confirment que ce recours a été épuisé.
 - Une seconde phase, présentant déjà un caractère judiciaire ou arbitral, durant laquelle l'investisseur peut opter pour la juridiction nationale du pays d'accueil ou l'arbitrage international, soit devant le CIRDI, soit devant un Tribunal arbitral *ad hoc*.
58. Dans la présente affaire, SAURI, lors de l'introduction de sa Requête d'arbitrage, a opté pour la voie de l'arbitrage international administré par le CIRDI.
59. Les parties ont suivi des approches différentes lors de l'exposé de leurs points de vue. La République Argentine a formulé quatre exceptions de juridiction et compétence, tandis que SAURI a fait valoir que sa demande réunissait les conditions requises par le Traité Bilatéral et la Convention du CIRDI et a présenté des contre-arguments aux exceptions formulées par l'autre partie. Le Tribunal arbitral considère que le meilleur moyen d'analyser le différend consiste à définir les critères juridiques de juridiction et compétence à remplir et, en parallèle, à analyser les exceptions formulées par la Défenderesse et les contre-arguments présentés par la Demanderesse.
60. En vertu du Traité Bilatéral (articles 1 et 8) et de la Convention du CIRDI (article 25(1)), quatre conditions, deux de nature subjective et deux de nature objective, doivent être réunies pour que le Tribunal puisse être compétent et puisse résoudre le litige:
- (i) premièrement, les parties en présence doivent être un investisseur qui ait le droit de se prévaloir du Traité Bilatéral et de la Convention du CIRDI, et un Etat qui soit Partie Contractante des deux traités;
 - (ii) deuxièmement, les parties doivent avoir consenti à régler le différend en recourant à une procédure d'arbitrage;
 - (iii) troisièmement, le différend doit être de nature juridique;
 - (iv) et quatrièmement, le différend doit se rapporter à un investissement et en découler directement.
- (i) Les parties légitimées: Investisseur et Partie Contractante
61. Le Tribunal arbitral constate la légitimation passive de la République Argentine comme Partie Contractante au Traité Bilatéral et comme État Contractant de la Convention du CIRDI. Cette constatation n'a été contestée par aucune des parties. En ce qui concerne la légitimation active de SAURI, le Traité Bilatéral et la Convention du CIRDI stipulent que deux conditions doivent être remplies:
- S'il s'agit d'une personne morale, celle-ci doit être « *constituée sur le territoire d'une des Parties contractantes, conformément à la législation de celle-ci et y*

possédant [son] siège social » (article 1.2.b) du Traité Bilatéral)³⁰; dans le même sens l'article 25(2)b) de la Convention du CIRDI exige que la personne morale en tant que Demanderesse « *possède la nationalité d'un Etat contractant autre que l'Etat partie au différend* ». Le Tribunal arbitral constate le fait que SAURI a été constituée conformément au droit français, qu'elle a son siège social en France, qu'elle a la nationalité française et que, en conséquence, elle réunit les exigences de légitimation active stipulées para le Traité Bilatéral et la Convention du CIRDI. Cette constatation n'a pas été contestée par les parties.

- En outre, cette personne morale doit être titulaire d'un investissement au sens du Traité Bilatéral (article 8.1 et 8.2) et de la Convention du CIRDI (article 25(1)).
62. Cette dernière exigence a été contestée par les parties, puisque SAURI est titulaire de deux séries de droits situés en Argentine: en tant qu'actionnaire, elle est titulaire d'une participation indirecte au capital de OSM; et en tant que fournisseur de technologie, elle est titulaire d'un droit à percevoir, en vertu du Contrat d'assistance technique, une rémunération (« *Management Fee* ») établie dans ledit contrat. Les deux parties reconnaissent l'existence de cette participation indirecte au capital. Le Contrat d'assistance technique a néanmoins occasionné un différend.

La réclamation du *Management Fee*

63. La République Argentine a affirmé durant l'audience que SAURI aurait introduit une nouvelle prétention dans son Mémoire en réponse. Cette nouvelle réclamation imputerait à la République Argentine une nouvelle violation du Traité Bilatéral, à savoir qu'elle n'aurait pas versé le *Management Fee* du à SAURI en échange des services fournis dans le cadre du Contrat d'assistance technique. La Défenderesse estime que cette réclamation doit être rejetée *in limine*, au motif qu'elle est tardive et, qui plus est, infondée: en effet, le *Management Fee* ne doit pas être acquitté par la Province, mais par OSM.
64. Dans son exposé oral, SAURI a précisé qu'elle ne réclame pas le paiement du *Management Fee*, mais qu'elle a voulu montrer que son investissement comprend deux éléments, à savoir la participation au capital et le droit d'obtenir en

³⁰ Article 1.2 du Traité Bilatéral:

« 2. « Le terme « investisseurs » désigne :

- a) *les personnes physiques qui, d'après la législation de l'une des Parties contractantes, sont considérées comme des nationaux ;*
- b) *les personnes morales constituées sur le territoire de l'une des Parties contractantes, conformément à la législation de celle-ci et y possédant leur siège social;*
- c) *Les personnes morales effectivement contrôlées directement ou indirectement par des nationaux de l'une des Parties contractantes, ou par des personnes morales possédant leur siège social sur le territoire de l'une des Parties contractantes et constituées conformément à la législation de celle-ci. »*

contrepartie des services fournis au titre du Contrat d'assistance technique la rémunération prévue dans le dit contrat. Ce second élément cadrerait avec la notion d'investissement au sens de l'article 1.1.c) du Traité, qui se réfère aux « obligations, créances et droits à toutes prestations ayant valeur économique »³¹.

