



HAL
open science

L'affaire Aguas Argentinas et al. v./ República Argentina: l'apport processuel.

Tarak Baccouche

► To cite this version:

Tarak Baccouche. L'affaire Aguas Argentinas et al. v./ República Argentina: l'apport processuel.. INIDA. Penser une démocratie alimentaire volume II, pp.299-306, 2014, 9782918382096. hal-01186496

HAL Id: hal-01186496

<https://hal.science/hal-01186496>

Submitted on 25 Aug 2015

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

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



Distributed under a Creative Commons Attribution - NoDerivatives 4.0 International License



L'affaire Aguas Argentinas et al. v./ República Argentina: l'apport processuel *

Tarak Baccouche

Faculté de droit de Sousse (université de Sousse) Tunisie/ IMC for Shari'a and Law, Dubai, EAU.

Commentaire de l'*Order in Response to a Petition for Transparency and Participation As Amicus Curiae*, 19 Mai 2005, ICSID Case No . ARB /03/19

Présentation générale. La décision arbitrale (03/19) rendue le 30 juillet 2010 par le Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements (CIRDI - ICSID) entre un consortium européen et l'Etat Argentin¹ a fait couler beaucoup d'encre². La sentence statue sur un différend survenu à propos d'une concession octroyée en 1993 pour une période de 30 ans, relative à l'approvisionnement et la distribution de l'eau et le traitement des eaux usées de l'agglomération de Buenos Aires (10 millions de consommateurs).

Faits de l'espèce. L'espèce apprend qu'en avril 2003, donc dix ans après la conclusion de l'accord, les investisseurs ont saisi le CIRDI. L'Etat argentin a pris, sous l'effet de la crise financière -qui a violemment secoué le pays et qui a culminé fin 2001 début 2002- bon nombre des mesures réglementaires en violation des traités bilatéraux d'investissement

* *In Penser une démocratie alimentaire* Volume II – Proposition Lascaux entre ressources naturelles et besoins fondamentaux, F. Collart Dutilleul et T. Bréger (dir.), Inida, San José, 2014, pp. 299-306. Le programme Lascaux est un programme européen entant dans le cadre du 7e PCRD - Programme spécifique "IDEES" – ERC (Conseil Européen de la Recherche) – *Grant agreement for Advanced Investigator Grant* (Sciences sociales, 2008). Il porte sur le nouveau droit agroalimentaire européen, examiné à l'aune des problématiques de la sécurité alimentaire, du développement durable et du commerce international. Il est dirigé par François Collart Dutilleul, professeur à l'Université de Nantes et membre de l'Institut universitaire de France (pour plus d'informations, consulter le site de Lascaux : <http://www.droit-aliments-terre.eu/>).

Les recherches menant aux présents résultats ont bénéficié d'un soutien financier du Centre européen de la recherche au titre du septième programme-cadre de la Communauté européenne (7e PC / 2007-2013) en vertu de la convention de subvention CER n° 230400.



Le document est mis à disposition selon les termes de la Licence Creative Commons Attribution - Pas d'Utilisation Commerciale - Pas de Modification 2.0 France (CC Attribution-Noncommercial-No Derivative Works 2.0 France License)

¹ ICSID, Case No ARB/03/19 et AWG Group v./ República Argentina (CNUDCI), Decision on Liability, 30 July 2010, (Doc. ALS. 98). Aguas Argentinas S. A. (AASA) est une filiale de droit argentin fondée pour les besoins de la concession entre Suez, Vivendi, AWG, SCP, Meller SA, AGBAR, Banco Galicia et ESOP. En 2006, Aguas Argentinas s'est retirée de la procédure (Order No 1 concerning the Discontinuance of Proceedings with respect to Aguas Argentinas SA). L'affaire s'est poursuivie entre les autres membres du consortium (Suez et al.). AWG Group Limited s'est jointe à la procédure et le Tribunal a estimé bon de statuer sur les deux affaires par un seul jugement (ICSID Case No ARB/03/19, Décision préc., §. 25 : "... the tribunal has determined that it is appropriate to issue a single statement of its conclusions, as it did in deciding on jurisdiction..."), à la suite de quoi l'aff. sera connue sous le nom de Suez et al.

² Parmi les commentaires les plus récents : François COLLART DUTILLEUL, V° Aguas argentinas, in *Dictionnaire juridique de la sécurité alimentaire dans le monde*, François COLLART DUTILLEUL et J.-Ph. BUGNICOURT (dir.), éd. Larcier 2013, p. 60-61 ; Marie CUQ, « Le droit des investissements étrangers et l'accès à une alimentation adéquate », in *Penser une démocratie alimentaire*, Vol. 1, François COLLART DUTILLEUL (dir.) et Th. BREGER (coord.), éd. Inida, 2013, p. 128 et bibliogr. citée à la p. 129.