65. Dans sa Requête d'Arbitrage, SAURI mentionne effectivement au paragraphe 19 qu'elle détient une participation au capital de OSM et, au paragraphe 20 suivant, qu'elle a conclu un Contrat d'assistance technique avec OSM. La Demanderesse formule concrètement son exigence au paragraphe 70: que le Tribunal ordonne le paiement d'une indemnisation d'un montant égal au préjudice causé à son investissement dans OSM.

Dans son Mémoire en réponse, SAURI explique, dans les paragraphes 25 à 27, qu'elle détient une participation indirecte au capital de OSM, et elle apporte la preuve qu'elle a décaissé 72,4 millions de Dollars. Au paragraphe suivant, SAURI réitère qu'elle est titulaire du Contrat d'assistance technique et souligne que ce contrat constitue un investissement protégé par l'article 1.1.c) du Traité. Cela étant dit, la Demanderesse n'introduit dans son Mémoire en réponse aucune modification à ses prétentions, qui restent identiques à celles qui ont été formulées dans la Requête d'Arbitrage.

66. Par conséquent, le Tribunal arbitral constate que SAURI n'a introduit dans son Mémoire en réponse aucune demande supplémentaire (au sens de l'article 46 de la

³¹ Art. 1.1 du Traité Bilatéral:

1. « Le terme « investissement » désigne des avoirs, tels que les biens, droits et intérêts de toutes natures et, plus particulièrement mais non exclusivement:

- a) les biens meubles et immeubles, ainsi que tous autres droits réels tels que les hypothèques, privilèges, usufruits, cautionnements et droits analogues;
 - b) les actions, primes d'émission et autres formes de participation, même minoritaires ou indirectes, aux sociétés constituées sur le territoire de l'une des Parties contractantes;
 - c) les obligations, créances et droits à toutes prestations ayant valeur économique;
 - d) les droits d'auteur, les droits de propriété industrielle (tels que les brevets d'invention, licences, marques déposées, modèles et maquettes industrielles), les procédés techniques, les noms déposés et la clientèle;
- les concessions accordées par la loi ou en vertu d'un contrat, notamment les concessions relatives à la prospection, la culture, l'extraction ou l'exploitation de richesses naturelles, y compris celles qui se situent dans la zone maritime des Parties contractantes,

étant entendu que lesdits doivent être ou avoir été investis et, dans le respect des dispositions du présent accord, les droits y afférents définis conformément à la législation de la Partie contractante sur le territoire ou dans la zone maritime de laquelle l'investissement est effectué, avant ou après l'entrée en vigueur du présent accord.

Toute modification de la forme d'investissement des avoirs n'affecte pas leur qualification d'investissement, à condition que cette modification ne soit pas contraire à la législation de la Partie contractante sur le territoire ou dans la zone maritime de laquelle l'investissement est réalisé. »

Convention du CIRDI) qui diffère de la demande formulée dans la Requête d'Arbitrage ou qui la complète, et il estime de ce fait qu'il n'y a pas lieu de prendre, à ce stade, une décision quelconque à ce sujet.

67. À ce stade de l'instance, la question qui se pose au Tribunal est celle de savoir si SAURI remplit les conditions requises pour être considérée comme un investisseur aux fins de disposer de la légitimation active pour soumettre une requête. Or ce point ne fait l'objet d'aucune discussion, puisque SAURI détient une participation indirecte au capital de OSM comme l'affirme la Demanderesse et comme la Défenderesse en est convenue. La quantification et l'évaluation de l'investissement, et la question de savoir si les rémunérations découlant du Contrat d'assistance technique cadrent ou non avec la notion légale d'investissement sont des questions de fond que le Tribunal arbitral traitera, en l'espèce, lors de la phase correspondante de la procédure.

(ii) Le consentement des parties

68. Conformément à l'article 25(1) de la Convention du CIRDI, il est nécessaire que « *les parties [aient] consenti par écrit à soumettre au Centre* » leurs différends. Le Tribunal arbitral constate qu'un tel consentement a été donné, dans le cas de la République Argentine, au moment où elle a signé le Traité Bilatéral, et dans le cas de SAURI au moment où elle a soumis sa Requête d'Arbitrage. Néanmoins, la République Argentine a déclaré que la Demanderesse aurait renoncé à la juridiction du CIRDI puisque, en vertu de la clause 15.1 du Contrat de concession, les parties sont convenues de se soumettre à la juridiction exclusive des Tribunaux de la province de Mendoza et que la soumission de la Requête d'Arbitrage par SAURI constituerait une violation de la théorie des actes propres.
69. SAURI a répondu à cet argument en faisant valoir que les droits exercés dans le présent arbitrage ne sont pas des droits de nature contractuelle, basés sur le Contrat de concession, mais des droits à caractère international, dérivés de la protection offerte par le Traité Bilatéral. Et, conformément à l'article 8 du Traité Bilatéral, c'est le Tribunal arbitral qui a compétence exclusive pour connaître de ce type de différend.
70. De l'avis du Tribunal arbitral, le déclinatoire de juridiction soumis par la République Argentine doit être rejeté. SAURI n'est pas partie au contrat de concession, qui est l'instrument contenant une clause de soumission aux tribunaux argentins. Seul OSM a souscrit au Contrat de concession. SAURI détient uniquement une participation minoritaire et indirecte au capital de OSM. Le contrat de concession est « *res inter alios acta* » et ne saurait être interprété comme une renonciation de SAURI à la protection conférée par le Traité Bilatéral. Indépendamment de ce qui précède, les réclamations formulées par SAURI dans le présent arbitrage constituent, conformément à leurs propres termes, des prétentions conventionnelles à caractère international et, de ce fait, les Tribunaux argentins ne pourraient avoir juridiction que si la Demanderesse (sous couvert de l'article 8.2 du

Traité Bilatéral) avait choisi de recourir à une procédure judiciaire interne – ce qui n'est pas le cas.