(TBI) conclus avec la France (1993) et l'Espagne (1991). Pour les investisseurs, les mesures ainsi prises ont sensiblement dévalorisé leur investissement et ont rendu la concession coûteuse et peu rentable. Il s'agit notamment de l'abandon de la parité du peso avec le dollar USA (qui s'échangeait 1 contre 1) et le gel des prix des prestations et des tarifs de l'eau. L'abandon du régime d'indexation, de la convertibilité du peso a entraîné la chute de la monnaie locale. Désormais, un dollar USA vaut 3,6 voire 4 pesos. Une hausse vertigineuse des prix de production calculés en fonction des Indices des Prix à la Production (IPP) s'en est suivie. Au résultat, le montant de la facture d'eau a plus que triplé. Le Gouvernement argentin était, sous l'effet conjugué de la crise et de la pression de la rue, incapable de répercuter la hausse des prix due à la dévaluation sur les prix des services sociaux dont ceux de la desserte de l'eau. Il a été, toujours sous l'effet d'énormes contestations populaires, contraint de maintenir les tarifs de l'eau, de résilier la concession et de la transférer à une entreprise étatique (AySA).

Moyens des parties. D'après les investisseurs, l'Etat argentin aurait (1) manqué à son obligation de s'abstenir de prendre des mesures d'expropriation illégales directes ou indirectes sans garantie, (2) violé son devoir d'offrir aux investisseurs une protection et une sécurité absolue et (3) failli à son obligation d'offrir un traitement juste et équitable (*Fair and Equitable Treatment: FET*). Les demandeurs reprochaient à l'Etat hôte différentes omissions et mesures réglementaires prises par les autorités de régulation aux fins de forcer les investisseurs à renégocier les termes de la concession, ainsi que le refus injustifié de l'administration de ce pays d'augmenter les tarifs de l'eau et de son assainissement.

En réponse, l'Etat argentin met fin à la concession en 2006 et charge une entité étatique des services de distribution de l'eau et de son traitement. Pour ce dernier, l'eau fournie contenait un taux élevé de nitrate (*Décision on liability* préc, §. 52 et 244) ; les investisseurs ont donc failli à leur obligation de fournir une eau propre à la consommation. Pour exclure sa responsabilité, l'Etat argentin développe, quant au fond, le moyen tiré de l'exception « d'état de nécessité » (*estado de necesidad*). La crise financière qui a foudroyé le pays constitue un état de nécessité qui a commandé, et partant justifié, les mesures critiquées. Il faut dire, ici, qu'en droit international coutumier (CIL), il est bien acquis, et les parties en conviennent parfaitement, que l'état de nécessité, lorsqu'il est avéré, constitue un fait justificatif qui absout l'Etat de ses responsabilités (art. 25 du projet d'articles de la Commission du droit international sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite). Entre temps, le 28 janvier 2005, un ensemble d'ONG a présenté une requête au Tribunal arbitral pour se voir autoriser à assister aux différentes audiences (*access to the arbitral hearing*), à accéder librement à tous les documents soumis au Tribunal et à formuler, ès qualité d'*amicus curiae*, des arguments légaux (*to present legal arguments as amicus curiae*)³.

Enjeux. On l'aurait deviné : les enjeux de la question sont nombreux et fort importants. Tout d'abord, comment résoudre le conflit entre le droit de l'Homme à l'eau et le droit de l'investisseur sur son investissement, et selon quels critères ? Par ailleurs, faut-il traiter les contrats conclus par une puissance publique de la même façon que les autres contrats du commerce international ?

³ V. ICSID Case No. ARB/03/19, *Order in Response to a Petition for Transparency and Participation As Amicus Curiae*, May 19, 2005, *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, p. 342-350 (2006); V. L'introductory note du Secrétaire du Tribunal, Mr Gonzalo FLORES, ICSID Case No. ARB/03/19, *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, p. 339-341. Le 12 février 2007, le Tribunal a prononcé un deuxième *Order in Response to Petition by five Non-Governmental Organizations for Permission to make an amicus Curiae submission*. Pour d'évidentes raisons de clarté, cet ordre sera noté Order II, (tous accessibles en ligne).