(iii) Un différend d'ordre juridique

71. L'objet de la demande doit être un différend (comme le stipule l'article 8.2 du Traité Bilatéral) et plus précisément un différend « *d'ordre juridique* » (comme le stipule l'article 25(1) de la Convention du CIRDI)³². La notion de « *différend d'ordre juridique* » utilisée par la Convention du CIRDI est à distinguer de la notion de « *différend d'ordre politique* »: le mécanisme d'arbitrage du CIRDI est conçu uniquement pour régler des différends de nature juridique, car ce sont les seuls susceptibles d'être tranchés par la sentence d'un juge ou la décision d'un arbitre. Le rapport des administrateurs de la Banque Mondiale, qui a été communiqué aux Gouvernements, clarifie cette notion au paragraphe 26:

“The Dispute must concern the existence or scope of a legal right or obligation, or the nature or extent of the reparation to be made for breach of a legal obligation”.

Pour qu'il y ait différend juridique, il faut donc que deux conditions soient remplies: que l'existence ou la portée d'un droit ou d'une obligation créée par un instrument normatif soit contestée, et qu'une partie demande réparation pour le préjudice subi, du fait de l'inobservation par l'autre partie dudit droit ou obligation, ou réclame la condamnation de l'autre partie à observer ledit droit ou obligation³³.

Mesures à caractère général

72. Dans son Mémoire des objections, la Défenderesse a fait valoir que les mesures à caractère général adoptées par les États ne relèvent pas de la juridiction du CIRDI; en effet, les tribunaux arbitraux jugeraient alors une politique publique et non un différend d'ordre juridique; les Mesures d'Urgence adoptées avant l'effondrement du régime des changes argentin entreraient précisément dans cette catégorie.
73. Dans son Mémoire en réponse et dans son intervention à l'audience, SAURI a répondu à la demande d'exception de la République Argentine en affirmant qu'un État souverain ne peut invoquer ses propres normes pour se soustraire à ses obligations internationales – principe tiré de l'article 27 de la Convention de Vienne du 23 mai 1989 sur le droit des Traités³⁴. La République Argentine ne saurait créer

³² Il convient de noter que dans la version espagnole, l'article 8 du Traité Bilatéral emploie le terme « *controversia* » (controverse), alors que l'article 25 Convention du CIRDI utilise le terme « *diferencia* » (différend); les deux termes doivent être considérés comme synonymes. Les versions en français des dits documents confirment cette interprétation puisqu'elles utilisent uniquement le terme « différend » (*diferencia*).

³³ Dans le même sens, voir : SCHREUER : « The ICSID Convention: A Commentary » (2001) p. 105.

³⁴ Art. 27: « Une partie ne peut invoquer les dispositions de son droit interne comme justifiant la non-exécution d'un traité. Cette règle est sans préjudice de l'article 46. »

unilatéralement une immunité matérielle en alléguant que la norme édictée a valeur générale, et éluder ainsi la juridiction du CIRDI. Si l'on admettait cette possibilité, seules les normes édictées *ad hominem* pourraient donner lieu à des violations du Traité Bilatéral. La question que doit se poser le Tribunal arbitral et qui reste de son ressort est de déterminer si l'adoption de Mesures d'Urgence et leur application de manière discriminatoire constitueraient une violation des engagements pris au bénéfice des investisseurs étrangers en vertu du Traité Bilatéral.

74. De l'avis du Tribunal arbitral, la République Argentine a indubitablement plein pouvoir, dans l'exercice de sa souveraineté, pour promulguer autant de normes à caractère général qu'elle juge nécessaires et adopter les politiques économiques qui contribuent le mieux à promouvoir les intérêts de la Nation. De telles facultés, et les instruments normatifs qui les matérialisent (comme par exemple les Mesures d'Urgence), ne relèvent pas du domaine de compétence attribué au présent Tribunal arbitral par la Convention du CIRDI et le Traité Bilatéral. Cela étant, si les lois à caractère général et leur application concrète par les autorités argentines constituent une violation des droits conférés à un investisseur étranger par le Traité Bilatéral, alors un différend d'ordre juridique prend effectivement naissance entre un investisseur et le pays d'accueil. Si l'investisseur choisit de se soumettre à la juridiction du CIRDI pour régler ce différend juridique (comme c'est le cas, en l'espèce), le Tribunal arbitral constitué aura compétence pour le trancher. La décision du Tribunal arbitral n'aura évidemment aucun impact sur la valeur générale de la norme, question qui n'est pas de son ressort.
75. L'avis du Tribunal arbitral est confirmé par le texte proprement dit du Traité Bilatéral. En effet, l'article 3.a) de l'échange de notes qui a été signé en même temps que le Traité Bilatéral prévoit expressément que « *le principe de traitement juste et équitable doit être observé dans l'application de la législation nationale* », ce qui montre que la France et l'Argentine ont accepté que l'application des mesures législatives à caractère général soit soumise au principe de protection des investisseurs étrangers convenu dans le Traité Bilatéral.
76. Pour les raisons exposées ci-dessus, le Tribunal estime que le désaccord qui fait l'objet de la présente instance d'arbitrage constitue un différend d'ordre juridique, même si certaines prétentions ont pour fondement l'application de mesures à caractère général ayant des effets préjudiciables.

La simple allégation de violation présumée est-elle suffisante?

77. Dans son Mémoire des objections, la République Argentine a insisté sur le fait qu'il n'était pas suffisant que la Demanderesse allègue simplement l'existence d'une violation, mais que le Tribunal arbitral aurait, même à ce stade préliminaire de la procédure, la faculté d'examiner le coeur de la question. La requête de la Demanderesse présenterait un vice de fond: le Traité Bilatéral protège uniquement les droits de l'investisseur en qualité d'actionnaire (c'est-à-dire le droit de ne pas être exproprié, de percevoir des dividendes ou d'exercer son droit de retrait). Dans

sa Requête d'Arbitrage, la Demanderesse ne soutient pas que ce sont ces droits qui ont été violés, mais déclare seulement avoir subi une perte de valeur, sans établir de quelle manière cela se serait produit.