La troisième question concerne la responsabilité des Etats et l'exception de nécessité : comment et selon quel critère doit-on apprécier cette responsabilité ? La dernière question est d'ordre procédural. Elle est la suite logique des trois premières. Si l'on admet que la question posée au Tribunal touche une collectivité de personnes, faut-il par là même reconnaître le « droit de saisir » le CIRDI aux membres de la société civile ? Et, dans l'affirmative, quel est le contenu exact de ce droit et sous quelles conditions s'exerce-t-il ?

Le Tribunal arbitral a répondu avec un bonheur variable, il est vrai, à toutes ces questions.

Nous nous limitons dans cette note à l'aspect processuel de la question⁴. Seule donc la dernière question sera en l'occurrence traitée.

Décision on Jurisdiction. Le Tribunal a unanimement refusé dans l'*Order in Response* du 19 mai 2005 précité aux ONG requérantes⁵ le droit d'assister aux audiences, d'y participer et de présenter des demandes orales (*Order in Response* préc., §.7). Il a, par contre, admis le bien fondé d'intervenir en *amicus curiae* et en a posé les conditions. S'agissant enfin du droit d'accès illimité aux documents soumis, le Tribunal a jugé inopportun, à ce stade spécifique de la procédure, de se décider. Il a ajourné sa décision à la soumission et à la sélection des parties agissant en *amicus curiae* (§.31 et 32).

Appréciation critique. Sur le plan processuel, on ne peut que se féliciter de la décision du CIRDI d'autoriser l'intervention des ONG en *amicus curiae*.

Mérites. La décision est doublement courageuse.

D'une part, et en l'absence d'accord des parties, l'article 32 (2) du Règlement arbitral limite l'accès au Tribunal aux parties, leurs représentants, témoins, experts et officiers du tribunal. Or, l'investisseur a fait savoir son refus relatif à l'intervention d'*amicus curiae* (*Order in Response* préc., §. 3 et 6 *in fine*). Les requérants produisent au soutien de leur pétition une sentence (*Methanex v. United States of America*, sentence rendue sous les règles d'UNICITRAL / NAFTA)⁶ qui avait autorisé l'intervention d'*amicus curiae*. Le Tribunal a fait justement remarqué que les différentes parties concernées avaient acquiescé à la demande, ce qui fait défaut en l'occurrence (*Order in Response* préc., §. 6 *in fine*)⁷. Et le Tribunal de rejeter unanimement la demande sur le fondement de l'article 32 (2). Il ne restait au Tribunal que de puiser dans son pouvoir d'appréciation pour considérer la constitution d'*amicus curiae* comme question de procédure. Et il décide, sous le visa de l'article 44 de la Convention CIRDI, d'autoriser unanimement le principe d'intervention d'*amicus curiae* (*Order in Response* préc., §.16, cf. Case ARB/03/17, *Order in response*, 17 mars 2006, §.11, 12 et 16). Il faut aussitôt remarquer que pour les arbitres les conclusions d'*amicus curiae* ne lient aucunement le Tribunal qui demeure libre (*Order in Response* préc., §.13) ; que cette intervention ne doit nullement affecter les droits substantiels et processuels des parties en litige (*Order in Response* préc., §. 14, 21 et 29)⁸ ; ces droits devant demeurer inchangés avant

⁴ V. Sur l'ensemble de la question: Andrew DE LOTHINIÈRE MC DOUGALL et Ank SANTENS, ICSID Tribunals apply new rules on *amicus Curiae*, *Mealey's International arbitration Report*, Vol. 22.

⁵ V. *Petition for Transparency and Participation As Amici Curiae* in Case No ARB/03/19 before ICSID, *Arguas Argentinas et al. v. República Argentina*, January 27, 2005 (accessible en ligne).

⁶ Dans leur pétition précitée, les ONG évoquaient dans leurs conclusions aux pages 5 et 7 l'aff. *Methanex v. USA* (*Decision of the Tribunal on Petitions for Intervention and Participation as "Amici Curiae"*, January 15, 2001).

⁷ Cf *Aguas Provinciales de santa Fe et al. v. República Argentina* (ICSID Case ARB/03/17), *Order in Response to a Petition for Participation as Amicus Curiae*, March 17, 2006 (§. 7 et 8).

⁸ La même solution fut adoptée dans l'affaire l'aff. *Biwater Gauff (Tanzania) limited v. United Republic of Tanzania* (ICSID Case No ARB/05/22) dans le *Procedural Order No5 Concerning a petition for Amicus curiae*, February 2, 2007.



et après l'intervention d'*amicus curiae* (*Order in Response* préc., §. 14 « ... *the Tribunal in the present case finds that the acceptance of amicus submissions is a procedural question that does not affect a disputing party's substantive rights since the parties' rights remain the same both before and after the submission...* »).