78. Face à cette allégation, la Demanderesse a opposé l'argument qu'il existe une jurisprudence constante en vertu de laquelle un Tribunal doit considérer les allégations de la Demanderesse comme si elles étaient prouvées, aux fins de déterminer sa propre compétence.
79. Le Tribunal arbitral partage l'avis de la République Argentine selon lequel le Traité Bilatéral – et par extension tout accord relatif à la promotion et à la protection réciproques des investissements (« APRI ») – ne protège pas contre les fluctuations de la valeur des actions, ni n'accorde aux investisseurs une police d'assurance. Son opinion diverge cependant de celle de la République Argentine selon laquelle le *petitum* exposé par la Demanderesse équivaldrait à la perte de valeur de son investissement. Conformément au paragraphe 70 de la Requête d'arbitrage, ce que SAURI demande est une indemnisation égale au préjudice subi, de manière à obtenir réparation intégrale des dommages que les actions de la République Argentine, en violation des articles 2, 3, 4 et 5 du Traité Bilatéral, ont occasionné à son investissement – une notion bien distincte de la perte de valeur de l'investissement.
80. Le Tribunal arbitral peut-il, dans le cadre de cette procédure, se déclarer lui-même incompetent en arguant que la Demanderesse n'a pas prouvé les faits qu'elle avance comme fondement de sa prétention? Le Tribunal constate que la phase de preuve n'ayant pas encore été ouverte à ce stade de la procédure, exiger de la Demanderesse qu'elle démontre déjà, préalablement à cette phase, la base factuelle de ses allégations violerait le principe d'une procédure régulière. Le Tribunal arbitral doit supposer, à titre provisoire, que les faits avancés par la Demanderesse sont formellement exacts; et si ces faits constituent *prima facie* un différend d'ordre juridique, il doit accepter que la condition exigée par le Traité Bilatéral et la Convention du CIRDI est satisfaite. Ce n'est que si le Tribunal arbitral pouvait déterminer sans enquête supplémentaire que les faits allégués par les parties ne constituent pas un différend d'ordre juridique qui soit en relation directe avec l'investissement qu'il pourrait se déclarer lui-même incompetent.
81. Appliquant ces critères au cas présent, le Tribunal arbitral réitère que l'élément central du litige réside dans la question de savoir si les actions des autorités argentines à l'égard de OSM et la promulgation des Mesures d'Urgence ont eu pour conséquence une violation des droits de SAURI en qualité d'investisseur au sens du Traité Bilatéral, y compris, entre autres, les droits à un traitement juste et équitable (article 3) et à ne pas être exproprié hormis dans certaines conditions (article 5). Si l'on suppose, pour les besoins de l'argument, que les allégations factuelles avancées par la Demanderesse sont exactes, il s'ensuit que ces allégations cadrent clairement avec la notion de « différend d'ordre juridique », puisque l'objet du débat est la portée des droits conférés par un Traité international et les conséquences juridiques

d'une violation hypothétique. Tout ce qui précède ne préjuge naturellement en rien de la décision finale que rendra le Tribunal à l'issue du déroulement de toutes les phases de l'instance.

(iv) Un différend relatif à un investissement et qui en découle directement

82. Pour qu'il y ait différend d'ordre juridique, une condition supplémentaire doit être remplie:

- l'article 8.1 du Traité Bilatéral stipule que le différend doit porter sur un investissement « *au sens du présent accord* »,
- et l'article 25(1) de la Convention du CIRDI ajoute qu'il doit être « *en relation directe avec un investissement* ».

La Convention du CIRDI ne contient pas de définition de ce qui constitue un investissement. Néanmoins il existe des critères objectifs qui délimitent l'étendue maximale du concept. Dans ces limites, il appartient à l'APRI de préciser la définition. L'article 8.1 du Traité Bilatéral lui-même souligne cette affirmation en exigeant que l'investissement doit être « *au sens du présent accord* ».

Ajustement des tarifs

83. La République Argentine a affirmé que le différend ne satisferait pas à cette condition, étant donné que les demandes s'appuient sur le prétendu échec du processus d'ajustement tarifaire, lui-même fondé sur des considérations de politique publique et d'équité.

84. Le Tribunal arbitral constate une nouvelle fois que l'objection de la Défenderesse ne reflète pas fidèlement le contenu de la demande de SAURI. En réalité, SAURI ne réclame pas que le Tribunal arbitral revoie la politique tarifaire appliquée par la province de Mendoza; ce qu'elle soutient, c'est que les actions et omissions des autorités argentines peuvent avoir entraîné des violations des droits que lui confère le Traité Bilatéral, et elle réclame une indemnisation pour ce motif. Par conséquent, le Tribunal arbitral rejette sur ce point l'objection formulée par la République Argentine.

Investissement indirect

85. La Défenderesse a également soutenu que le Tribunal n'est pas compétent au motif que SAURI détient une participation indirecte au capital de OSM et que ce sont les droits de cette dernière société qui ont été affectés. La République Argentine reconnaît à SAURI la qualité d'investisseur en application de l'article 1.1.b) du Traité Bilatéral, qui définit les actionnaires minoritaires ou indirects comme des investisseurs. De l'avis de la Défenderesse, cette définition n'habiliterait pas un investisseur indirect à exercer un droit de réclamation indirecte, dont seul serait titulaire un tiers. Un recours indirect ne peut être formé qu'en application d'un

Traité international prévoyant expressément cette possibilité, et le Traité Bilatéral n'entrerait pas dans cette catégorie.

86. SAURI affirme, pour sa part, que l'objection de la République Argentine confond les droits que la Demanderesse a entrepris d'exercer dans le cadre de cet arbitrage. Il ne s'agit pas de prétentions contractuelles qui découleraient du Contrat de concession, mais de droits dérivés du Traité Bilatéral. L'article 1.1.b) du Traité Bilatéral mentionne en effet expressément les participations minoritaires ou indirectes parmi les différentes formes d'investissement qui peuvent bénéficier de cette protection.
87. Le Tribunal arbitral estime que dans le cas présent, le texte même du Traité Bilatéral aide fondamentalement à trancher ce point litigieux. La protection des droits des investisseurs qui établissent qu'ils détiennent des participations indirectes est un problème classique du droit international, en particulier à la suite de la sentence rendue dans l'affaire Barcelona Traction en 1970³⁵. Lorsque la France et l'Argentine ont discuté et ont convenu du contenu du Traité Bilatéral, il ne fait aucun doute qu'elles avaient à l'esprit la question de savoir si les participations minoritaires ou indirectes devaient bénéficier d'une protection. Et pour lever définitivement le doute, l'article 1.1.b) du Traité Bilatéral contient une disposition qui fait défaut dans beaucoup d'autres APRI: les participations peuvent être « *même minoritaires ou indirectes, aux sociétés constituées sur le territoire de l'une des Parties contractantes* ».

Argument supplémentaire de la Défenderesse

88. La République Argentine a tenté de contourner la lettre du Traité Bilatéral, en avançant que l'article 1.1.b) permettrait à SAURI d'être considérée comme un investisseur étranger, mais ne lui conférerait pas le droit de faire valoir des réclamations indirectes. En particulier, SAURI ne serait pas habilité à entreprendre des actions pour des dommages se rapportant à OSM, car les autorités argentines n'auraient adopté aucune mesure qui aurait porté atteinte aux actions détenues par SAURI. Si SAURI souhaite faire valoir une réclamation à propos des manquements présumés de la République Argentine à ses obligations envers OSM, la clause de soumission à la juridiction des tribunaux argentins qui figure dans le Contrat de concession devrait également lui être appliquée.
89. Le Tribunal arbitral ne partage pas les arguments présentés par la Défenderesse. Tout d'abord, SAURI n'a pas souscrit au Contrat de concession et ne peut donc exercer de droits en découlant, pas plus que la clause dudit contrat relative à la juridiction ou à l'élection de for ne peut lui être appliquée. La seule entité qui puisse exiger le respect des droits contractuels et qui est liée par la soumission à la juridiction des tribunaux argentins est OSM. Cela étant, le Tribunal arbitral souligne une fois de plus que SAURI dans le présent arbitrage n'avance pas de prétentions

³⁵ Barcelona Traction, Light and Power Company Limited, décision de la CIJ du 5 février 1970.

contractuelles, mais réclame une indemnisation pour les violations alléguées de ses droits internationaux reconnus dans les articles 2, 3, 4 et 5 du Traité Bilatéral.

90. Il y a un argument supplémentaire. Si, conformément à l'article 1.1.b) du Traité Bilatéral, l'on reconnaît à SAURI la qualité d'investisseur (comme le fait la République Argentine elle-même), il s'ensuit logiquement que l'investisseur disposera de la légitimation active pour protéger ses droits, conformément à l'article 8. Conformément à l'article 31.1 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, « *un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but* ». Une interprétation du Traité Bilatéral conforme à ce que propose la République Argentine serait contraire non seulement à la lettre du traité, mais également au but poursuivi par les Parties contractantes: à savoir, étendre sans aucune équivoque la protection quant au fond et à la procédure que le Traité Bilatéral accorde à tout type d'actionnaires, y compris ceux qui détiennent des participations indirectes³⁶.

La destination de l'indemnisation

91. Dans sa dernière intervention en audience, la République Argentine a posé la question de savoir quelle serait la destination d'une éventuelle indemnisation, si ce Tribunal accédait à la demande de SAURI. Selon l'argumentation de la Défenderesse, cette indemnisation serait versée au patrimoine de l'actionnaire et non de OSM, ce qui laisserait sans protection les droits de tiers, par exemple des créanciers de la société.
92. L'argument ne peut être retenu, car il confond deux types d'actions:
- les actions que pourrait engager OSM pour exiger le respect du Contrat de concession, les éléments de nature à justifier ces actions (*causae petendi*) correspondant aux normes établies par le droit contractuel argentin; en cas d'indemnisation, celle-ci serait versée au patrimoine de OSM;
 - et l'action intentée par SAURI afin d'exiger une indemnisation pour les préjudices qu'elle aurait subis en qualité d'investisseur indirect, du fait de l'inexécution éventuelle par la République Argentine des engagements pris dans le Traité Bilatéral.

Dans ce deuxième cas de figure, l'indemnisation devrait être versée au patrimoine de l'investisseur, puisque c'est lui qui aurait subi le préjudice.

93. Le Tribunal arbitral reconnaît que la détermination du préjudice subi par un investisseur indirect pose un problème particulier et que la dynamique des relations entre OSM et les autorités argentines peut avoir un effet sur l'évaluation du

³⁶ Conformément au préambule, le Traité Bilatéral vise à « *créer des conditions favorables pour les investissements argentins en France et français en Argentine* ».

préjudice occasionné à l'investisseur indirect. Mais ce problème, qui relève du débat de fond, devra être traité à un stade ultérieur de la procédure, et son existence ne s'oppose pas à la légitimation active de SAURI, ni à la compétence du Tribunal arbitral pour connaître du fond de l'affaire.