D'autre part, et c'est là le deuxième mérite de la décision, le Tribunal justifie sa décision⁹ par « *the appropriateness of the subject matter of the case amicus curiae submission* » (qu'on peut traduire approximativement par la pertinence de l'affaire s'apprêtant à une intervention en *amicus curiae*). Il est clair pour les arbitres qu'il ne s'agit pas d'une simple affaire ordinaire opposant des parties privées¹⁰. Toujours pour les arbitres, il est certain que « ... *the Tribunal finds that the present case potentially involves matters of public interest ... The international responsibility of state, the Argentine Republic, is also at stake, as opposed to the liability of a corporation arising out of private law. While these factors are certainly matters of public interest, they are present in virtually all case of investment treaty arbitration under ICSID jurisdiction. The factor that gives this case particular public interest is that the investment dispute centers around the water distribution and sewage systems of a large metropolitan area, the city of Buenos Aires and surrounding municipalities. Those systems provide basic public services to millions of people and as a result may raise a variety of complex public and international law questions, including human rights considerations. Any decision rendered in this case, whether in favor of the Claimants or the Respondent, has the potential to affect the operation of those systems and thereby the public they serve* » (*Order in Response* préc., §.19; *adde* *Order II*, §. 3). La nature de l'affaire, ses enjeux, et les éventuels effets de la décision à prendre sur les usagers ont lourdement pesé sur la décision du Tribunal et constituent son *ratio decidendi*¹¹. On peut surtout le vérifier à propos des critères retenus par le Tribunal pour autoriser l'intervention d'*amicus curiae*¹². Pour le Tribunal, l'affaire s'apprête et commande, eu égard à l'intérêt public (*public interest*) qu'elle présente, le recours à l'*amicus curiae* (*Order in Response* préc., §. 21).

⁹ L'autre justification tient à la volonté d'ouverture et de transparence du tribunal pour les matières qui traitent des questions d'intérêt public. La démarche vise à réduire le déficit démocratique du recours à l'arbitrage international et à renforcer la légitimité du processus arbitral en l'ouvrant aux ONG (§. 22 : « *The acceptance of amicus submissions would have the additional desirable consequence of increasing the transparency of investor-state arbitration. Public acceptance of the legitimacy of international arbitral process, particularly when they involve states and matters of public interest, is strengthened by increased openness and increased knowledge as to how these process function ... Through the participation of appropriate representatives of civil society in appropriate cases, the public will gain increased understanding of ICSID processes.*»), cf. avec *Procedural Order No5 Concerning a petition for Amicus curiae*, February 2, 2007, préc.; *Methanex Corporation v. USA*, préc. (§. 49).

¹⁰ *Order in Response* préc., §. 20: « *These factors lead the tribunal to conclude that this case does involve matters of public interest of such a nature that have traditionally led courts and other tribunals to receive amicus submissions from suitable non-parties. This case is not simply a contract dispute between private parties non-parties attempting to intervene as friends of the court might be seen as officious intermeddles.*»

¹¹ Le consortium a critiqué la pertinence du recours à l'*amicus curiae* après le retrait d'Aguas argentinas. Pour ce dernier: «... *the termination of AASA's concession and the discontinuance of the proceedings with respect to AASA, the former operator of that water and sewage system, changes the nature of this case since any decision in this arbitration can no longer have an impact on the operation of AASA or the water and sewage system it formerly operated. The Claimants contend that the only effect of any decision in this case is to determine the monetary liability, if any, in respect of alleged treaty breaches.*» (*Order II*, §. 17). Le Tribunal rejette le moyen: «... *this case continues to present sufficient aspects of public interest to justify an amicus submission even after the discontinuance of the proceeding with respect to AASA.*» (*Order II*, §. 18 *in fine*).

¹² Trois critères ont été retenus: (i) la nature de l'affaire soumise (*appropriateness of the subject matter fo the case*), (ii) les conditions relatives à l'aptitude des soumissionnaires (*suitability of specific nonparties as amicus curæ*) qui renvoient à la compétence, l'expérience et l'indépendance, et (iii) la procédure à suivre pour postuler. Le Tribunal a pu constater la réunion des critères dans les ONG soumissionnaires dans le deuxième Order de 2007 (*Order II*, §. 16).