2. DECISION DU TRIBUNAL

94. Dans sa Requête d'arbitrage, le Demanderesse allègue que la République Argentine n'a pas respecté les obligations qu'elle a assumées en vertu des articles 2, 3, 4, et 5 du Traité Bilatéral et que ces violations se sont matérialisées sous deux formes différentes: les actions et omissions des autorités argentines durant la phase de mise en oeuvre du Contrat de concession, et les Mesures d'Urgence adoptées par la République d'Argentine et la province de Mendoza à la suite de la crise du système des changes survenue au début de 2002. La Demanderesse exige concrètement d'être indemnisée pour les préjudices qu'elle a subis dans le cadre de son investissement par suite des actions de la Défenderesse.

95. Le Tribunal arbitral décide qu'il est compétent pour connaître de ces prétentions, car:

- La Demanderesse est une personne morale, constituée sur le territoire français, de nationalité française, qui détient un investissement en République Argentine (art. 25(1) y (2)b de la Convention du CIRDI), et la Défenderesse est la République Argentine, signataire du Traité Bilatéral avec la France (art. 1.2.b du Traité Bilatéral) et un Etat contractante de la Convention du CIRDI (art. 25(1) de la Convention du CIRDI);
- la prétention formulée par SAURI constitue un différend d'ordre juridique, qui est en relation directe avec son investissement;

par conséquent, les conditions requises en matière de légitimation, d'arbitrabilité du différend et de compétence du Tribunal arbitral, qui sont exigées dans les articles 1 et 8 du Traité Bilatéral et l'article 25 de la Convention du CIRDI, sont satisfaites.

3. REFERENCES A D'AUTRES DECISIONS DU CIRDI

96. Le Tribunal est parvenu à la décision énoncée dans le paragraphe précédent à l'issue d'une analyse autonome, faisant appel aux sources prévues dans l'article 8.4 du Traité Bilatéral³⁷, sur lequel se fonde sa compétence.

³⁷ « L'organe d'arbitrage statuera, sur la base des dispositions du présent accord, du droit de la Partie contractante partie au différend - y compris les règles relatives aux conflits de lois -, des termes des accords particuliers éventuels qui auraient été conclus au sujet de l'investissement ainsi que des principes de Droit International en la matière. »

Dans leurs plaidoiries, les parties ont fondé leurs prétentions sur une série de sentences et de décisions rendues dans d'autres arbitrages qui ont réglé des situations similaires à celles qui constituent le fondement factuel ou juridique de cette procédure. Le Tribunal estime qu'il convient de comparer ses propres conclusions avec celles rendues dans d'autres procédures analogues, car il est certain que la cohérence des décisions en la matière renforcera la prévisibilité de l'arbitrage comme moyen de règlement des différends relatifs à des investissements internationaux et, ce faisant, la sécurité juridique que ce mécanisme offre aux opérateurs économiques internationaux. Le Tribunal arbitral tient néanmoins à souligner que les décisions des tribunaux du CIRDI ne constituent pas des précédents contraignants et que chaque cas doit être examiné à la lumière de ses propres circonstances et des dispositions concrètes de l'APRI applicable en l'espèce³⁸.

Soumission à la juridiction des tribunaux argentins

97. L'argument selon lequel la société argentine qui a concrètement fait l'objet de l'investissement s'était engagée par contrat à se soumettre aux tribunaux locaux a également été avancé dans l'affaire Camuzzi International³⁹. Dans ce cas, l'Argentine avait déclaré fonder son argumentation sur la décision rendue dans l'affaire opposant SGS aux Philippines, comme elle l'a fait dans le présent arbitrage.
98. Le Tribunal arbitral saisi de l'affaire Camuzzi avait rejeté l'exception formulée par l'Argentine, sur la base du raisonnement suivant:

“Los argumentos y la decisión sostenida en el caso SGS c. Filipinas resultan inaplicables ya que en dicho caso el Tribunal determinó que se trataba de un reclamo contractual en el que, además y a diferencia del presente caso, la demandante era parte del contrato en discusión. Camuzzi no es parte de los contratos de concesión que contienen cláusulas de sumisión a los tribunales locales.»

99. Cette argumentation coïncide avec la position prise par le présent Tribunal arbitral dans le paragraphe 70 *supra*.

Arbitrabilité des mesures à caractère général

100. La question de savoir si des normes et mesures à caractère général, comme les Mesures d'Urgence, peuvent faire l'objet d'un arbitrage du CIRDI, a été examinée dans diverses procédures.

³⁸ Des décisions ont été rendues dans le même sens dans les affaires opposant Enron contre la République Argentine (ARB/01/03), décision sur la juridiction relative à la demande supplémentaire, et AES Corporation contre la République Argentine (ARB/02/17), décision sur la juridiction.

³⁹ Camuzzi International S.A. contre la République Argentine (ARB/03/07), décision sur la juridiction.

101. Dans l'affaire opposant CMS Gas Transmission Company à la République Argentine⁴⁰, la Demanderesse a fait valoir que ses droits en vertu de l'APRI signé entre l'Argentine et les États-Unis avaient été violés. La République Argentine a fait objection à la juridiction du Centre, tirant argument du fait qu'une partie des prétentions étaient liées aux Mesures d'Urgence qui constituaient des mesures à caractère économique général et qui, à ce titre, ne relevaient pas de la juridiction du CIRDI. Le Tribunal arbitral a rejeté les objections, et formulé la conclusion suivante aux paragraphes 33 de sa décision relative à la compétence:

"On the basis of the above considerations the Tribunal concludes on this point that it does not have jurisdiction over measures of general economic policy adopted by the Republic of Argentina and cannot pass judgment on whether they are right or wrong. The Tribunal also concludes, however, that it has jurisdiction to examine whether specific measures affecting the Claimant's investment or measures of general economic policy having a direct bearing on such investment have been adopted in violation of legally binding commitments made to the investor in treaties, legislation or contracts."