Limites. Mais cette ouverture du Tribunal aux représentants de la société civile n'est pas totale ; le droit de développer un argumentaire juridique ne fait pas de l'*amicus curiae* une partie au litige (ce qui est d'ailleurs conforme à l'esprit de l'institution). Ce droit de soumettre des écritures (soumissions dit l'*Order in Response*) n'est donc pas synonyme de droit d'agir. Certes, les observations écrites des *amici* n'est pas tributaire de l'apparition des « nouveaux faits » (Order II, §. 20) ; ils peuvent toujours argumenter en fait et en droit et émettre un avis d'expert. « *The role of the petitioners in this arbitration is not to serve as a litigant as would be the case in a domestic case, but to assist the Tribunal, the traditional role of an amicus curiae* », pose fermement le Tribunal (Order II, §. 19). Il ne comporte pas le droit d'assister et de participer aux débats, d'accéder aux documents confidentiels par exemple (Order II, §. 25). Il n'autorise pas à discuter les moyens des parties ou à en contester la preuve : «... *it must be emphasized that the role of amicus curiae is not to challenge arguments or evidence put forward by the Parties* » (Order II, §. 25). L'admission de l'*amicus curiae* ne permet pas, en outre, d'exercer des voies de recours, ou de suppléer l'une des parties en cas de carence par exemple. Il reste, par ailleurs, fort limité par les droits processuels des différentes parties en cause (Order II, §. 21). Il s'agit d'une intervention d'« ami » *stricto sensu* et nullement de constitution de partie.

Evolutions. Pourtant, il faut saluer la décision comme un précédent en matière d'arbitrage CIRDI. Elle a permis, en avril 2006, l'amendement de l'article 37 (2) du Règlement d'arbitrage. Le deuxième paragraphe de l'article 37 permet désormais au Tribunal « *après la consultation des parties* », d'autoriser toute « *personne ou entité qui n'est pas partie au différend (appelée dans le présent article la « partie non contestante ») de déposer une soumission écrite auprès du Tribunal relative à une question qui s'inscrit dans le cadre du différend* ». Cette intervention, faut-il toujours le rappeler, ne doit pas constituer « *une charge excessive à l'une des parties* » ou lui causer « *injustement un préjudice* ». Il faut en outre que les deux parties aient « *la faculté de présenter leurs observations sur la soumission de la partie non contestante* » (art. 37 (2) *in fine*). Cette décision a constituée, et ce n'est pas son moindre mérite, un précédent qui a été suivi par les arbitres dans d'autres affaires¹³ ; ces derniers sont allés jusqu'à demander à certains Etats tiers d'intervenir *ès amicus curiae*¹⁴.

Les solutions retenues dans la décision commentée ont inauguré une nouvelle ère dans le combat pour les droits de l'homme. Désormais, le milieu associatif a voix au chapitre. Le mouvement est amorcé et rien ne semble pouvoir l'arrêter.

¹³ Citons entre autres : *Aguas Provinciales de Santa Fe et al. v. República Argentina* (ICSID Case No. ARB/03/17), *Order in Response to a Petition For Participation as Amicus Curiae*, March 17, 2006 (Dans le §. 10 de l'*Order in Response* du 17 mars 2006 préc., le Tribunal fait expressément référence à l'affaire commentée); V. aussi : *Biwater Gauff (Tanzania) Limited v. United Republic of Tanzania* (ICSID Case No. ARB/05/22, *Procedural Order N°5 Concerning a Petition for Amicus Curiae*, February 2, 2007, (accessible en ligne). Adde la note de synthèse de Mme Martina POLASEK, ICSID *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal* (2007), p. 149-154, spec. 152 et suiv. La chose ne coule pas de source ; rien en matière d'arbitrage n'oblige un arbitre ou un panel à se plier à un précédent. En droit d'arbitrage international, il n'y a pas *stricto sensu* de jurisprudence.

¹⁴ V. par ex. *Aguas del Tunari SA v. The Republic of Bolivia* (ICSID Case No. ARB/03/2). Dans cette affaire le Tribunal a admis l'interprétation du TBI par un *non-disputing State Party* qui est une « *entity that not a party to the dispute* » au sens du nouvel art. 37 (2) du Règlement d'arbitrage CIRDI. V. sur l'ensemble de la question la note de synthèse (*Introductory Note* sous l'aff. *Aguas del Tunari SA v. The Republic of Bolivia* (ICSID Case No. ARB/03/2), de Mr Ucheora ONWUAMAEGBU, *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, Cases, p. 445-449, spéc. pp. 448 et 449.