102. La conclusion tirée dans l'affaire CMS a été réitérée, dans des termes quasiment identiques, dans les affaires Enron Corporation et Ponderosa Assets, L.P. contre la République Argentine⁴¹, LG&E Energy Corp. contre la République Argentine⁴², et AES Corporation contre la République Argentine⁴³.
103. L'affaire opposant Camuzzi International S.A. à la République Argentine⁴⁴ est similaire à celle de CMS, mais elle se fonde sur l'APRI signé entre la République Argentine et l'Union économique belgo-luxembourgeoise et se rapporte au secteur de l'électricité. La République Argentine a de nouveau affirmé que les mesures sur lesquelles se fondait la prétention de la Demanderesse étaient des mesures à caractère général. Le Tribunal arbitral est parvenu à la même conclusion que celle qui avait été rendue dans l'affaire CMS, comme indiqué au paragraphe 34 (vi):

"El Tratado no exige que la o las medidas del gobierno argentino impugnadas estén dirigidas única, individual y concretamente a la inversión específica realizada por la Demandante. Según el Artículo 12(1) del Tratado, se requiere sólo que exista una ""controversia relativa a las inversiones ... respecto de las materias regidas por el [Tratado]"". Y el Convenio, en su artículo 25(1) exige únicamente ""diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una

⁴⁰ CMS Gas Transmission Company contre la République Argentine (ARB/01/08), décision sur la juridiction.

⁴¹ Enron Corp. et Poderosa Assets, L.P. contre la République Argentine (ARB/01/03), décision sur la juridiction.

⁴² LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. et LG&E International, Inc. contre la République Argentine (ARB/02/01), décision sur la juridiction.

⁴³ AES Corporation contre la République Argentine (ARB/02/17), décision sur la juridiction.

⁴⁴ Camuzzi International S.A. contre la République Argentine (ARB/03/07), décision sur la juridiction.

inversión””. *En consecuencia la cuestión a considerar es la de determinar si Argentina, en relación con este caso, violó las garantías referidas en el tratado y si esa violación produjo o no daños o pérdidas directas en relación con inversiones hechas bajo el régimen del Tratado”*.

104. Toutes les affaires transcrites aboutissent donc à la même conclusion rendue par ce Tribunal au paragraphe 74 *supra*.

Réclamations indirectes

105. Comme l'a indiqué le Tribunal arbitral dans l'affaire opposant Gas Natural SDG et la République Argentine⁴⁵, l'objection selon laquelle un investisseur ne disposerait pas de la légitimation active s'il détient une participation indirecte au capital de la société concessionnaire a été formulée à maintes reprises par des États souverains, et elle a toujours été rejetée. Dans l'affaire CMS, le Tribunal arbitral a établi le principe suivant au paragraphe 68:

“Because, as noted above, the rights of the Claimant can be asserted independently from the rights of TGN and those relating to the License, and because the Claimant has a separate cause of action under the Treaty in connection with the protected investment, the Tribunal concludes that the present dispute arises directly from the investment made and that therefore there is no bar to the exercise of jurisdiction on this count.”

106. Le même principe a été affirmé au paragraphe 16 de la décision rendue dans l'affaire LG&E⁴⁶ avec référence expresse à l'affaire CMS.
107. Une autre affaire similaire a opposé Azurix Corp. à la République Argentine⁴⁷; dans ce cas, une société mère américaine détenait indirectement la majorité du capital de la société argentine à laquelle avait été attribuée la concession administrative. Le Tribunal arbitral a reconnu la légitimation active de Azurix Corp. pour introduire une réclamation contre l'Argentine sur la base de l'APRI signé entre la République Argentine et les États-Unis.
108. Dans l'affaire Siemens A.G.⁴⁸, la société allemande était propriétaire d'une filiale en Argentine et demandait l'application de l'APRI signé entre l'Allemagne et la République Argentine. Dans ce cas, l'APRI ne contenait aucune référence explicite à des participations indirectes ou minoritaires au capital de la filiale. Le Tribunal arbitral a néanmoins rejeté l'objection formulée par la Défenderesse en s'appuyant sur l'argument suivant (paragraphe 137):

⁴⁵ Gas Natural SDG, S.A. contre la République Argentine (ARB/03/10), décision sur la juridiction.

⁴⁶ LG&E Energy Corp et autres contre la République Argentine (ARB/02/01), décision sur la juridiction

⁴⁷ Azurix Corp contre la République Argentine (ARB/01/12), décision sur la juridiction.

⁴⁸ Siemens A.G. contre la République Argentine (ARB/02/08), décision sur la juridiction.

“One of the categories consists of “shares, rights of participation in companies and other types of participation in companies””. The plain meaning of this provision is that shares held by a German shareholder are protected under the Treaty. The Treaty does not require that there be no interposed companies between the investment and the ultimate owner of the company. Therefore, a literal reading of the Treaty does not support the allegation that the definition of investment excludes indirect investments.”

109. L'affaire Enron s'apparente à ce qui sert de fondement factuel au présent arbitrage, car Enron était, comme SAURI, un actionnaire minoritaire de la société argentine. Le Tribunal, au paragraphe 39 de sa décision⁴⁹, a établi le principe suivant:

“It is sufficient for the purpose of the present case to emphasize that there is nothing contrary to international law or the ICSID Convention in upholding the concept that shareholders may claim independently from the corporation concerned, even if those shareholders are not in the majority or in control of the company.”

110. Dans tous les cas mentionnés, la décision rendue par les tribunaux du CIRDI est analogue à la position prise par ce Tribunal au paragraphe 87 *supra*.

“Treaty claims” et “Contract claims”

111. Une série de décisions rendues récemment aborde la question de la distinction entre « *treaty claims* » et « *contract claims* » dans le cadre de l'application de divers APRI, dont certains contiennent une « clause miroir » (« *umbrella clause* ») et d'autres pas (Lauder⁵⁰, Genin⁵¹, Aguas del Aconquija⁵², CMS⁵³, Azurix⁵⁴, Wena⁵⁵). Les parties se sont référées plus particulièrement aux affaires SGS contre le Pakistan⁵⁶, SGS contre les Philippines⁵⁷ et Joy Mining contre l'Égypte⁵⁸. Toutes ces affaires présentent cependant une situation factuelle qui diffère de la problématique

⁴⁹ Enron Corporation et Ponderosa Assets, L.P. contre la République Argentine (ARB/01/03), décision sur la juridiction.

⁵⁰ Lauder contre la République Tchèque, sentence arbitrale finale CNUDCI du 3 septembre 2001.

⁵¹ Alex Genin et autres contre la République d'Estonie (ARB/99/02), sentence arbitrale.

⁵² Compañía de Aguas del Aconquija S.A. et Vivendi Universal contre la République Argentine (ARB/97/03), sentence arbitrale.

⁵³ CMS Gas Transmission Company contre la République Argentine (ARB/01/08), décision sur la juridiction.

⁵⁴ Azurix Corp. contre la République Argentine (ARB/01/12), décision sur la juridiction.

⁵⁵ Wena Hotels Ltd. contre la République arabe d'Égypte (ARB/98/04), décision sur annulation.

⁵⁶ SGS Société Générale de Surveillance S.A. contre République Islamique du Pakistan (ARB/01/13), décision sur la juridiction.

⁵⁷ SGS Société Générale de Surveillance S.A. contre la République des Philippines (ARB/02/06), décision sur la juridiction.

⁵⁸ Joy Mining Machinery Limited contre la République Arabe d'Égypte (ARB/03/11), sentence arbitrale sur la juridiction.

du présent arbitrage sur un point crucial: la Demanderesse, dans toutes ces hypothèses, avait souscrit à un contrat avec l'État ou avec une entité publique, ce qui soulevait un doute quant à la question de savoir si les réclamations constituaient une prétention conventionnelle en vertu du droit international, au titre d'une violation des engagements pris dans le cadre du traité, ou bien une réclamation de nature contractuelle, au titre uniquement d'une violation des normes de droit privé.

112. Dans le présent arbitrage, la Demanderesse n'a souscrit à aucun contrat avec une entité publique argentine, ce qui exclut d'emblée toute possibilité de présenter un "contract claim".

La simple allégation de violation présumée est-elle suffisante?

113. Le *status quaestionis* en la matière a été fort bien résumé dans la sentence arbitrale rendue dans l'affaire Joy Mining (paragraphe 29):

"Before this examination, however, the Tribunal wishes to address an issue that has commonly arisen in many recent arbitrations. It is often argued, and this is the case also in this dispute, that the Tribunal needs only to be satisfied that if the facts or the contentions alleged by the Claimant are ultimately proven true, they would be capable of constituting a violation of the Treaty."

"The Tribunal notes that the prima facie test has also been applied in a number of ICSID cases, including Maffezini, CMS, Azurix, SGS v. Pakistan and Salini v. Morocco. As a prima facie approach to jurisdictional decisions this is no doubt a useful rule. However, it is a rule that must always yield to the specific circumstances of each case. If, as in the present case, the parties have such divergent views about the meaning of the dispute in the light of the Contract and the Treaty, it would not be appropriate for the Tribunal to rely only on the assumption that the contentions presented by the Claimant are correct. The Tribunal necessarily has to examine the contentions in a broader perspective, including the views expressed by the Respondent, so as to reach a jurisdictional determination. This is the procedure the Tribunal will adopt."

114. La position du Tribunal arbitral coïncide largement avec celle affirmé dans l'affaire Joy Mining: le Tribunal arbitral doit supposer que les faits avancés par la Demanderesse sont formellement exacts, sauf s'il peut déterminer sans supplément d'enquête que les faits allégués par les parties ne constituent pas un différend arbitral, soit parce que le différend n'est pas de nature juridique, soit parce qu'il n'est pas en relation directe avec l'investissement. Dans l'affaire Joy Mining, la réclamation formulée par la Demanderesse portait sur l'octroi d'une garantie bancaire à une entité publique égyptienne dans le cadre d'une relation contractuelle avec une société publique égyptienne. Le Tribunal arbitral est parvenu à la

conclusion que ladite garantie ne constituait pas un investissement et que la prétention devait être considérée comme un « *contract claim* » et non comme un « *treaty claim* ». La situation factuelle dans le cadre du présent arbitrage est totalement différente. Le Demanderesse soutient qu'il y a eu violation du Traité Bilatéral, et le Tribunal arbitral, sans se livrer à une analyse détaillée des faits sur le fond, n'est pas en position, *prima facie*, de déterminer si ces faits ne peuvent constituer un fondement juridique suffisant pour une prétention conventionnelle.

V DECISION

1. Considérant les fondements juridiques établis dans le chapitre précédent, le Tribunal arbitral décide à l'unanimité que le recours introduit par la Demanderesse relève de la juridiction du Centre et de la compétence du Tribunal. Par conséquent, le Tribunal adoptera l'Ordre de procédure qui convient pour la poursuite de la procédure.
2. Chacune des parties a demandé la condamnation aux dépens de l'autre partie; le Tribunal arbitral décide que cette question est remise à plus tard pour être débattue et tranchée conjointement avec le fond du différend.

La présente décision est rendue en version française et en version espagnole ayant égale valeur.

Lieu de l'arbitrage: Washington, D.C., États-Unis d'Amérique

Décision rendue par le Tribunal arbitral.

(Signée)
Bernard Hanotiau
Arbitre

(Signée)
Christian Tomuschat
Arbitre

(Signée)
Juan Fernández-Armesto
Président